BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2016/2

BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2016/2

Ankara, 2017

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-975-7427-91-9

Baskı ve Tasarım
Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41
Yenimahalle/ANKARA
Tel : 0312 394 48 63-64
Faks : 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr
epamat@hotmail.com
epamatbacilik@gmail.com

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET BARANSU BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2015/7231)

Karar Tarihi: 17/5/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 17/6/2016-29745

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Mehmet BARANSU
Vekili	:	Av. Sercan SAKALLI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; gazetecilik faaliyeti kapsamında yayımlanan bir habere konu belgelerin temin edildiğinden bahisle suç işlenmediği ve tutuklama nedeni bulunmadığı hâlde tutuklama kararı verildiği, tutukluluğa ilişkin karar veren sulh ceza hâkimliklerinin kanuni hâkim ilkesine aykırı olup tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıkları, kısıtlılık kararı verildiğinden soruşturma dosyasının incelenememesi ve ayrıca kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedeniyle tutukluluğa itiraz hakkının etkili bir şekilde kullanılamadığı gerekçeleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/4/2015 tarihinde İstanbul 24. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/6/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 15/7/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 6/8/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 20/8/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 4/9/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Bakanlık görüş yazısı ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

a. Başvurucuya İsnat Edilen Eylemlere İlişkin Süreç

8. Başvurucu, Taraf isimli ulusal yayın yapan günlük bir gazetede olay tarihleri itibarıyla muhabir olarak görev yapmaktadır.

9. Başvurucu, çalıştığı gazetede özellikle askerî konularda kamuoyunun ilgisini çeken birçok haber yapmıştır. Ayrıca başvurucuya ait yayımlanmış üç kitap bulunmaktadır.

10. Başvurucunun anlatımına göre "haber kaynağı" kişi, görüşmesinde başvurucuya içinde bir darbe planına ilişkin belge ve dokümanların da bulunduğu üç DVD ve bir CD (kopya şeklinde) vermiş; ayrıca bu kapsamda bir kısım belge göstermiştir. Başvurucu, anılan belgelerin verildiği tarihi tam olarak belirtmemekte, haber kaynağı olan kişiyi de tanımadığını ifade etmektedir.

11. Başvurucunun çalıştığı Taraf gazetesinde 20/1/2010 tarihinde *"Fatih Camii Bombalanacaktı - Darbenin Adı Balyoz"*, 21/1/2010 tarihinde *"İki Yüz*

Bin Kişiye Tutuklama", 22/1/2010 tarihinde *"Balyoz Hükümeti - Camileri Bu Timler Bombalayacaktı"* başlıklı haberler yayımlanmıştır. Anılan haberleri yapan kişi(ler) olarak başvurucunun yanı sıra aynı gazetede görev yapan diğer iki gazeteci Y.Ç. ve Y.O.nun da isimleri bulunmaktadır. 22/1/2010 tarihi sonrasında da gazetede bu haberlerin devamı niteliğindeki haberlerin yayımlanması sürdürülmüştür. Yayımlanan haberlerin içeriğinde genel olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) bir kısım mensubu tarafından daha önce kamuoyuna yansıyan bazı darbe planlarından farklı olarak bu kez icra sürecinin bütün aşamaları planlanmış "Balyoz" isimli bir darbe planının yapıldığı; gazetenin bu plana ilişkin 5.000 sayfayı aşan belgeye ulaştığı ve bunların arasında ıslak imzalı yazışmalar, power point sunumları ile orijinal antetli askerî CD'ler olduğu, darbe ortamının oluşturulması için hazırlanan "Çarşaf" ve "Sakal" kodlu eylem planlarına göre İstanbul'da bulunan Fatih ve Beyazıt Camilerinde cuma namazı vaktinde görevlendirilen TSK mensupları tarafından bombalama faaliyetinde bulunulacağı, yine aynı amaçla hazırlanan "Oraj" harekât planı ile kendi savaş uçağımızın düşürülmesinin planlandığı, ayrıca bu kapsamda "Suga" isimli bir harekât planının da hazırlanmış olduğu, darbeye direneceği öngörülen 200.000 kişinin tutuklanmasının planlandığı ve darbe sonrası kurulacak hükümetin de belirlendiği ifade edilmiş ve bir kısım belge haberlerin içeriğinde kullanılmıştır.

12. Söz konusu haberleri yapan kişilerden başvurucu dışındaki diğer iki gazeteci hakkında bu haberler nedeniyle bir soruşturma yürütüldüğüne ya da tutuklama veya başka bir koruma tedbiri uygulandığına dair bir bilgi bulunmamaktadır.

13. Başvurucu 21/1/2010 tarihinde haberlere dayanak teşkil eden üç DVD ve bir CD'nin kopyasını İstanbul Cumhuriyet Başsavcı Vekilinin (CMK 250. maddesi ile görevli) talebi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmiştir. Bu teslim işlemi bir tutanağa bağlanmıştır.

14. Başvurucunun anlatımına göre ilk görüşmeden yaklaşık dokuz gün sonra aynı haber kaynağı kişi, başvurucu ile tekrar görüşmüş ve bu kez başvurucuya bir bavul dolusu "orijinal" olduğu söylenen belge ve materyali teslim etmiş, başvurucu da 2.229 sayfalık belgeyi, on dokuz CD ve on ses kasetini 29/1/2010 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bavul ile teslim etmiştir.

15. Başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belge ve diğer materyallerin incelenmesi sonucunda soruşturma kapsamında el konulan 11 No.lu CD'de 1. Ordu, 2., 3., 5. ve 15. Kolordular, Donanma, Harp Akademileri, Bursa ve İstanbul Jandarma Bölge Komutanlıklarınca hazırlanan harekât ve tedhiş planları, listeler ile 2003 yılı plan seminerine ait bir kısım yazışma, 16 No.lu CD'de Adalet ve Kalkınma Partisi Hükûmetince yapılan bazı atamalar hakkında bilgi, 17 No.lu CD'de ise 11 No.lu CD'de bulunan harekât ve tedhiş planlarının bulunduğu değerlendirilmiştir. Başvurucu tarafından teslim edilen belge ve materyallerdeki bilgiler temelinde yürütülen soruşturma sonucunda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından üç ayrı iddianame ile toplam 367 sanık hakkında kamuoyunda "Balyoz davası" olarak bilinen dava açılmış, davaya bakan İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesince 21/9/2012 tarihinde verilen karar ile yargılanan 36 sanık hakkında beraat, 325 sanık hakkında ise "Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs" suçundan 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 147. ve 61. maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı verilmiştir. Temyiz incelemesi sonunda 237 sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 9/10/2013 tarihli sayılı ilamıyla düzeltilerek onanmıştır. Yargıtay ilamı ile ayrıca 36 sanık hakkındaki beraat kararı onanmış, 88 sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı ise *"ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi veya beraat kararı verilmesi gerektiği"* gerekçesiyle bozulmuştur (*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014 §§9-13).

16. Haklarında mahkûmiyet kararı verilen 230 sanık, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 18/6/2014 tarihinde, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkının ihlal edildiğine, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir (*Sencer Başat ve diğerleri*, §§27-90).

17. Anayasa Mahkemesi, anılan ihlal kararının 60. ve 61. paragraflarında aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir:

"Somut başvuruda, İlk Derece Mahkemesinin hükme esas aldığı, bir gazeteci tarafından Cumhuriyet Savcılığına teslim edilen 11, 16 ve 17 nolu CD'ler ile Gölcük Donanma Komutanlığında bulunan 5 nolu harddisk ve Eskişehir'de bir sanığın evinde bulunan flash bellekte yer alan ve başvuruculaların Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini Cebren Iskat veya Vazife Görmekten Men Etmek suçuna teşebbüs ettiklerini ispatladığı kabul edilen dijital dokümanların güvenilirliğine ilişkin iddialar ileri sürülmüş, savunmalarda bulunulmuştur. İlk Derece Mahkemesi bu çelişkilerin varlığını kabul etmiş, bir kısım zaman çelişkilerinin dava konusu belgelerin sanıklarca güncellenmiş olması nedeniyle oluşmuş olabileceği ihtimaline, bir kısmının bizzat sanıklarca daha sonra yargılanma ihtimallerine karşın bilinçli olarak oluşturulmuş olabileceği ihtimaline dayandırmış ve bu tür belgelerin mahkûmiyet kararının dayandığı belgeler olmadığı, sayıca fazla olmadığı ve kararın sonucunu etkileyecek nitelikte olmadıklarını belirtmiştir. Buna karşın, Amerikan Forensic Labratory isimli firmanın bilirkişi raporu örneğinde olduğu gibi davanın esasını etkileyecek bazı savunma delillerine ise gerekçeli kararda hiç değinilmemiş, bazı raporlara neden itibar edilmediğine ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

Savunmaların dayanağını oluşturan ve dijital verilerin güvenilirliğine ilişkin ciddi kuşkular uyanmasına neden olan bilirkişi raporları ve uzman mütalaaları gözetildiğinde, önemli ölçüde, dijital veri ve içeriklerine dayanan İlk Derece Mahkemesince verilen kararın gerekçesi, adalet gereksinimini giderecek ölçü ve nitelikte, yeterli ve makul olarak değerlendirilemez. Bu sebeple 'gerekçeli karar hakkı' ihlal edilmiştir."

18. Anayasa Mahkemesinin hak ihlali kararı sonrası, İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesinde E.2014/188 sayılı dosya üzerinden yeniden yargılama yapılmıştır. Yapılan yargılamada Mahkeme, suçlamalara dayanak olan deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Alınan 16/2/2015 ve 17/3/2015 tarihli bilirkişi raporlarında aşağıdaki hususların tespit edildiği anlaşılmıştır:

"… Suça konu HD5, CD'ler ve USB'deki bazı belgelerin tarih ve zamanlarının iki nedenin en az birinden dolayı gerçek takvim zamanını yansıtmadığı belirlenmiştir. Bu belgeler sistem zamanı güncel olmayan bilgisayarlarda oluşturulmuşlar ve/veya üst verilerindeki tarih ve zaman bilgileri sonradan gerçek zamanı yansıtmayacak şekilde değiştirilmişlerdir. CD'lerde değişiklik yapılıp yapılmadığı: CD'ler üzerindeki bazı dokümanlarda ilk kez Microsoft Office 2007'de kullanılmış olan Calibri ve Cambria yazı tipleri ve yine ilk

kez Microsoft Office 2007'de kullanılmış olan Office Open XML şemalarına rastlanmıştır. Bu dokümanların son değiştirilme tarihlerinin en geç 2003 yılına ait gözükmesi yanıltıcıdır. Çünkü Microsoft Office 2007 ile (Microsoft 97-2003 uyumluluk kipinde) oluşturulan/değiştirilen .doc, .xls, .ppt uzantılı dokümanların oluşturulma ve son değişiklik tarihleri en erken 16 Kasım 2005 olabilir. Dolayısıyla, kayıt yapılan bilgisayarın işletim sistemi tarihi ve saatinin güncel olmadığı ya da tarih ve zamanı gösteren üst veri bilgilerinin gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş/üzerlerinde değişiklik yapılmış olduğu görüşündeyiz. HD5'in SİSTEM (C:) bölümündeki işletim sistemi 28.07.2009 günü saat 11:09'da (UTC+2,Yaz) devre dışı kaldıktan sonra, HD5 tarih ve saat ayarları güncel olmayan (gerçek takvim tarihini yansıtmayan) bir bilgisayara (veya peş peşe farklı bilgisayarlara) takılıyken, altı farklı tarihte (18.08.2004, 11.12.2005, 20.03.2007, 03.10.2008, 15.07.2009 ve 08.04.2004) görünecek biçimde, DATA bölümüne toplam 944 dosyanın başka bir kaynaktan (disk, CD/DVD, flash bellek) kopyalandığı belirlenmiştir. Bu kopyalamalar sırasında diskte 114 adet yeni klasör oluşmuştur. Heyetimiz bu dosya ve klasörlerin zamanlarının gerçek takvim zamanını yansıtmadığı kanaatine varmıştır. HD5'in İKK klasöründeki bazı Word belgelerinde de Calibri yazı tipi (font) belirlenmiştir. Bu belgelerin son değiştirilme tarihleri Calibri yazı tipinin Office 2007 beta sürümü içinde kullanıma çıktığı 16 Kasım 2005 tarihinden öncesidir. Bu nedenle heyetimiz, bu dosyaların oluşturulduğu bilgisayarın işletim sistemi tarihi ve saatinin güncel olmaması ya da tarih ve zamanı gösteren üst veri bilgilerinin gerçeğe aykırı şekilde değiştirilmiş olması senaryolarından birinin gerçekleşmiş olduğu kanaatine varmıştır. Bu dosyalar HD5'e kopyalama yoluyla gelmiştir… "

19. Yapılan yargılama sonucunda İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 31/3/2015 tarihli ve E.2014/188, K.2015/143 sayılı kararı ile *"sanıkların yüklenen 'Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten cebren men etmeye teşebbüs' suçunu veya 765 sayılı TCK'nun 171. maddesinde düzenlenen 'ittifak', 5237 sayılı TCK'nun 316. maddesinde düzenlenen 'suç için anlaşma' suçlarını işledikleri yönünde mahkûmiyetlerine yetecek, şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı düşünülmüş, sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet hükümlerinin iptali ile yüklenen suçları işlediklerinin sabit olmaması"* gerekçesiyle dava kapsamında daha önceden haklarında mahkûmiyet kararı verilmiş olan tüm sanıkların beraatına karar verilmiştir. Mahkemenin karar gerekçesinde başvurucu tarafından teslim edilen belgelerle ilgili aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir:

"Hükme esas alınan 16/02/2015 tarihli bilirkişi raporundan suça konu dijital delillerde olağan karşılanamayacak şüpheli durumlar ve çelişkiler bulunduğunun anlaşılması, sanık S.T.'ye ait defterin bu kişinin bilgisi ve rızası dışında kim olduğu belirlenemeyen kişi veya kişilerce gizlice komutanlık dışına çıkarılması, 11 ve 17 nolu CD lerin üzerindeki yazı makinasıyla yazılan yazıların sanıklarla aidiyet kurulmasını sağlamak amacıyla S.T.'ye ait defterden harf kopyalanarak yazdırıldığının kesin olarak belirlenmesi, gazeteci Mehmet Baransu [başvurucu] tarafından teslim edilen 11 ve 17 nolu CD lerde yer alan bir kısım belgelerin içeriklerinin Gölcük Donanma Komutanlığında ve sanık H.B.'nin evinde yapılan aramada elde edilen dijital delillerin içerikleriyle aynı olmasının bu dijital delillerin de sahte olarak oluşturulmuş olabileceği şüphesini doğurması, 11 nolu CD içerisinde yer alan Y.G. tarafından düzenlenen belgenin ıslak imzalı orijinalinin hükümetin iktidara gelmesinden önce düzenlenmesine karşın bunun 11 nolu CD içinde hükümetin iktidara geldiği tarihten sonra oluşturulmuş gibi aleyhe delil oluşturacak şekilde değiştirilerek eklenmesi, dijital verilerde nedeni açıklanamayacak şekilde zaman, mekan, kişiler ve içerik yönünden birçok çelişki bulunması dikkate alındığında, dijital deliller içindeki suça konu verilerin sahte olarak oluşturulduğu yönünde mahkememizde kuvvetli şüphe oluşmuştur."

20. Mahkeme, hüküm ile birlikte başvurucu tarafından teslim edilen 11 ve 17 No.lu CD'ler üzerindeki el yazılarının yazı makinesi ile sanık S.T.ye ait not defterinden kopyalanarak sahte olarak oluşturulduğunun anlaşılması ve önceki mahkûmiyet hükmüne esas alınan 11 ve 17 No.lu CD'ler dışındaki diğer dijital delillerin de sahte olarak oluşturulduğu yönünde kuvvetli şüphe bulunması nedeniyle Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar vermiştir.

21. Yeniden yargılama neticesinde haklarında beraat kararı verilen 231 sanık hakkındaki hüküm, temyiz edilmeksizin 18/6/2015 tarihinde kesinleşmiştir. Yedi sanık hakkında verilen beraat hükmü ise İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Kara Kuvvetleri Komutanlığınca 1. Ordu Komutanlığına rutin seminer planı kapsamında "Egemen Planı"nın uygulanması yönünde talimat verilmesine rağmen güncel olmamasına ve o tarih itibarıyla tehlike arz etmemesine rağmen irtica başlığı altında olasılığı en yüksek senaryonun oynanması yönünde hazırlık yapıldığı, Ordunun Millî Mutabakat Hükûmeti kurma görev ve yetkisinin bulunmamasına rağmen seminerlerde Ak Parti iktidarının düşürülmesinden sonra Millî Mutabakat Hükûmeti kurulmasından bahsedildiği belirtilerek bu şekilde

bazı sanıkların plan seminerinde yaptığı konuşma içeriklerinin mahiyetleri itibarıyla darbe yapmaya yönelik olduğu gerekçesiyle temyiz edilmiştir. Anılan sanıklar yönünden dava temyiz aşamasında derdesttir.

22. Öte yandan başvurucu, 2010 yılında yayımladığı "Karargâh" isimli kitabında haber kaynağı tarafından kendisine teslim edildiğini ifade ettiği belgelerden bazılarını yayımlamıştır. Bu bağlamda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, anılan kitabın 372., 422. ve 464. sayfalarında (2003 yılında 1. Ordu Komutanlığında yapılan) plan seminerine ilişkin ses kayıtlarından bölümlerin ve dönemin üst düzey komutanlarından biri tarafından imzalanan resmî bir belgenin yayımlandığı yönünde tespitte bulunmuştur.

b. Askerî Savcılık Tarafından Yürütülen Soruşturma Süreci

23. Başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgelerin 1. Ordu Komutanlığından izinsiz olarak dışarıya çıkarılması (soruşturma dosyasındaki bir kısım ifadelere göre çalınması) olayına ilişkin olarak 1. Ordu Komutanlığı Askerî Savcılığınca yapılan soruşturmada belgeleri askerî birlik dışına çıkartan (ve soruşturma makamlarınca başvurucu ile birlikte hareket ettiği değerlendirilen) kişi veya kişilerin tespit edilemediği görülmektedir.

24. Başvurucu, anılan soruşturmada 26/1/2010 tarihinde tanık olarak ifade vermiştir. Başvurucu, ifadesinde genel olarak soruşturma konusu belgelerin ilk önce kendisine bavul içinde geldiğini ve belgelere göz gezdirdiğini, el yazılı belgeleri inceleyip konuşma kasetlerine baktığını, sonra taranmış üç DVD ve bir CD'yi aldığını, bunları gazete (binası) içinde (diğer bir kısım gazeteciyle birlikte) incelediklerini ve bazı belgelerin çıktısını aldıklarını, tarama işlemi yaptıklarını, belgeleri kendisine getiren kişinin bavulu alıp gittiğini, aldığı CD ve DVD'lerdeki bazı belgeleri yayımladıklarını, akabinde Savcılık isteyince belgeleri Savcılığa teslim ettiklerini, yaklaşık dokuz gün sonra belge ve CD/DVD'leri getiren kişinin kendisiyle tekrar irtibata geçtiğini ve tüm orijinal belgeleri bavulun içinde kendisine iş yerine yakın bir yerde teslim ettiğini, bu belgeleri kendisinin de Savcılığa teslim ettiğini, bavulda on dokuz CD'nin ve ses kaydı bulunan on adet kasetin olduğunu, kasetlerin çözümlenmesinin CD içinde hazır olduğunu, kendilerinin çözümleme yapmadıklarını ancak kasetleri dinlediklerini, DVD'leri incelediğinde bazı orijinal belgelerin eksik olarak tarandığını gördüğünü, içinde çok gizli belgeler olduğu ve sorumluluk

doğuracağını bildiği için bunları Savcılığa teslim ettikten sonra (kendilerinde kalan örnekleri) imha ettiğini beyan etmiştir.

25. Askerî Savcılık 7/9/2010 tarihli ve E.2010/474, K.2010/59 sayılı kararı ile *"askeri faaliyetlere yönelik çeşitli gizlilik derecelerine haiz belgelerin ve dokümanların ilgili Komutanlık emri, talimat, yönerge ve diğer mevzuat uyarınca muhafazası, ait oldukları arşivlere, kontrollü evrak bürosuna teslim edilmesi, seminer faaliyetleri ile ilgili Komutanlık emirlerine aykırılık teşkil eden eylemlerde bulunulması gibi nedenlerle ortaya çıkması muhtemel memuriyet görevini ihmal, memuriyet görevini kötüye kullanma, emre itaatsizlikte ısrar gibi suçlar açısından dava zamanaşımı sürelerinin dolması gibi nedenlerle herhangi bir kişiye ya da kişilere karşı kamu davası açılması kanunen mümkün görülmediği"* gerekçesine dayanarak anılan soruşturmaya ilişkin olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

c. Başvurucu Hakkındaki Soruşturma ve Tutuklama Süreci

26. Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararı sonrası (bkz. § 16) ihlale konu davada yargılanan sanıkların şikâyetleri üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2014/116320 Soruşturma sayılı dosya ile davada dayanılan ve çoğunlukla dijital verilerden oluşan delillere ilişkin olarak soruşturma başlatılmıştır.

27. Yeniden yapılan yargılama sürecinde İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesince alınan bilirkişi raporlarında, davada dayanılan dijital delillerin sıhhatli olmadığına ilişkin değerlendirmelerin bulunması sonrasında anılan bilirkişi raporları da soruşturma dosyasına eklenmiştir. İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesince yapılan suç duyurusuna ilişkin soruşturma dosyası da İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/116320 Soruşturma sayılı dosyası ile birleştirilmiştir.

28. Yürütülen soruşturmada, Başsavcılığın 25/11/2014 tarihli yazısı ile başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen CD ve DVD'lerin devletin güvenliği ve askerî yararları açısından Egemen Harekât Planı ile ilgili "çok gizli" ve "gizli" belgeleri içerip içermediği hususunda Genelkurmay Başkanlığından bilgi istenmiştir.

29. Öte yandan soruşturma kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığında müşteki sıfatıyla 4/12/2014 tarihinde ifade veren E.S.; beyanlarında başvurucu tarafından Savcılığa teslim edilen on dokuz CD'nin on

altısının gerçek olduğu ve bu CD'lerin içinde devletin güvenliğini ilgilendiren"çok gizli" Egemen Harekât Planı ve ekleri olduğu, bu plan ve eklerinin 1. Ordu Komutanlığı Plan Odasında bulunması gerektiği, korgeneral rütbesiyle görev yaparken 1. Ordu Komutanlığında 3/3/2003-5/3/2003 tarihlerinde yapılan plan semineri sırasında olası bir savaş durumunda icra edilecek harekât planlarını da sözlü olarak anlattığı, başvurucunun teslim ettiği seminer ses kayıtlarında savaş durumundaki kara harekâtına ilişkin takdiminin tamamının bulunmadığı, bu takdimde savaş durumunda uygulanacak strateji ile ilgili çok özel ve çok gizli belgelerin (bilgilerin) bulunduğu, bu kayıtların nerede olduğunun bilinmediği, çalınan CD'lerdeki bilgilerin ilgili ülkenin eline geçmesinden dolayı bu ülkenin basınında harekât planlarıyla ilgili değerlendirmeler yapıldığı, ilgili ülkenin olası bir savaş durumunda asıl taarruzun yapılacağı bölgede harekâtı etkisiz hâle getirmek için tedbirler aldığı yönünde anlatımlarda bulunmuştur.

30. Genelkurmay Başkanlığı 5/12/2014 tarihinde, 11 ve 17 No.lu CD'ler içinde yer alan "Balyoz, Suga, Oraj, Çarşaf vb." isimlerle hazırlanmış olanların TSK'ya ait bilgi ve belgeler olmadığını, CD'lerde yer alan açık ismi Egemen Harekât Planı olan "Ertuğrul Harekât Planı"nın yenisinin ihdas edilmemesi nedeniyle 18/12/2008 tarihinde imha edildiğini, imha edilen harekât planının "çok gizli" gizlilik derecesine ait olduğunu, söz konusu harekât planındaki bilgilerin devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken ve ifşası hâlinde devletin savaş hazırlıklarını, savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokabilecek nitelikte olduğunu belirtmiş; ayrıca başvurucunun teslim ettiği CD'ler içinde bulunan 118 "çok gizli" belgenin listesini de cevap yazısına eklemiştir.

31. Soruşturma kapsamında ifadesi alınan bir kısım tanığın özetle *"1. Ordu Komutanlığı Plan Seminer Odasından çalınan Ertuğrul Harekât Planına ait belgeler ile birlikte sahte dijital verilerle oluşturulmuş Balyoz darbe planı ve eklerini içeren belgelerin Taraf gazetesinde yayınlanması için* [ismi belirtilen] *bir başka kişi tarafından başvurucuya verildiğini, bu belgelerin içeriğinin başvurucunun adı ile haberleştirildiğini"* ifade etmesi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca tanık beyanlarında adı geçen kişinin yakalanmasına karar verildiği fakat bu kişinin henüz yakalanamadığı ve soruşturma makamlarınca yurt dışında olduğunun değerlendirildiği görülmektedir.

32. Öte yandan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 15/12/2014 tarihinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine ilişkin gizli

belgeleri temin etme, suç uydurma suçlarından 2014/116320 Soruşturma sayılı dosya ile yürütülen soruşturma kapsamında müdafi ya da vekilin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca "kısıtlanmasına" karar verilmesini talep etmiştir. İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 15/12/2014 tarihli ve 2014/2922 Değişik İş sayılı kararı ile *"müdafi veya vekilin dosya içeriğini inceleme ya da belgelerden örnek alma yetkisinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme ihtimali bulunması nedeniyle"* anılan talep kabul edilmiştir.

33. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/116320 Soruşturma sayılı dosyası ile yürütülen soruşturma kapsamında Başsavcılığın talebi üzerine İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 27/2/2015 tarihli ve 2015/1203 Değişik İş sayılı kararı ile "[başvurucu tarafından] *teslim edilen 19 kopya CD ve 4 adet DVD içerisinde devletin güvenliği ve askeri yararları açısından Egemen Harekat Planı ile ilgili 'çok gizli' gizlilik derecesine haiz olduğu tespit edilen belgeleri 1. Ordu Komutanlığından izinsiz dışarıya çıkaran kişilerin şüpheli Mehmet Baransu ile eylem birliği içinde suç örgütü faaliyeti kapsamında hareket ettikleri, şüphelinin devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin ettiği, çok gizli belgeler olduğunu bilmesine rağmen bu belgeleri yetkili makamlara iade etmeyerek kendisine suret aldığı ve orijinallerini beyanına göre imha ettiği, devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıkladığı …"* gerekçelerine dayanılarak başvurucunun konutunda ve eklentilerinde, kullandığı araçlarında ve üzerinde arama yapılmasına karar verilmiştir. Yapılan arama sonucunda çok sayıda CD, DVD, resmî yazışma, askerî yazışmalar ile olayla ilgili olabilecek nitelikte (olduğu değerlendirilen) *"Plan Çalışması 27-28 Ocak 2003, Bilgi Destek Planı, İrtica Eylem Planı, 3. Kolordu Komutanlığının 1. No'lu Harekât Planı, 1. Ordu Plan Semineri, 1. Ordu Plan Semineri 2003"* (isimli) askerî belgelerin bulunduğu anlaşılmıştır.

34. Başvurucu, anılan soruşturma kapsamında 1/3/2015 tarihinde gözaltına alınmıştır.

35. Başvurucu, İstanbul İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde 2/3/2015 tarihinde müdafisi huzurunda ifade vermiştir. İfade alma işlemi sırasında başvurucuya suçlandığı olayların açıklandığı, Genelkurmay Başkanlığı ile yapılan yazışmaların içeriği hakkında bilgi verildiği görülmektedir. İfade alma işlemi kapsamında başvurucuya yirmi sekiz soru yöneltilmiştir. Başvurucuya genel olarak Taraf gazetesinde

yayımlanan habere konu bir kısım belgenin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına (CMK 250. maddesi ile görevli) teslimine ilişkin tutanaklarda yer alan imza ve beyanların kendisine ait olup olmadığı, haberlere ilişkin belge ve dijital verileri nasıl ve/veya kimden temin ettiği soruları yöneltilmiştir. Başvurucu, anılan sorulara söz konusu tutanaklardaki imza ve beyanların kendisine ait olduğu, haberlere ilişkin belge ve dijital verilerin kendisine emekli asker olduğunu söyleyen bir kişi tarafından iki ayrı tarihte teslim edildiği, kendisinin bu belgeleri İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği şeklinde cevap vermiştir.

36. Bunların yanı sıra başvurucuya, devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken ve ifşası hâlinde devletin savaş hazırlıklarını, savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokabilecek nitelikteki "çok gizli" belgeleri gazetede kimlerle birlikte incelediği, bu nitelikteki hangi belgelerin çıktısını kimlerle birlikte aldığı, tarama işlemini kimlerle birlikte yaptığı, anılan belgeleri neden imha ettiği, neden belgeleri temin edince doğrudan yetkili makamlara teslim etmediği sorularının da yöneltildiği görülmektedir. Başvurucu, bu belgeleri aynı gazetede birlikte çalıştığı gazeteciler A.A., Y.Ç., Y.O., K.T. ve ismini hatırlamadığı bir gazeteci ile birlikte incelediğini, belgelerin çıktısını almadıklarını ve tarama işlemi yapmadıklarını, darbe planı haricindeki hiçbir belgeyi yayımlamadıklarını, kendisine teslim edilen belgeler arasında savaş planlarının da bulunduğunu, tüm belgeleri Savcılığa teslim ettiğini, yayımlanan haber sonrasında yapılan yargılama sırasında veya sonradan yapılan haberlerde bu nitelikteki bir belgenin ortaya çıkmadığını, incelediklerini orijinal belgeleri imha etmediklerini ve devlet yetkililerine teslim ettiklerini, haber amaçlı aldıkları CD'lerin kopyalarını sonradan imha ettiklerini beyan etmiştir.

37. Başvurucu ifadesinin devamında yayımlanan haberlere konu kopya belgeleri gazete yönetimiyle birlikte incelediğini, sonradan kendisine verilen orijinal belgeleri ise kimseyle paylaşmadan devlet kurumlarına teslim ettiğini, yargılama dosyasındaki bazı belgelerin örneğinin kendisinde de bulunduğunu, kendisine verilen tüm ses kasetlerini de devlet kurumlarına teslim ettiğini, bu kayıtların bazı kopyalarındaki belgelere yayımladığı "Karargâh" isimli kitabında yer verdiğini, yine bu kopyaların bir kısım gazeteye de verildiğini, bu ses kayıtlarının çok daha fazlasının başka kişilerce televizyonlarda ve internette yayımlandığını beyan etmiştir.

38. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 2/3/2015 tarihinde, başvurucunun suç örgütü faaliyeti çerçevesinde eylem birliği içinde hareket ettiğini, kimlik bilgileri bu aşamada tespit edilemeyen şüphelilerden devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin ettiğini; suça konu devletin güvenliği ve askerî yararları bakımından "çok gizli" belgeleri, belgelerin önemini ve "çok gizli" niteliğini bilmesine rağmen yetkili makamlara iade etmeyip bu belgelerden kendisine suret aldığını; orijinallerini ifadesine göre imha ettiğini, devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıkladığını belirterek suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma; devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçlarından tutuklanmasını talep etmiştir.

39. Başsavcılığın tutuklama talep yazısında ayrıca aşağıdaki tespit ve değerlendirmeye yer verilmiştir:

"… Şüpheli Mehmet Baransu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bavul içerisinde 10 adet seminer ses kaydının da bulunduğu ses kasetleri teslim edilmiş olup ses kasetleri üzerlerinde 1/10'dan 10/10'a kadar numaralandırılmıştır, ancak 6. ses kasetinin üzerinde sıralama gereğince 1/6 rakamının yazılı olması gerekirken, 6 rakamının yazılı olduğu, bu ses kaydında ise… deprem konusunda bir sunumun olduğu tespit edilmiş, ses kasetlerinde… E.S. tarafından Egemen Harekât Planına ilişkin sunum bulunamamıştır…"

40. İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 2/3/2015 tarihinde başvurucunun sorgusu yapılmıştır. Başvurucu, sorgusunda genel olarak İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde verdiği ve yukarıda özetlenen ifadesi doğrultusunda beyanda bulunmuştur. Başvurucunun sorgudaki ifadesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"… ben gazeteye giderken haber kaynağı bir kişi geldi ve … 'size önemli bir haber vereceğim' dedi, ben… o kişinin anlattıklarını dinledim ve elim[n]deki gösterdiği belgelere baktım … bana bir darbe planından bahsetti … yanında getirdiği orijinal belgeleri gösterdi, ben bu belgeleri taradım, elektronik belgeler de vardı, çay bahçesi gibi bir yerde görüşme oldu, ben o belgelere bakmaya başladım ve bana 3 DVD [ile] 1 CD'yi kopya olarak verdi, ilk buluşmada bazı belgeler orijinaldi, el yazısı ile yazılmış notlar vardı, point belgeler de vardı, bunun üzerine ben DVD ve CD'leri aldım, inceleyeceğimi söyledim… o dö-

nemde Başsavcı Vekili olan T.Ç. elimizde ne varsa kendilerine teslim etmemizi istedi, ben de elimdeki 3 adet DVD ve 1 adet CD'yi kendilerine bendekinin kopyasını kopyalamak suretiyle… tutanak ile verdim… o arada askeri savcılık da bizden belge istedi… gazeteden onlara CD'ler kopya olarak gitti… haberler devam ederken yaklaşık 9 gün aradan sonra gazeteye gelirken aynı kişi yine benim önümü kesti, elinde bavul vardı ve orijinal belgelerin tamamını bana vermek istediğini söyledi… orijinal belgeleri aldım ve gazeteye geldim… [aynı gün] valizi ve belgeleri Cumhuriyet Savcısı B.B.'ye teslim [ettim]… herhangi bir şekilde bana teslim edilen belgelerin veya CD'lerin orijinallerini imha etmedim aksine yetkili merci olan Cumhuriyet savcısına teslim ettim… aldığım DVD'lerin içerisinde söz konusu Balyoz darbe planı haricinde başkaca askeri harekat planları vardı ancak bunlar bizim tespitimize göre suç unsuru içermeyen EGEMEN HAREKAT PLANI bulunmaktaydı, bu gerçekten bir harp oyunudur… valizin içerisinden çıkan EGEMEN HAREKAT PLANINA ilişkin belgeler haber konusu yapılabilecek belgeler olmadığından ve gizlilik içerdiğinden bu belge ile ilgili herhangi bir haber yapmadık bunları da Cumhuriyet savcısına teslim ettik, bu valizin içindeki belgelerin tümünü inceleme imkanımız zaten olmazdı… bu belgelerden daha önce aldığım kopyaları da gazetede kendimiz bize lazım olan çıktılarını da aldıktan sonra kırmak suretiyle imha ettik, valizden herhangi bir belgeyi almadık, daha önceden bize teslim edilen kopya DVD ve CD üzerinden çıktılarını aldık, ancak yine çıktısını aldığımız bu DVD ve CD'deki belgelerden EGEMEN HAREKAT PLANINA ilişkin herhangi bir çıktı almadık haber de yapmadık, bizim açımızdan haber yaptıktan sonra geri kalan kısmı bizi ilgilendiren bir husus olmayıp Cumhuriyet savcılığını ilgilendiren hususlar olduğundan bizdeki kopyayı doğal olarak imha etme ihtiyacı duyduk… ben belgeleri savcılığa teslim ettim varsa bunları çalan kişileri bulmak benim görevim değil[dir] …"

41. Hâkimliğin 2/3/2015 tarihli ve 2015/109 Sorgu sayılı kararı ile başvurucunun devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından tutuklanması talebi reddedilmiş; devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalmave devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme suçları yönünden ise tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"1-) … Devletin Güvenliğine ve Siyasal Yararlarına İlişkin Gizli Kalması Gereken Bilgileri Açıklama suçundan; her ne kadar tutuklanması talep olun-

muş ise de; suç tarihinin 20.01.2010 olduğu, 5187 sayılı Basın Kanununun 26. maddesinde öngörülen sürenin geçtiği, bu sürenin hak düşürücü süre olduğu, bu aşamada tutuklama tedbirinin ölçülü olmayacağı, anlaşılmakla TUTUKLAMA TALEBİNİN REDDİNE,

2-) … Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma suçundan; her ne kadar tutuklanması talep olunmuş ise de; örgüt kurma suçunun oluşabilmesi için yeterli ve gerekli olan kişi sayısının henüz tespit edilemediği bir örgütün kurulduğundan ve varlığından bahsedilebilmesi için bu aşamada gerekli ve yeterli tutuklama tedbirini gerektirir ölçüde delilin bulunmadığı anlaşıldığından bu aşamada tutuklama tedbirinin ölçülü olmayacağı, anlaşılmakla TUTUKLAMA TALEBİNİN REDDİNE,

3-) Devletin Güvenliğine İlişkin Belgeleri Tahrip Etme Amacı Dışında Kullanma Hile İle Alma Çalma ve Devletin Güvenliğine İlişkin Gizli Belgeleri Temin Etme suçlarından tutuklanmasının talep edildiği, dosya kapsamında mevcut delillere göre; şüphelinin eylemine konu olayın balyoz darbe planı olarak bilinen plan ve bu plana ilişkin DVD, CD ve belgeler olduğu, bu belgeler ile birlikte Egemen Harekât Planının da şüphelinin temin ettiğinin anlaşıldığı, Egemen Harekât Planının 'ÇOK GİZLİ' gizlilik derecesine ait olduğu, bu plandaki bilgilerin devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararlar bakımından gizli kalması gereken nitelikte olduğunun anlaşıldığı, yine bu CD'lerdeki 118 adet gizli belgenin de çalındığının anlaşıldığı, şüphelinin bir şekilde ele geçirdiği belgelerin kopyası olsa dahi ilgili mercilere teslim etmek yerine kendisi tarafından imha edildiğinin ifade edildiği, ancak imha edilip edilmediğinin henüz bilinmediği, bulunamayan gizli belgelerin halen nerede olduğu, kimin elinde bulunduğu ve ne amaç ile kullanılacağının bilinmediği, şüphelinin belgeleri aldığını söylediği emekli asker olduğunu bildirdiği kişinin kim olduğu hususunda henüz bir tespitin yapılamadığı, bu kişi ile birlikte hareket eden başka kişiler bulunup bulunmadığının da henüz tespit edilemediği, şüphelinin eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde isnat edilen Devletin Güvenliğine İlişkin Belgeleri Tahrip Etme Amacı Dışında Kullanma Hile İle Alma Çalma, Devletin Güvenliğine İlişkin Gizli Belgeleri Temin Etme suçlarını işlediği hususunda kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunduğu, bu suçların yasada öngörülen cezalarının alt ve üst sınırı nazara alınarak; CMK' nun 100. ve devamı maddelerinde belirtilen tutuklama yasağı veya yargılama engeli gibi halin bulunmadığı, atılı suç yönünden şüphelinin alabileceği ceza miktarı göz önüne bulundurulduğunda kaçabileceği yönünde şüphe bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmadığı, çok kap-

samlı bir şekilde ve çok yönlü olarak soruşturmanın devam ettiği, atılı suçlar yönünden beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde 'ölçülük' ilkesi uyarınca daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulanmasının bu aşamada yetersiz kalacağı, kanaatine varıl[mıştır]."

42. Başvurucu 9/3/2015 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiş, İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/3/2015 tarihli ve 2015/1371 Değişik İş sayılı kararı ile *"kararın usul ve yasaya uygun olduğu"* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

43. Başvurucu 18/3/2015 tarihinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğine başvurarak tahliyesine karar verilmesini talep etmiş, Hâkimliğin 19/3/2015 tarihli ve 2015/1461 Değişik İş sayılı kararı ile *"incelenen soruşturma evrakına göre; İstanbul 5 Sulh Ceza Hâkimliğinin 02.03.2015 tarih ve 2015/109 sorgu sayılı tutuklama kararı yerinde olmakla ve tutukluluk halini sonlandıracak her hangi bir somut delil ibraz edilmediğinden"* talebin reddine karar verilmiştir.

44. Başvurucu 31/3/2015 tarihinde anılan karara itiraz etmiş, İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 31/3/2015 tarihli ve 2015/2029 Değişik İş sayılı kararı ile *"tahliye talebinin reddi kararının usul ve yasaya uygun olduğu, tahliyesini gerektirir yeni bir delilin bulunmadığı"* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

45. Başvurucu, anılan kararı 31/3/2015 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

d. Bireysel Başvuru Süreci

46. Başvurucu 20/4/2015 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

47. Anayasa Mahkemesince bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucu hakkındaki soruşturma derdest olup başvurucunun tutukluluk hâli devam etmektedir.

B. İlgili Hukuk

48. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma"* kenar başlıklı 220. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir."

49. 5237 sayılı Kanun'un *"Devletin güvenliğine ilişkin belgeler"* kenar başlıklı 326. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge veya vesikaları kısmen veya tamamen yok eden, tahrip eden veya bunlar üzerinde sahtecilik yapan veya geçici de olsa, bunları tahsis olundukları yerden başka bir yerde kullanan, hileyle alan veya çalan kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir."

50. 5237 sayılı Kanun'un *"Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme"* kenar başlıklı 327. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

51. 5237 sayılı Kanun'un *"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."

52. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa."

53. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 101. maddesinin (1), (2) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) (Değişik: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta ki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir."

54. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetki-

si, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

…

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."

55. 5271 sayılı Kanun'un *"İtiraz usulü ve inceleme mercileri"* kenar başlıklı 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

..."

56. 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un *"Sulh ceza hâkimliği"* kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"(Değişik: 18/6/2014–6545/48 md.) Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi

gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez."

57. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Basın özgürlüğü" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir."

58. 5187 sayılı Kanun'un *"Haber kaynağı"* kenar başlıklı 12. maddesi şöyledir:

"Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz."

59. 5187 sayılı Kanun'un *"Dava süreleri"* kenar başlıklı 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir…"

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

60. Mahkemenin 17/5/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

61. Başvurucu; gazetecilik faaliyeti kapsamında kamuoyunda "Balyoz darbe planı" olarak bilinen ve çalıştığı Taraf gazetesinde beş yıl önce yayımlanan habere konu belgeleri temin ettiğinden bahisle tutuklandığını, anılan habere konu belgeleri yayımlama eylemi nedeniyle tutuklanması talebinin Hâkimlik tarafından 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde muhakeme şartı olarak düzenlenen ve kamu davası açılması için öngörülen hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle reddedilmesine rağmen Hâkimliğin aynı belgeleri temin ettiği suçlamasıyla tutuklanmasına karar verdiğini, habere konu bilgiyi edinmesinin ve açıklamasının gazetecilik (basın) faaliyeti kapsamında olduğunu, suça konu edilen ve tahrip edildiği iddia edilen belgenin asıl değil fotokopi olduğunu, elde ettiği belge örneklerini yayımlama amacı dışında kullanmadığını ve sonrasında belgelerin Savcılığa teslim edildiğini, isnat edilen suçları işlememesine rağmen tutuklanmasına karar verildiğini, daha önce birçok kez gözaltına alınıp serbest bırakılmasına rağmen kaçma davranışı göstermediği dikkate alınmaksızın yalnızca alınması muhtemel ceza dikkate alınarak kaçma şüphesinin bulunduğunun kabul edildiğini, delillerin karartılması ihtimalinin bulunmadığını, tutuklama kararında adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin belirtilmediğini ve tutuklamanın"ölçülülük" ilkesine aykırı olduğunu, tutuklama kararına itirazlarının ve tahliye taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini, tutukluluğa ilişkin karar veren Sulh Ceza Hâkimliklerinin kanuni hâkim ilkesine aykırı olup tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıklarını, suçlamaya dayanak belgelerin kendisine gösterilmediğini, tutuklandığı soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verildiği için dosyayı inceleyememesi, ayrıca mahkeme güvencesinden yoksun bir şekilde kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedeniyle itiraz hakkını etkili şekilde kullanamadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin, 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, 37. maddesinde güvence altına alınan kanuni hâkim ilkesinin ve 40. maddesinde

güvence altına alınan etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve öncelikle salıverilmesini sağlayacak bir tedbir uygulanması ile birlikte hak ihlali tespitine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

62. 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, § 16). Bu itibarla başvurucunun;

i. Tutukluluğa ilişkin karar veren Sulh Ceza Hâkimliklerinin kanuni hâkim ilkesine aykırı oldukları, tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıkları şikâyetinin Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası,

ii. Suçlamaya dayanak belgelerin kendisine gösterilmemesi, tutuklandığı soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verildiği için dosyayı inceleyememesi, ayrıca mahkeme güvencesinden yoksun bir şekilde kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedenleriyle itiraz hakkını etkili şekilde kullanamadığı şikâyetlerinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası,

iii. İsnat edilen suçları işlememesine rağmen tutuklanmasına karar verildiği, suça konu edilen ve tahrip edildiği iddia edilen belgenin asıl değil fotokopi olduğu, elde ettiği belge örneklerini yayımlama amacı dışında kullanmadığı, daha önce birçok kez gözaltına alınıp serbest bırakılmasına rağmen kaçma davranışı göstermediği dikkate alınmaksızın yalnızca alınması muhtemel ceza dikkate alınarak kaçma şüphesinin bulunduğunun kabul edildiği, delillerin karartılması ihtimalinin bulunmadığı, tutuklama kararında adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin belirtilmediği ve tutuklamanın "ölçülülük" ilkesine aykırı olduğu, tutuklama kararına itirazlarının ve tahliye taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiği şikâyetlerinin Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası,

iv. Gazetecilik faaliyeti kapsamında yayımlanan habere konu belgeleri temin ettiğinden bahisle tutuklandığı, anılan habere konu belgeleri yayımlama eylemi nedeniyle tutuklanması talebinin Hâkimlik tarafından 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde muhakeme şartı olarak düzenlenen ve kamu davası açılması için öngörülen hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle reddedilmesine rağmen Hâkimliğin aynı belgeleri temin ettiği

suçlamasıyla tutuklanmasına karar verdiği, habere konu bilginin temin edilmesinin ve açıklamasının gazetecilik (basın) faaliyeti kapsamında olduğu şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

63. Öte yandan başvurucu, hakkında verilen ilk tutuklama kararına yönelik itirazın reddedilmesinden iki gün sonra tahliye talebinde bulunmuş, başvurucunun talebini değerlendiren İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği, 19/3/2015 tarihli kararı ile ilk tutuklama kararının yerinde olduğunu ve tutukluluk hâlini sonlandıracak somut bir delilin ibraz edilmediğini belirterek başvurucunun talebini reddetmiştir. İlk tutuklama kararından itibaren yaklaşık 1 ay 20 gün sonra yapılan bireysel başvuru kapsamında, başvuru formu ve eklerinde genel olarak tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik şikâyetlerin dile getirildiği, tutukluluğun makul süreyi aştığına yönelik açıkça dile getirilen bir iddianın olmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin, genel ve soyut iddialardan hareketle resen her konuda hukuka uygunluğu denetleme ve temel hakların ihlal edilip edilmediğini tespit etme yükümlülüğü bulunmamaktadır (*Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 50). Bu nedenlerle başvurucunun tutukluluğuna ilişkin şikâyetlerinin, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında tutuklamanın hukuki olup olmadığı yönünden incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Sulh Ceza Hâkimliklerinin Doğal Hâkim, Bağımsız ve Tarafsız Hâkim İlkelerine Aykırı Olduğuna İlişkin İddia

64. Başvurucu; tutukluluğa ilişkin karar veren Sulh Ceza Hâkimliklerinin kanuni hâkim ilkesine aykırı olduklarını, tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıklarını ileri sürmüştür.

65. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) benzer kararlarına atıf yapılarak özgürlük ve güvenlik hakkını kısıtlayan "mahkeme"nin kanunla kurulması gerektiği, mahkemelerin bağımsız olup olmadığı değerlendirilirken üyelerinin atanma şekli ve görev süresi, dışarıdan yapılacak baskılara karşı garanti mekanizmalarının oluşturulup oluşturulmadığı ve kuruluşlarıyla bağımsız bir görüntü sergileyip sergilemediğine bakılması gerektiği, sulh ceza hâkimliklerinin 18/6/2014 tarih-

li ve 6545 sayılı Kanun ile kurulduğu, kurulan sulh ceza hâkimliklerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından kariyer, ehliyet ve liyakatleri gözetilerek görev yapan hâkimler arasından atama yapıldığı, sulh ceza hâkimliklerinin de diğer mahkemeler gibi mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldığı belirtilmiştir.

66. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinde "hâkim" veya "mahkemenin" temel bazı yargısal güvence, nitelik ya da özelliklere sahip olması gerektiğinin belirtildiğini, bu organların yasayla kurulmuş mahkemeler olması, tarafsızlık ve bağımsızlık güvencesine sahip olması, çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine saygılı olması gerektiğini, tutuklama kararı verecek yargısal organın doğal hâkim güvencesine sahip olması gerektiğini, mahkemelerde bulunması gereken özelliklerden birinin güven telkin etmek olduğunu, ceza hukuku bakımından mahkemenin yasayla kurulmuş olmasının suçun işlenmesinden önce kurulması anlamına geldiğini, tutuklanmasına karar veren Sulh Ceza Hâkimliklerinin iddia edilen suçun işlendiği tarihten sonra siyasi iktidar tarafından bir proje olarak kurulduğunu, bu hâkimliklerin bağımsız ve tarafsız olmadığını iddia etmiştir.

67. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirtildiği gibi doğal hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Doğal hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına, başka bir anlatımla sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

68. Bununla birlikte kanuni (doğal) hâkim güvencesi, yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılamaz. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakması kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

69. Bu kapsamda bir kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması hâlinde doğal hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olamaz (AYM, E.2009/52, K.2010/16, 21/1/2010).

70. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."* Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

71. Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (*Yaşasın Aslan,* B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

72. Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Tahir Gökatalay,* B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

73. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Öncelikle mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsız-

lık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

74. Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız olması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tabi kılınmıştır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

75. Somut olayda bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddia edilen Sulh Ceza Hâkimliklerinin Cumhuriyet savcısının taleplerini reddederek şüpheliler lehine kararlar verdikleri, bu bağlamda başvurucunun devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama ve suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarından tutuklanması talebinin İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedildiği görülmektedir.

76. Genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından yapılan atama sonucunda ilgili hâkimlerin anılan görevleri yaptıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle başvurucuya yönelik somut ön yargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 114; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, § 78).

77. Nitekim Anayasa Mahkemesi; sulh ceza hâkimlerinin de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atandıkları ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulundukları, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa'nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıkları, bunların yapılanması ve işleyişinde tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığı, ayrıca somut, nesnel ve inandırıcı delillerle hâkimin tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konması durumunda davaya bakmasını engelleyen usul hükümlerinin de bulundu-

ğu gerekçeleriyle sulh ceza hâkimliklerini ihdas eden kanun hükmünün iptali istemini reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

78. Açıklanan nedenlerle başvurucunun doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurulan, bağımsız ve tarafsız olmayan, mahkeme niteliğinde bulunmayan hâkimlik tarafından tutuklandığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

b. İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılamadığına İlişkin İddia

79. Başvurucu; suçlamaya dayanak belgelerin kendisine gösterilmemesi, tutuklandığı soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verildiği için dosyayı inceleyememesi ve ayrıca mahkeme güvencesinden yoksun bir şekilde kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedenleriyle itiraz hakkını etkili şekilde kullanamadığını ileri sürmüştür.

80. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararlarına atıf yapılarak soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmesi ve şüphelilerin delilleri karartmalarının önlenmesi için bazı delillerin gizli tutulabileceği ancak bu meşru amacın savunma hakkına önemli ölçüde zarar verecek şekilde genişletilemeyeceği, tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esaslı olan bilgilerin uygun tarzda şüphelinin müdafisine verilmesi gerektiği, kişinin tutuklanması esnasında suçlamaların tamamını belirtmenin zorunlu olmadığı, tutuklamaya dayanak oluşturan temel öneme sahip bilgi ve belgelere şüpheli ya da sanığın veya avukatının erişme hakkının sağlanmasının yeterli olduğu, somut olayda başvurucunun suçlamaya dayanak olan belgeleri İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmeden incelediğinin anlaşıldığı, başvurucunun kollukta alınan ifadesi sırasında sorulan soruların suç isnadına ilişkin deliller bakımından yeterli açıklıkta olduğu, başvurucunun tutukluluğa itirazlarında hakkındaki suçlamalara dayanak olan temel unsurlarla ilgili açıklamalarda bulunduğu, tutukluluğa itirazların sulh ceza hâkimliklerince değerlendirilmesinin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu ve itiraz hakkının kullanılmasını etkisizleştirmediği belirtilmiştir.

81. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında dosyada gizlilik kararı bulunduğu için soruşturma dosyasına erişemediğini ve böylelikle

çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uyulmadığını, kapalı devre itiraz sisteminin bulunduğunu iddia etmiştir.

82. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası yakalanan veya tutuklanan kişiye, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl; toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

83. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"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."

84. Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı mercine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değil ise de iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§122, 123).

85. Tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30).

86. 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 gelmektedir. Taraflardan birine tanınıp diğerine tanınmayan avantajın fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır (*Bülent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, § 70).

87. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Çeliş-

meli 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 (*Bülent Karataş,* § 71).

88. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM. E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

89. AİHM, müdafinin dosya içeriğini incelemesinden mahrum bırakılmasını silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir (*Ceviz/Türkiye,* B. No: 8140/08, 17/7/2012, § 41). Ancak AİHM'e göre millî güvenlik, suçların araştırılmasına ilişkin polisiye yöntemlerin gizli kalma gerekliliği ya da üçüncü bir kişinin temel haklarının ve kamu düzeninin korunması için gerektiği ölçüde çelişmeli yargılama ilkesi kısıtlanabilir. Bununla birlikte savunma haklarının kısıtlanması nedeniyle karşılaşılan zorlukların yargılama sırasında yeteri kadar giderilmesi gerekir (*A. ve diğerleri/Birleşik Krallık,* B. No: 3455/05, 19/2/2009, § 205).

90. Yakalanan bir kişiye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı, böylece kişi, eğer uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 175).

91. İfadesi alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş ve başvurucunun tutukluluk kararına yönelik iti-

razında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda, başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca*, § 107).

92. Somut olayda, başvurucunun kollukta ve sorgu sürecinde alınan savunmaları incelendiğinde başvurucuya isnat edilen suçların içeriğine yönelik bilgi verildiği; kolluk görevlilerince alınan ifade işlemi sırasında başvurucuya üzerine atılı eylemlere ilişkin yirmi sekiz soru yöneltildiği ve bu soruların içeriği ile suçlamaların detaylıca açıklandığı, yöneltilen sorularda ayrıca suçlamalara dayanak olan bir kısım delilin içeriğinin de belirtildiği, başvurucunun gerek kolluktaki ifadesi gerekse Hâkimlikteki sorgusu sırasında kendisine isnat edilen suçlamalara ilişkin olarak müdafileriyle birlikte detaylı bir şekilde savunma yaptığı, savunmasında suçlanmasına dayanak yapılan delillerin içeriği ve mahiyetiyle ilgili konularda da beyanda bulunduğu, başvurucunun suçlanmasına esas teşkil eden delillerin büyük bölümünün başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen CD, DVD, ses kaseti ve diğer belgeler olması dolayısıyla başvurucunun bu delillerin varlığından ve içeriğinden soruşturma öncesi dönemde de haberdar olduğu görülmektedir. Yine başvurucunun, tutuklama kararına karşı yaptığı itirazın sonuçlanmasından iki gün sonra sunduğu tahliye talepli dilekçesinde usul ve esasa ilişkin olarak ayrıntılı bir biçimde savunmada bulunduğu, suçlanmasına dayanak yapılan olgu ve delillere ilişkin olarak ayrıntılı vasıflandırmalarda bulunduğu ve delillerin içeriğindeki birçok detayı dile getirdiği anlaşılmıştır. Öte yandan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının başvurucunun tutuklanması talebine ilişkin 2/3/2015 tarihli yazısında başvurucunun hangi eylemler nedeniyle suçlandığı, suçlamaya esas alınan olayların ve delillerin (genel olarak içerikleriyle birlikte) neler olduğu detaylı bir şekilde ifade edilmiş ve anılan yazı İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinde yapılan sorgu sırasında başvurucuya, ifade alma işlemi öncesinde ve müdafilerinin huzurunda okunmuştur. Başvurucunun 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak kuralda belirtilen ifadelerini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklara erişiminin kısıtlandığı yönünde bir şikâyeti de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun ve müdafilerinin isnat

edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

93. Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı itibarıyla suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvurucuya ve müdafilerine bildirilmiş olması, ayrıca başvurucuya bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında salt kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucunun soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldığı ve bu itibarla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün değildir.

94. Öte yandan 6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe aittir.

95. Somut olayda başvurucunun, tutukluluğa ilişkin karar veren Sulh Ceza Hâkimliklerinin doğal hâkim, tarafsız ve bağımsız hâkim ilkelerini ihlal ettiği iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir (bkz. §§ 64-78). Bu nedenle başvurucunun, aynı gerekçelere dayalı olarak ileri sürdüğü tutuklama kararına karşı itiraz mercii olarak tarafsız ve bağımsız bir mahkeme statüsünde olmayan sulh ceza hâkimliklerinin görevlendirildiği, bu kapalı devre itiraz sistemi nedeniyle tutuklama kararlarına ilişkin etkili bir itiraz yolunun bulunmadığı iddiası yerinde değildir (*Hikmet Kopar ve diğerleri*, § 133).

96. Anayasa Mahkemesi de sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlara karşı itiraz merciinin yine sulh ceza hâkimlikleri olarak belirlenmesine ilişkin kanun hükmünün iptali istemini; sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmadığını, bir il veya ilçenin adını taşıyan mahkemelerin, iş durumunun gerekli kıldığı hâllerde birden fazla kurulan "daire"nin, yargılama faaliyetleri ve kanun yolu başvurularının incelenmesi yönünden aynı mahkeme olarak değerlendirilemeyeceğini, 5271 sayılı Kanun'un itiraz kanun yoluna ilişkin 268. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca itiraz mercii olarak belirlenen sulh ceza hâkimliklerinin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası

hakkında karar verme yetkilerinin bulunduğunu, dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

97. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, soruşturmada kısıtlama kararı verilmesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği ve tutuklamaya ilişkin itiraz mercii olarak sulh ceza hâkimliklerinin belirlenmesi nedeniyle itiraz hakkının etkili olarak kullanılamadığı iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

c. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına, İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

98. Başvurucu; kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmaksızın verilen tutuklama kararının hukuki olmadığını, gazetecilik faaliyeti kapsamında bulunan eylemleri nedeniyle tutuklandığını ileri sürmüştür.

99. Başvuru konusu olayın özellikleri dikkate alındığında başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarının birbiri ile bağlantılı olarak incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

100. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası kapsamında başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için anılan iddia çerçevesinde başvurunun konusunun ne olduğunun belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi önündeki başvurunun konusu, başvurucunun çalıştığı gazetede yayımlanan bir haber dolayısıyla habere konu belgeleri temin ettiğinden bahisle tutuklandığı, bu itibarla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası olup soruşturmanın esası ve soruşturma ya da yargılama sürecinin muhtemel sonuçları değildir.

101. Tutuklama tedbiri nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarının incelenebilmesi için devam eden soruşturma veya yargılama süreçlerinin tamamlanması gerekmemektedir. Başvurucunun, iddialarına temel teşkil eden tutuklama tedbirine karşı itiraz yoluna baş-

vurarak başvuru yollarını tükettiği anlaşılmıştır. Anayasa Mahkemesi yakın tarihte verdiği bir kararında gazeteci olan başvurucuların yayımlanan bir haber nedeniyle tutuklanmalarının ifade ve basın özgürlükleri üzerindeki etkisinin incelenmesi için yargılamanın sonuçlanmasının beklenmesinin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 58).

102. AİHM de tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlüklerine etkisine ilişkin iddiaları, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tüketilmiş olmasını aramadan incelemiş ve Hükûmetin başvuru yollarının tüketilmediğine ilişkin itirazını reddetmiştir (*Nedim Şener/Türkiye*, B. No: 38270/11, 8/7/2014, §§ 88, 90, 96; *Şık/Türkiye*, B. No: 53413/11, 8/7/2014, §§ 77-79, 85).

103. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan tutuklamanın hukuki olmadığına, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

104. Anayasa Mahkemesinin somut başvurudaki incelemesi, başvurucu hakkında soruşturma ve yargılama yapılması ile soruşturma ya da yargılamanın muhtemel sonuçlarından bağımsız olarak tutuklamanın hukukiliği ve tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlükleri üzerindeki etkisiyle sınırlıdır.

105. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir (*Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 32). Başvurucuya isnat edilen ve yukarıda açıklanan eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, başvurucu yönünden anılan suçun/suçların kanuni unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve başvurucunun isnat konusu suçları işleyip işlemediği bir bütünlük içinde yapılacak soruşturma/yargılama sonucunda toplanan delillere göre soruşturma ve/veya yargılama süreçlerini yürüten adli mercilerce belirlenebilir. Yine bu belirlemeye göre varılacak sonucun hukuka uygun olup olmadığı kanun yolu incelemesi ile tespit edilebilir. Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirindeki açık keyfîlik hâlinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren durumlar hariç olmak üzere isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara

uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (*Mehmet Haberal*, § 77).

106. Buradaki inceleme, başvurucu hakkında devam etmekte olan soruşturma sürecinin veya dava açıldığı taktirde görülecek davanın esasına ilişkin değildir ve başvuruya isnat edilen suçun veya suçların oluşup oluşmadığını kapsamamaktadır.

a. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

i. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

107. Başvurucu; isnat edilen suçları işlememesine rağmen tutuklanmasına karar verildiğini, suça konu edilen ve tahrip edildiği iddia edilen belgenin asıl değil fotokopi olduğunu, elde ettiği belge örneklerini yayımlama amacı dışında kullanmadığını, daha önce birçok kez gözaltına alınıp serbest bırakılmasına rağmen kaçma davranışı göstermediği dikkate alınmaksızın yalnızca alınması muhtemel ceza dikkate alınarak kaçma şüphesinin bulunduğunun kabul edildiğini, delillerin karartılması ihtimalinin bulunmadığını, tutuklama kararında adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin belirtilmediğini ve tutuklamanın "ölçülülük" ilkesine aykırı olduğunu, tutuklama kararına itirazlarının ve tahliye taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini ileri sürmüştür.

108. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararlarına atıf yapılarak suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe ya da inandırıcı nedenlerin bulunması gerektiği, makul şüphenin varlığının elde edilen deliller ve somut olayın koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerektiği, başvurucunun suçlandığı suçun ciddiyetinin ve ağırlığının kaçma riskinin değerlendirilmesiyle ilgili bir unsur olduğu, makul şüphenin tutukluluğu bir süreye kadar makul kılabileceği, başvurucunun Egemen Harekât Planı isimli gizli belgeyi temin ettiği hususunun başvurucu tarafından da kabul edildiği, bu belgenin başvurucu tarafından yayımlanmadığı, ayrıca başvurucunun elde ettiği bir kısım gizli belgenin imha edilmesi ya da başka amaçla kullanılması suçlamasının bulunduğu belirtilmiştir.

109. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında salt verilecek cezanın ağırlığının kaçma şüphesine karine olamayacağını, gazeteci olarak elinde bulunan (bir kısım) belgeleri kullanmadığı ve bu belgelere ilişkin haber yapmadığı iddia edilmişse de gazetecilik faaliyeti kapsamında hangi belgenin kullanılacağını belirleme yetkisinin gazeteciye ait olduğunu, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağını, tutuklanmasının keyfî olduğunu iddia etmiştir.

ii. Genel İlkeler

110. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 62).

111. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak 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).

112. Anayasa'da yer alan kurallara benzer şekilde Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, anılan fıkranın (a)-(f) bentlerinde belirtilen hâller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 42).

113. Kişi hürriyetine ilişkin sınırlamaların kanunda belirtilen esas ve usule uygunluğunu sağlama yükümlülüğü, ilke olarak idari organlara ve derece mahkemelerine aittir. İdare organları ve mahkemeler esas ve usule ilişkin hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür. Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfî şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması gerekir (*Abdullah Ünal*, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 38).

114. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir."

115. Anılan fıkrada, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

116. Ancak bu nitelemeye bağlı olarak kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Zira tutukluluğun amacı, yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturma sırasında kişinin tutuklanmasının temelini oluşturan şüphelerin doğruluğunu kanıtlayarak veya ortadan kaldırarak adli süreci daha sağlıklı bir şekilde yürütmektir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 73).

117. Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabilir. Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa (b) şüpheli veya sanığın davranışları 1) delilleri yok etme, gizleme veya

değiştirme 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması hâlinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste hâlinde belirtilmiştir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46).

118. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bir kişi, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmak koşuluyla hakkında dava açmak için gerekli delillerin tespiti amacıyla tutulabilir. Tutmanın amacı ayrıca kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87).

119. Öte yandan ciddi ve ağır bir tedbir olan tutuklama, ancak daha hafif başka bir tedbirin bireyin ve kamunun yararını korumak için yeterli olmayacağının ortaya konması hâlinde makul kabul edilebilir. Bu bağlamda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun olması tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Tutuklama tedbiri somut olayın koşulları altında "gerekli" de olmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 68). Bu, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütleri arasında sayılan "ölçülülük" ilkesinin unsurlarından biri olan "gereklilik" unsurunun (AYM, E.2015/40, K.2016/5, 28/1/2016) da bir gereğidir. Tutukluluğa ilişkin kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından öncelikle adli kontrol tedbirleri değerlendirilmeli ve adli kontrolün neden yetersiz kalacağı gerekçelendirilmelidir (*Engin Demir* [GK], B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 69).

120. Bununla birlikte Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (*Abdullah Ünal*, § 39). Ancak Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan koşulların bireysel başvuru konusu yapılmış olan tutuklama kararlarının gerekçelerinde gösterilmiş olup olmadığını ve somut olayın koşulları altında tutuklama tedbirine başvurulurken Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer alan ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevidir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 69).

121. Bir kişinin gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması kabul edilemez. Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir şüpheli ya da sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek, bu çerçevede değerlendirilmemelidir. İtiraz veya temyiz merciinin, itiraz veya temyiz incelemesine konu mahkeme kararına ve bu karardaki gerekçelere katıldığı durumlarda buna ilişkin kararını ayrıntılı olarak gerekçelendirmemesi kural olarak gerekçeli karar hakkına aykırılık teşkil etmez (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, §§ 70, 71).

iii. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

122. Somut olayda başvurucu hakkındaki soruşturma kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucunun suç işlemek amacıyla örgüt kurma; devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma, devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçlarından tutuklanmasını talep etmiştir (bkz. § 38).

123. Ancak başvurucunun tutuklanması talebini değerlendiren İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği, 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunmaması, aynı Kanun'un 329. maddesinde düzenlenen devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu yönünden ise bu suça ilişkin olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen dava açmak için hak düşürücü sürenin geçmiş olması olgularına dayanarak anılan suçlar yönünden talebi reddetmiştir (bkz. § 41).

124. Dolayısıyla başvurucunun çalıştığı Taraf gazetesinde 2010 yılında yayımlanan haberler ve bu haberlerin içeriği ya da bu haberlerin yayımlanmasındaki amaç, haberlerin olası etkileri veya sonuçları gibi olgular nedeniyle başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanması söz konusu değildir.

125. Hâkimliğin tutuklama kararının 5237 sayılı Kanun'un 327. maddesinde düzenlenen *"devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme"* ve 326. maddesinde düzenlenen *"devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma"* suçlamalarına ilişkin olarak verildiği görülmektedir.

126. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin anayasal denetimin, öncelikle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair *"kuvvetli belirti"* bulunup bulunmadığı hususunda yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi bu denetimi, başvurunun konusunun tutuklama tedbiri olduğunu ve başvurucu hakkında devam eden bir soruşturma bulunduğunu gözeterek Hâkimliğin tutuklama kararının gerekçesinde ve bununla birlikte tutuklama talep yazısı içeriğinde kuvvetli suç şüphesini gösteren somut olguların gösterilip gösterilmediğiyle sınırlı olarak yapacaktır.

127. Somut olayda İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2/3/2015 tarihli kararı ile başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken başvurucunun "Balyoz darbe planı" olarak bilinen plan ve bu plana ilişkin CD/DVD ve belgelerin yanı sıra "çok gizli" gizlilik derecesine ait bulunan ve içinde devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken nitelikte bilgiler bulunduğu anlaşılan Egemen Harekât Planı'nı da temin etmesi, başvurucunun temin ettiği CD'lerde (bulunan) 118 gizli belgenin çalındığının anlaşılması, başvurucunun ele geçirdiği belgeleri kopya olsa da ilgili mercilere teslim etmek yerine imha ettiğini ifade etmesi, başvurucunun imha ettiğini ifade ettiği belgelerin gerçekten imha edilip edilmediğinin henüz tespit edilememesi, bulunamayan gizli belgelerin nerede ya da kimin elinde bulunduğunun veya hangi amaçla kullanılacağının bilinememesi, başvurucuya belgeleri teslim ettiği söylenen kişinin kim olduğunun ve bu kişi ile birlikte hareket eden kişilerin olup olmadığının tespit edilememesi olgularına dayanılarak isnat edilen devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma ve devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme suçları yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu kabul edilmiştir.

128. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma ve devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme suçları yönünden suça konu edilen belgenin Egemen Harekât Planı olduğu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının tutuklama talep yazısı ile İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararının gerekçesinden anlaşılmaktadır.

129. Egemen Harekât Planı, soruşturma makamlarının tespitlerine göre 1. Ordu Komutanlığı Plan Odasından alınmıştır. Planın bulunduğu yerden dışarıya çıkartılmasına ilişkin sürecin aydınlatılamadığı, başvuru-

cu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgelerin bulunduğu askerî mahallerden dışarıya sızdırılmasına yönelik 1. Ordu Komutanlığı Askerî Savcılığınca yürütülen soruşturmanın ilgili suçlar yönünden dava zamanaşımı sürelerinin dolması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlandırıldığı görülmektedir (bkz. § 25).

130. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 4/12/2014 tarihinde müşteki sıfatıyla ifadesi alınan ve Egemen Harekât Planı'na ilişkin olası bir savaş durumundaki kara harekâtına dair takdimi yapan kişi olan E.S.'nin; 1. Ordu Komutanlığı Plan Odasından çalınan CD'lerin içinde Egemen Harekât Planı ve eklerinin de bulunduğunu, başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgeler ve seminer ses kayıtları arasında Egemen Harekât Planı kapsamında 1. Ordu Komutanlığında 3/3/2003-5/3/2003 tarihlerinde yapılan plan semineri sırasında yaptığı olası bir savaş durumundaki kara harekâtına ilişkin takdiminin tamamının bulunmadığını, bu takdimde savaş durumunda uygulanacak strateji ile ilgili çok özel ve çok gizli belgelerin (bilgilerin) bulunduğunu, bu kayıtların nerede olduğunun bilinmediğini beyan ettiği görülmektedir (bkz. § 29). Başvurucunun İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği on ses kaseti, "1/1"den "1/10"a kadar numaralandırılmış ise de altıncı sıradaki kasetin üzerinde silsileye uygun olarak "6/10" numarasının değil "6" rakamının bulunduğu, altıncı sıradaki ses kasetinde söz konusu takdimin değil, bir akademisyen tarafından deprem hususunda yapılmış bir sunumun bulunduğu soruşturma makamlarınca tespit edilmiştir (bkz. § 39). Anılan takdime ilişkin ses kaydının nerede olduğu veya imha edilip edilmediği hususu ortaya konamamış ise de 1. Ordu Komutanlığı Plan Odasından alınan ses kasetlerinin içinde mevcut olan söz konusu takdimin içeriğinin ilgili ülke tarafından öğrenildiği, bu ülkenin de kara harekâtı sırasında taarruzda bulunulması planlanan bölgeye ilişkin harekâtın uygulanmasını imkânsız hâle getirecek tedbirler aldığı hususları takdimde bulunan E.S. tarafından soruşturma makamlarına ifade edilmiştir.

131. Genelkurmay Başkanlığının, başvurucunun teslim ettiği belgeler arasında yer alan Egemen Harekât Planı'na ilişkin olarak söz konusu harekât planındaki bilgilerin devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken ve ifşası hâlinde devletin savaş hazırlıklarını ya da savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokabilecek nitelikte olduğunu, başvurucunun teslim ettiği belgeler arasında Egemen Harekât Planı kapsamında 118 "çok gizli" belgenin bulun-

duğu tespit edilerek İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bildirdiği ve bu belgelerin listesini de gönderdiği anlaşılmıştır (bkz. § 30).

132. Başvurucu, kendisine (emekli bir asker olduğunu ifade eden) tanımadığı bir kişi tarafından teslim edilen belgelerin içinde aralarında Egemen Harekât Planı'nın da olduğu başka askerî harekât planlarının bulunduğunu, bu belgelerin haber konusu yapılabilecek belgeler olmaması ve gizlilik içermesi nedeniyle belgeleri, içeriğine ilişkin bir haber yapmaksızın Cumhuriyet savcısına teslim ettiğini ifade etmektedir.

133. Dolayısıyla başvurucunun (anlatımlarına göre) emekli bir askerden elde ettiği ve sonrasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği belgelerin içeriğinde devletin güvenliğine ilişkin (ifşası hâlinde devletin savaş hazırlıklarını ya da savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokabilecek nitelikte) gizli belgelerin bulunduğu ve bu belgelerin Taraf gazetesinde yapılan haberlerde yayımlanmadığı görülmektedir.

134. Başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgeler içinde yer alıp Taraf gazetesinde yapılan haberlerde yayımlanmayan ve Genelkurmay Başkanlığınca "çok gizli" mahiyette olduğu belirtilen Egemen Harekât Planı'nın (planda belirtilen) bir devlet ile olası savaş durumuna ilişkin harekât stratejisini içermesi de dikkate alındığında kamu makamlarının, söz konusu bilgi ve belgelerin askerî merciler veya ilgili resmî makamlar dışındaki kişilerce elde edilmesinin veya öğrenilmesinin ülke güvenliği ve ülkenin diplomatik ilişkileri üzerinde son derece ağır sonuçlara sebebiyet verme riski taşıdığını kabul etmelerinin makul bir değerlendirme olduğu anlaşılmaktadır.

135. Bu itibarla başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasının yukarıda özetlenen içeriği, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının tutuklama talep yazısıyla başvurucuya isnat edilen eylemler ile bu eylemlere ilişkin dayanılan deliller ve İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararındaki gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için kuvvetli belirtinin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

136. Diğer taraftan tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlerden biri olan ölçülülük ilkesi kapsamında "gerekli" olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, bu hususlara ilişkin anayasal denetimi, başvurucu hakkında devam eden bir soruştur-

ma olduğunu gözönünde bulundurarak sadece tutuklamaya ilişkin süreç ile tutuklama gerekçeleri üzerinden yapacaktır.

137. Hâkimlik tarafından verilen tutuklama kararında, tutuklama kararına konu suçlara ilişkin başvurucunun alabileceği ceza miktarına göre kaçma şüphesinin bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmadığı, kapsamlı bir şekilde ve çok yönlü olarak devam ettiği belirtilerek tutuklanma nedenleri açıklanmış; ayrıca atılı suçlar için Kanun'da öngörülen yaptırımın süresine göre adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağı ve tutuklamanın ölçülü olduğu belirtilmiştir.

138. Başvurucu 21/1/2010 tarihinde üç DVD ve bir CD'yi; 29/1/2010 tarihinde ise bir bavul dolusu olup 2.229 sayfadan oluşan belgeyi, ayrıca on dokuz CD ve on ses kaydı kasetini İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmiştir. Başvurucunun teslim ettiği belge ve materyallerin içinde yer alan tüm bilgi ve belgelerin haber konusu yapılmadığı, genel olarak yayımlanan haberlerin daha sonra Genelkurmay Başkanlığı tarafından TSK'ya ait bilgi ve belge olmadığı ifade edilen "Balyoz darbe planı"na ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda başvurucunun muhabir olarak görev yaptığı Taraf gazetesinde 20/1/2010 tarihinde ve sonrasında yapılan haberlerde TSK içindeki bir yapılanmanın darbe yapmaya yönelik bir planlama içinde olduğuna, bu amaçla "Balyoz darbe planı"nın hazırlandığına, buna bağlı olarak bazı harekât planlarının hazırlandığına dair bir kısım metnin ve belgenin yayımlandığı görülmektedir (bkz. § 11). Söz konusu haberler, başvurucu ve Taraf gazetesinde çalışan gazeteciler Y.Ç. ve Y.O. tarafından birlikte yapılmıştır. Anılan yayımlar ve sonrasında yaşanan süreç, uzun bir süre kamuoyunda ilgiyle takip edilmiş; başvurucu tarafından teslim edilen belgelerde ismi geçen ve çoğu yüksek rütbede bulunan TSK personeli hakkında sonraki süreçte soruşturma ve yargılamalar yapılmıştır (bkz. § 15). Bu süreçte başvurucu hakkında bir soruşturma yapıldığı ya da başvurucuya suçlamada bulunulduğu bilgisi mevcut değildir. TSK personeli hakkında başvurucunun teslim ettiği belgeler temelinde yürütülen soruşturma ve yargılamalar sırasında başvurucu, şüpheli veya sanık olarak dinlenmemiştir.

139. Anayasa Mahkemesinin TSK personelinin yargılandığı davada hak ihlali kararı vermesi (bkz. § 16) sonrasında ihlal kararına konu yargılama dosyasında yargılanan bir kısım sanığın suç duyurusunda bulunması üzerine 2014 yılında başvurucunun tutuklandığı soruşturmanın başladığı, verilen ihlal kararı sonrası yeniden yapılan yargılama sırasında İlk

Derece Mahkemesi tarafından alınan bilirkişi raporlarında tespit edilen başvurucunun İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği ve davanın temel dayanağını oluşturan belgelerin sıhhatli olmadığı hususunun da soruşturmaya dâhil edildiği ve soruşturmanın bu temelde yürütüldüğü, Mahkemece yapılan suç duyurusuna ilişkin soruşturmanın da anılan 2014/116320 sayılı soruşturma dosyası ile birleştirildiği görülmektedir (bkz. §§ 26, 27).

140. Soruşturma sırasında beyanı alınan müşteki E.S.nin, başvurucunun İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği belgelerin içinde 1. Ordu Komutanlığından çalınan Egemen Harekât Planı kapsamında kendisi tarafından yapılan olası bir savaş durumundaki stratejiye ilişkin takdimin bulunmadığını ifade etmesi ve başvurucunun teslim ettiği belgelerin içeriğine ve niteliğine ilişkin soruşturma makamlarına Genelkurmay Başkanlığınca verilen bilgiler sonucunda soruşturmanın başvurucuya yöneldiği ve başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı görülmektedir.

141. Buna göre başvurucu hakkındaki soruşturmada bir tutuklama nedeninin bulunmadığı söylenemez. Öte yandan soruşturma süreci dikkate alındığında tutuklamanın gerekli olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı anlaşılmıştır.

142. Son olarak Anayasa Mahkemesinin yakın tarihte verdiği *Erdem Gül ve Can Dündar* kararına ([GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016) konu olayın koşulları ile eldeki bireysel başvuruya konu olayın koşullarının birbirinden farklı olduğu anlaşılmaktadır. Bu farklılıklar şu şekilde özetlenebilir:

i. *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında, başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılırken, başvurucular tarafından yayımlanan iki haberin esas alınarak tutuklama kararı verildiği, tutuklama kararında anılan haberler dışında somut bir delile yer verilmediği, yayımlanan haberlerde ifade edilen hususların ve kullanılan fotoğrafın benzerlerinin on altı ay önce başka bir gazetede yayımlanan haberlerde de yer aldığı olgularına dayanılmıştır. Eldeki bireysel başvuruya konu olayda ise İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucunun suç işlemek amacıyla örgüt kurma, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçlarından tutuklanması talep edilmesine rağmen Hâkimliğin bu suçlar yönünden tutuklama talebini reddettiği, böylece başvurucunun çalıştığı Taraf gazetesinde 2010

yılında yayımlanan haberler, bu haberlerin içeriği, amacı, olası etkileri veya sonuçları gibi hususların tutuklamaya esas alınmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen suçlamaların temelinde askerî makamlar tarafından devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken ve ifşası hâlinde devletin savaş hazırlıklarını ya da savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye sokabilecek nitelikte olduğu bildirilen ve yine askerî mahallerden dışarıya çıkartıldığı anlaşılan Egemen Harekât Planı kapsamındaki gizli belgelerin temin edilmesi, bu belgelerin bir kısmının (suretleri de olsa) tahrip veya imha edilmesi ile bu belgeler içinde yer alan bazı bilgilerin diğer bir ülkeye sızdırılması iddialarının bulunduğu; belirtilen planın, Taraf gazetesindeki haberlerde yayımlanmadığı görülmektedir.

ii. *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında, başvurucular hakkında soruşturma başlatıldığının kamuoyuna duyurulmasından sonra tutuklama tedbirinin uygulandığı tarihe kadar geçen yaklaşık altı aylık sürede soruşturma makamlarının yayımlanan söz konusu haberler dışında herhangi bir delile ulaştıklarının anlaşılamadığı tespiti yapılmıştır. Eldeki başvuruda ise başvurucu hakkındaki soruşturma, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen hak ihlali kararı sonrası ihlal kararına konu davada yargılanan kişilerin suç duyurusunda bulunması üzerine başlamış; başvurucunun tutuklanmasına kadarki süreç içerisinde soruşturma mercileri, müşteki ve tanıkların beyanlarını almış, ilgili belgelerin niteliğine ilişkin araştırma yapmış, Anayasa Mahkemesinin hak ihlali kararı sonrası yeniden yargılama sürecinde alınan bilirkişi raporlarını ve yargılamayı yapan Mahkemenin suç duyurusunu değerlendirmiştir. Söz konusu süreçlerin sonunda soruşturmanın başvurucuya yöneltildiği anlaşılmıştır.

143. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

b. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

144. Başvurucu; gazetecilik faaliyeti kapsamında yayımlanan habere konu belgeleri temin ettiğinden bahisle tutuklandığını, anılan habere

konu belgeleri yayımlama eylemi nedeniyle tutuklanması talebinin Hâkimlik tarafından 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde muhakeme şartı olarak düzenlenen ve kamu davası açılması için öngörülen hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle reddedilmesine rağmen Hâkimliğin aynı belgeleri temin ettiği suçlamasıyla tutuklanmasına karar verdiğini, habere konu bilginin temin edilmesinin ve açıklamasının gazetecilik (basın) faaliyeti kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.

145. Bakanlık görüşünde başvurucunun şikâyetlerinin özünün tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin olduğu, soruşturmanın yayımlanan ve yayımlanmak için elde edilen bilgi ve belgelere ilişkin olmadığı, başvurucunun çalıştığı Taraf gazetesinde yayımlanan haberler nedeniyle tutuklanmadığı, nitekim İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin başvurucunun devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu yönünden tutuklanması talebini reddettiği, başvurucunun tutuklanma nedeninin "Balyoz darbe planı" olarak bilinen plana ilişkin CD ve DVD'ler ile birlikte temin edilen "çok gizli" gizlilik derecesine sahip Egemen Harekât Planı'na ilişkin 118 gizli belgenin çalınması ve imha edilmesi olduğu, bu çerçevede başvurucu hakkındaki soruşturmanın bir olayın basında haber yapılması üzerine ya da söz konusu belgelerin elinde bulunması nedeniyle başlamadığı belirtilmiştir.

146. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında soruşturma kapsamında gazetecilik faaliyeti hakkında haber kaynaklarını açıklamaya zorlandığını, gazeteci olarak kamuoyunu bilgilendirmek adına bazı gizli belgeleri elinde bulundurabileceğini, tutuklanmasına temel teşkil eden unsurun gazetecilik faaliyeti kapsamındaki belgeler olduğunu iddia etmiştir.

ii. Genel İlkeler

147. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili bölümü 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, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

…

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

148. Anayasa'nın *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez…

…

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazanlar veya bastıranlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hakim kararıyle; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenebilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir. Yetkili hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

…"

149. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin temel ilkeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir (*Fatih Taş* [GK],

B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 57-67, 80, 94; *Bekir Coşkun* [GK],B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 30-38; *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, §§ 30-33; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 33-39; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 44).

150. İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından ve toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece hoşa giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık,* B. No: 5493/72, 24/9/1976, § 49). Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine bağlıdır (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

151. İfade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğü ise sadece basının haber verme ve yayma hakkını koruyan bir özgürlük değildir. Basın özgürlüğü demokratik çoğulculuğun sağlanabilmesi açısından halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğüyle de doğrudan ilgilidir (*Erdem Gül ve Can Dündar,* § 87).

152. Öte yandan ifade ve basın özgürlükleri mutlak olmayıp sınırlandırılabilir nitelikteki haklardandır. Nitekim Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlanmasında ise kural olarak Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir (*Bekir Coşkun,*§ 37).

153. Bu kapsamda Anayasa'nın26. maddesinin ikinci fıkrası ile 28. maddesinin beşinci fıkrasına göre ifade ve basın özgürlükleri "millî güvenlik", "suçların önlenmesi", "suçluların cezalandırılması", "devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması" ve "devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi" amaçlarıyla sınırlanabilir. Bu amaç-

lar doğrultusunda millî güvenliği ilgilendiren devlete ait gizli bilgilerin basın yoluyla açıklanmasının suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması mümkündür. Bu kapsamda yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar sırasında bu tür eylemleri gerçekleştirdiği iddia edilen basın mensupları hakkında tutuklama tedbiri uygulanmasının önünde anayasal bir engel de bulunmamaktadır (*Erdem Gül ve Can Dündar,* § 89).

154. Bununla birlikte basının haber verme, haberi iletebilme hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce habere veya bilgiye erişebilmesi gerekmektedir. Gazetecinin her türlü haber, bilgi ve düşünceye erişim sağlayabilmesi haber kaynaklarının çeşitliliğine ve habere ulaşma kaynaklarının açık olmasına bağlıdır. Haberin en azından yayımlandığı andaki görünür gerçeği ortaya koyabilme işlevini yerine getirebilmesi için gazetecinin haber kaynağını açıklamama hakkının korunması gerekmektedir. Bu itibarla haber kaynağının gizliliğinin korunması, basın özgürlüğünün temel koşullarından biridir. Bu hak, Anayasa'nın 26. maddesi ile güvence altına alınan "resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek" özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu doğrultuda Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Basın hürdür, sansür edilemez."* kuralı da haber kaynaklarının korunmasını dolaylı olarak koruma altına almaktadır.

155. AİHM'e göre de gazetecilerin haber kaynakları hakkında bilgi vermeme hakkı, topluma bilgi verme hakkının bir parçasını oluşturmakta olup basit bir ayrıcalık değildir (*Tıllack/Belçika,* B. No: 20477/05, 27/11/2007, § 65). Haber kaynaklarının gizliliğinin korunmadığı bir durumda bu kaynaklar, kamu yararına olan meselelerle ilgili kamuoyunu bilgilendirme konusunda basına yardımcı olmaktan ve bilgi vermekten kaçınacaklardır. Bunun sonucu olarak da basının halka doğru ve güvenilir bilgi sağlama ve bilgilendirilmiş bir kamuoyu oluşturma görev ve rolünü yerine getirmesi tehlikeye girecektir. İfade ve basın özgürlüklerinin sınırlandırılması mümkün olmakla birlikte haber kaynağının gizliliğine yönelik yapılacak bir müdahale, kamu yararının gerektirdiği ağır bir zorunluluk olmadığı sürece Anayasa'nın 28. maddesi ile güvence altına alınan basın hürriyeti ile bağdaşmayacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Goodwın/Birleşik Krallık,* B. No: 17488/90, 27/3/1996, § 39; *Roemen ve Schmıt/Lüksemburg,* B. No: 51772/99, 25/2/2003, § 46; *Voskuıl/Hollanda,* B. No: 64752/01, 22/11/2007, § 65).

156. Gazetecilerin haber kaynaklarının açıklanmasına ilişkin olarak 5187 sayılı Kanun'un 12. maddesinde süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibinin bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla Kanun'un haber kaynaklarının gizliliğinin korunmasını güvence altına aldığı görülmektedir. Anılan kuralda haber kaynaklarının gizliliğinin korunması ilkesine istisna getiren durumlara ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

iii. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

157. Somut olayda İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği, başvurucunun devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçundan tutuklanması talebini reddetmiştir. Buna göre Taraf gazetesinde 2010 yılında yayımlanan haberler nedeniyle başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanması söz konusu değildir (bkz. §§ 123, 124).

158. Başvurucunun, emekli bir asker tarafından kendisine verildiğini ifade ettiği ve sonrasında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği belge, CD/DVD ve ses kasetlerinin içinde yer alan gizli belgelerin ve bu kapsamda Egemen Harekât Planı'nın Taraf gazetesinde yapılan haberlerde yayımlanmadığı, anılan planın başvurucuya yönelik suçlamanın temel dayanağını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu tarafından diğer iki gazeteci ile birlikte yapılan ve Taraf gazetesinde yayımlanan haberlerin esas konusunu oluşturan "Balyoz darbe planı"nın ve bu planın parçaları olduğu ifade edilen "Suga, Oraj, Çarşaf vb." planların, TSK'ya ait bir belge olmadığı hususu Genelkurmay Başkanlığı tarafından soruşturma makamlarına bildirilmiştir. Anılan haberleri başvurucu ile birlikte yapan diğer iki gazeteci hakkında yayımlanan bu haberler nedeniyle bir soruşturmanın yürütüldüğü veya koruma tedbiri uygulandığı bilgisi de mevcut değildir. Söz konusu haberin yayımlanmasından sonra başvurucu hakkında bir soruşturma başlatılmamış, gazetede yayımlanan haberler sonrası birçok TSK mensubu hakkında görülen dava kapsamında başvurucuya bir suçlama yöneltilmemiş, başvurucunun şüpheli/sanık hatta tanık sıfatıyla dahi beyanı alınmamıştır.

159. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen suçlamaların temel dayanağını oluşturan Egemen Harekât Planı'nın Taraf gazetesinde yapılan haberlerde yayımlanmadığı hem başvurucu tarafından hem de Bakanlık görüşünde belirtilmektedir.

160. Bunların yanı sıra başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurucunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 135, 141). Dolayısıyla başvurucunun, soruşturmanın yalnızca ifade ve basın özgürlükleri kapsamında kalan eylemleri nedeniyle yapıldığı ve gazetecilik faaliyetleri nedeniyle tutuklandığı iddialarının yerinde olmadığı görülmektedir (*Hidayet Karaca,* § 116; *Günay Dağ ve diğerleri,* § 202).

161. Öte yandan kolluk görevlilerince alınan ifadesi sırasında başvurucuya, Taraf gazetesinde yayımlanan haberlere ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği belge veya dijital verileri nereden temin ettiği ve kimden/kimlerden hangi tarihte teslim aldığı hususları sorulmuş ise de soruşturma makamları tarafından, başvurucuya haber kaynağını açıklamadığı takdirde bir yaptırıma maruz bırakılacağının bildirilmesi söz konusu değildir. Yürütülen soruşturma kapsamında tutuklama talebine ilişkin Savcılık yazısında başvurucuya bu yönde bir suçlama yöneltilmediği gibi İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararında da başvurucunun yayımlanan haberlere konu söz konusu belgeleri temin ettiği kişinin kimliğini açıklamaması veya gazetede yayımlanan haberlere ilişkin haber kaynaklarını bildirmemesi nedeniyle tutuklandığına yönelik bir ibare bulunmamaktadır. Anılan belgelerin 1. Ordu Komutanlığından izinsiz olarak dışarıya çıkarılması olayına ilişkin Askerî Savcılık tarafından yürütülen soruşturma kapsamında başvurucu26/1/2010 tarihinde tanık olarak ifade vermiş ise de başvurucu buradaki ifadesinde belgeleri aldığı kişinin kimliği hakkında herhangi bir bilgi vermemiştir (bkz. § 24). Askerî Savcılık tarafından, söz konusu belgelerin başvurucu tarafından temin ediliş şeklinin soruşturma konusu yapılmadığı ve başvurucuya yönelik bir suç isnadında bulunulmadığı gibi soruşturma konusu olaya ilişkin olarak da kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği görülmektedir. Sonuç olarak başvurucunun Taraf gazetesinde yayımlanan haberlere ilişkin olarak haber kaynağını açıklamaya zorlandığı ve kamu makamları tarafından haber kaynağını açıklamaması nedeniyle bir yaptırıma maruz bırakıldığı söylenemez.

162. Bu itibarla somut olayda başvurucunun tutuklanmasının; tutuklama kararı verilen eylemlerin / suçların niteliği, tutuklama nedenleri ve tutukluluk gerekçelerine göre başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale oluşturmadığı sonucuna varılmıştır.

163. Diğer yandan Hâkimlik tarafından tutuklama talebinin değerlendirilmesi sırasında 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde öngörülen dava açmak için hak düşürücü sürenin geçmiş olması olgusunun devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu yönünden tutuklama talebinin reddedilmesinde gerekçe olarak belirtildiği, devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme suçu yönünden ise anılan Kanun maddesine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı görülmekle birlikte Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde öngörülen dava açmak için hak düşürücü sürenin hangi eylemler ve/veya suçlar yönünden uygulanacağı ve bu itibarla hukuk kurallarının yorumu ve somut olaylara uygulanması soruşturma makamları ile derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır.

164. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim, bağımsız ve tarafsız hâkim ilkelerine aykırı olduğuna ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında itiraz hakkının etkin olarak kullanılamadığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

4. İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLMEDİĞİNE Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinden başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığa GÖNDERİLMESİNE

17/5/2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucunun, tutuklama kararı veren sulh ceza hakimliklerinin kanuni hakim ilkesine aykırı olduklarını, tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıklarını ve mahkeme güvencesinden yoksun bir şekilde kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedenleriyle itiraz hakkını etkili şekilde kullanamadığı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarını inceleyen Bölüm çoğunluğu önceki iddialar yönünden açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiaları yönünden ise bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu başlıklara ilişkin Bölüm çoğunluğu kararına aşağıdaki gerekçelerle katılmam mümkün olmamıştır.

I. SOMUT BAŞVURUDAKİ OLAYLARIN ÖZETİ

2. Başvurucu, olay tarihinde ulusal yayın yapan Taraf gazetesinde muhabir olarak görev yapmaktaydı. Başvurucu tarafından çalıştığı gazetede özellikle askeri konularda kamuoyunun ilgisini çeken birçok haber yapılmıştır.

3. Haber kaynağı olan ve tanımadığı bir kişi tarafından belirli olmayan bir tarihte başvurucuya içerisinde bir darbe planına ilişkin belge ve dokümanların bulunduğu 3 adet DVD ve 1 adet CD verilmiştir.

4. Başvurucu, 21/1/2010 tarihinde haberlere dayanak teşkil eden 3 adet DVD ve 1 adet CD'nin kopyalarını talep üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına tutanakla teslim etmiştir.

5. İlk görüşmeden yaklaşık dokuz gün sonra tanımadığı aynı haber kaynağı başvurucuya bir bavul dolusu "orijinal" olduğu söylenen belge ve materyali teslim etmiş, başvurucu da bunları 29/1/2010 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına bavul ile teslim etmiştir.

6. Başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgelerin 1. Ordu Komutanlığından izinsiz olarak dışarıya çıkarılması olayına ilişkin olarak 1. Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığınca yapılan soruşturmada belgeleri askeri birlik dışarısına çıkartan kişi veya kişiler tespit edilememiştir. Askeri Savcılık tarafından 7.9.2010 tarihli, E:2010/474, K:2010/59 sayılı kararı ile, "*Askeri faaliyetlere yönelik çeşitli gizlilik derecelerine haiz belgelerin ve dökümanların ilgili Komutanlık emri, talimat, yönerge ve diğer mevzuat uyarınca muhafazası, ait oldukları arşivlere kontrollü evrak bürosuna teslim edilmesi, seminer faaliyetleri ile ilgili Komutanlık emirlerine aykırılık teşkil eden eylemlerde bulunulması gibi nedenlerle ortaya çıkması muhtemel memuriyet görevini ihmal, memuriyet görevini kötüye kullanma, emre itaatsizlikte ısrar gibi suçlar açısından dava zamanaşımı sürelerinin dolması gibi nedenlerle herhangi bir kişiye ya da kişilere karşı kamu davası açılması kanunen mümkün görülmediği*" gerekçesine dayanarak anılan soruşturmaya ilişkin olarak kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

7. Anayasa Mahkemesinin verdiği ihlal kararı (*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014) sonrasında, ihlale konu davada yargılanan sanıkların şikâyetleri üzerine, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2014/116320 soruşturma sayılı dosya ile davada dayanılan ve çoğunlukla dijital verilerden oluşan delilere ilişkin olarak soruşturma başlatılmıştır.

8. Yürütülen soruşturmada, Başsavcılığın 25/11/2014 tarihli yazısı ile başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen CD ve DVD'lerin devletin güvenliği ve askeri yararları açısından Egemen Harekât Planı ile ilgili "çok gizli" ve "gizli" belgeleri içerip içermediği hususunda Genelkurmay Başkanlığından bilgi istenmiştir.

9. Öte yandan, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 15/12/2014 tarihinde "suç işlemek amacıyla örgüt kurma, Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme, suç uydurma" suçlarından yürütülen soruşturma kap-

samında müdafi ya da vekilin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca "*kısıtlanmasına*" karar verilmesini talep etmiştir. İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 15/12/2014 tarihli ve 2014/2922 Değişik İş sayılı kararı ile "*müdafi veya vekilin dosya içeriğini inceleme ya da belgelerden örnek alma yetkisinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme ihtimali bulunması nedeniyle*" talebi kabul edilmiştir.

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında Başsavcılığın talebi üzerine İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 27/2/2015 tarihli ve 2015/1203 Değişik İş sayılı kararı ile "*[başvurucu tarafından] teslim edilen 19 kopya CD ve 4 adet DVD içerisinde devletin güvenliği ve askeri yararları açısından Egemen Harekat Planı ile ilgili 'çok gizli' gizlilik derecesine haiz olduğu tespit edilen belgeleri 1. Ordu Komutanlığından izinsiz dışarıya çıkaran kişilerin şüpheli Mehmet Baransu ile eylem birliği içinde* ***suç örgütü faaliyeti kapsamında hareket ettikleri,*** *şüphelinin devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin ettiği,* ***çok gizli belgeler olduğunu bilmesine rağmen bu belgeleri yetkili makamlara iade etmeyerek kendisine suret aldığı ve orijinallerini beyanına göre imha ettiği,*** *devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıkladığı…*" gerekçelerine dayanılarak başvurucunun konutunda ve eklentilerinde, kullandığı araçlarında ve üzerinde arama yapılmasına karar verilmiştir.

11. Başvurucu, anılan soruşturma kapsamında 1/3/2015 tarihinde gözaltına alınmıştır.

12. Başvurucuya genel olarak Taraf gazetesinde yayımlanan habere konu bir kısım belgelerin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslimine ilişkin tutanaklarda yer alan imza ve beyanların kendisine ait olup olmadığı, haberlere ilişkin belge ve dijital verileri nasıl ve/veya kimden temin ettiği soruları yöneltilmiştir. Başvurucu, anılan sorulara söz konusu tutanaklardaki imza ve beyanların kendisine ait olduğu, haberlere ilişkin belge ve dijital verilerin **kendisine emekli asker olduğunu söyleyen bir kişi tarafından iki ayrı tarihte teslim edildiği, kendisinin bu belgeleri İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim ettiği** şeklinde cevap vermiştir.

13. Başvurucu, bu belgeleri aynı gazetede birlikte çalıştığı gazeteciler A.A., Y.Ç., Y.O., K.T. ve ismini hatırlamadığı bir gazeteci ile birlikte incelediğini, **belgelerin çıktısını almadığını ve tarama işlemi yapmadığını,**

darbe planı haricindeki hiçbir belgeyi yayımlamadığını, tüm belgeleri savcılığa ve emniyete teslim ettiğini, yayımlanan haber sonrasında yapılan yargılama sırasında veya sonradan yapılan haberlerde bu nitelikteki bir belgenin ortaya çıkmadığını, inceledikleri orijinal belgeleri imha etmediğini ve Devlet yetkililerine teslim ettiğini, CD'lerin **haber amaçlı aldıkları kopyalarını sonradan imha ettiklerini** beyan etmiştir.

14. Başvurucu ifadesinin devamında, yayımlanan haberlere konu kopya belgeleri gazete yönetimiyle birlikte incelediğini, sonradan kendisine verilen **orijinal belgeleri ise kimseyle paylaşmadan Devlet kurumlarına teslim ettiğini;** yargılama dosyasındaki bazı belgelerin örneğinin kendisinde de bulunduğunu; kendisine verilen tüm ses kasetlerini de **Devlet kurumlarına teslim ettiğini,** bu kayıtların bazı kopyalarındaki belgelere yayımladığı Karargâh isimli kitabında yer verdiğini, yine bu kopyaların bir kısım gazetecilere de verildiğini, **bu ses kayıtlarının internette gazetelerde ve televizyonlarda yayımlandığını** beyan etmiştir.

15. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 2/3/2015 tarihinde, başvurucunun, suç örgütü faaliyeti çerçevesinde eylem birliği içerisinde hareket ettiği kimlik bilgileri bu aşamada tespit edilemeyen şüphelilerden Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin ettiğini; suça konu belgelerin önemini ve **"çok gizli" niteliğini bilmesine rağmen yetkili makamlara iade etmeyip bu belgelerden kendisine suret aldığını; orijinallerini ifadesine göre imha ettiğini;** Devletin güvenliği ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıkladığını belirtilerek "suç işlemek amacıyla örgüt kurma", "Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme amacı dışında kullanma hile ile alma çalma", "Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme", "Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklama" suçlarından **tutuklanmasını talep etmiştir.**

16. İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 2/3/2015 tarihinde başvurucunun sorgusu yapılmıştır. Başvurucu, sorgusunda, genel olarak İstanbul Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde verdiği ve yukarıda özetlenen ifadesi doğrultusunda beyanda bulunmuştur. Başvurucunun sorgudaki ifadesinin ilgili bölümleri şöyledir:

> *"… ben gazeteye giderken **haber kaynağı bir kişi geldi** ve … 'size önemli bir haber vereceğim' dedi, ben… o kişinin anlattıklarını dinledim ve elim[n]deki gösterdiği belgelere baktım … bana bir darbe planından bahsetti … yanında getirdiği orijinal belgeleri gösterdi, ben bu belgeleri taradım, elektronik belgeler de vardı, çay bahçesi gibi bir yerde görüşme oldu, ben o belgelere bakmaya*

başladım ve bana 3 DVD [ile] 1 CD'yi kopya olarak verdi, ilk buluşmada bazı belgeler orijinaldi, el yazısı ile yazılmış notlar vardı, point belgeler de vardı, bunun üzerine ben DVD ve CD'leri aldım, inceleyeceğimi söyledim… ***o dönemde Başsavcı Vekili olan T.Ç. elimizde ne varsa kendilerine teslim etmemizi istedi, ben de elimdeki 3 adet DVD ve 1 adet CD'yi kendilerine bendekinin kopyasını kopyalamak suretiyle… tutanak ile verdim…*** *o arada askeri savcılık da bizden belge istedi… gazeteden onlara CD'ler kopya olarak gitti… haberler devam ederken yaklaşık 9 gün aradan sonra gazeteye* ***gelirken aynı kişi yine benim önümü kesti, elinde bavul vardı ve orijinal belgelerin tamamını bana vermek istediğini söyledi****… orijinal belgeleri aldım ve gazeteye geldim…* ***[aynı gün] valizi ve belgeleri Cumhuriyet Savcısı B.B.'ye teslim [ettim]…*** *herhangi bir şekilde* ***bana teslim edilen belgelerin veya CD'lerin orijinallerini imha etmedim aksine yetkili merci olan Cumhuriyet savcısına teslim ettim…*** *aldığım DVD'lerin içerisinde söz konusu Balyoz darbe planı haricinde başkaca askeri harekat planları vardı ancak bunlar* ***bizim tespitimize göre suç unsuru içermeyen EGEMEN HAREKAT PLANI bulunmaktaydı,*** *bu gerçekten bir harp oyunudur… valizin içerisinden çıkan EGEMEN HAREKAT PLANINA ilişkin belgeler* ***haber konusu yapılabilecek belgeler olmadığından ve gizlilik içerdiğinden bu belge ile ilgili herhangi bir haber yapmadık bunları da Cumhuriyet savcısına teslim ettik,*** *bu valizin içindeki belgelerin tümünü inceleme imkanımız zaten olmazdı… bu belgelerden daha önce aldığım kopyaları da gazetede kendimiz bize lazım olan çıktılarını da aldıktan sonra kırmak suretiyle imha ettik, valizden herhangi bir belgeyi almadık, daha önceden bize teslim edilen kopya DVD ve CD üzerinden çıktılarını aldık, ancak yine çıktısını aldığımız bu* ***DVD ve CD'deki belgelerden EGEMEN HAREKAT PLANINA ilişkin herhangi bir çıktı almadık haber de yapmadık,*** *bizim açımızdan haber yaptıktan sonra geri kalan kısmı bizi ilgilendiren bir husus olmayıp Cumhuriyet savcılığını ilgilendiren hususlar olduğundan bizdeki kopyayı doğal olarak* ***imha etme ihtiyacı duyduk****… ben belgeleri savcılığa teslim ettim* ***varsa bunları çalan kişileri bulmak benim görevim değil****[dir] …"*

17. Hâkimliğin 2/3/2015 tarihli ve 2015/109 sorgu sayılı kararı ile başvurucunun "*Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme amacı dışında kullanma hile ile alma çalma*" ve "*Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme suçları*" yönünden **tutuklanmasına** karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"…

3-) Devletin Güvenliğine İlişkin Belgeleri Tahrip Etme Amacı Dışında Kullanma Hile İle Alma Çalma ve Devletin Güvenliğine İlişkin Gizli Belgeleri Temin Etme suçlarından tutuklanmasının talep edildiği, dosya kapsamında mevcut delillere göre; şüphelinin eylemine konu olayın balyoz darbe planı olarak bilinen plan ve bu plana ilişkin DVD, CD ve belgeler olduğu, bu belgeler ile birlikte Egemen Harekât Planının da ***şüphelinin temin ettiğinin anlaşıldığı,*** *Egemen Harekât Planının 'ÇOK GİZLİ' gizlilik derecesine ait olduğu, bu plandaki bilgilerin devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararlar bakımından gizli kalması gereken nitelikte olduğunun anlaşıldığı, yine bu CD'lerdeki 118 adet gizli belgenin de çalındığının anlaşıldığı,* ***şüphelinin bir şekilde ele geçirdiği belgelerin*** *kopyası olsa dahi ilgili mercilere teslim etmek yerine* ***kendisi tarafından imha edildiğinin ifade edildiği,*** *ancak* ***imha edilip edilmediğinin henüz bilinmediği,*** *bulunamayan* ***gizli belgelerin halen nerede olduğu, kimin elinde bulunduğu ve ne amaç ile kullanılacağının bilinmediği,*** *şüphelinin belgeleri aldığını söylediği emekli asker olduğunu bildirdiği kişinin kim olduğu hususunda henüz bir tespitin yapılamadığı, bu kişi ile birlikte hareket eden* ***başka kişiler bulunup bulunmadığının da henüz tespit edilemediği,*** *şüphelinin eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde isnat edilen Devletin Güvenliğine İlişkin Belgeleri Tahrip Etme Amacı Dışında Kullanma Hile İle Alma Çalma, Devletin Güvenliğine İlişkin Gizli Belgeleri Temin Etme suçlarını işlediği hususunda* ***kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunduğu,*** *bu suçların yasada öngörülen cezalarının alt ve üst sınırı nazara alınarak; CMK'nun 100. ve devamı maddelerinde belirtilen tutuklama yasağı veya yargılama engeli gibi halin bulunmadığı, atılı suç yönünden şüphelinin alabileceği ceza miktarı göz önüne bulundurulduğunda* ***kaçabileceği yönünde şüphe bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmadığı, çok kapsamlı bir şekilde ve çok yönlü olarak soruşturmanın devam ettiği,*** *atılı suçlar yönünden beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde 'ölçülük' ilkesi uyarınca daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulanmasının bu aşamada yetersiz kalacağı, kanaatine varıl[mıştır]."*

18. Başvurucu, 9/3/2015 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiş, İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/3/2015 tarihli ve 2015/1371 Değişik İş sayılı kararı ile "*kararın usul ve yasaya uygun olduğu*" gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

19. Başvurucu, 18/3/2015 tarihinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğine başvurarak tahliyesine karar verilmesini talep etmiş, Hâkimliğin 19/3/2015 tarihli ve 2015/1461 Değişik İş sayılı kararı ile "*incelenen soruşturma evrakı-*

na göre; İstanbul 5 Sulh Ceza Hâkimliğinin 02.03.2015 tarih ve 2015/109 sorgu sayılı tutuklama kararı yerinde olmakla ve ***tutukluluk halini sonlandıracak her hangi bir somut delil ibraz edilmediğinden***" talebin reddine karar verilmiştir.

20. Başvurucu 31/3/2015 tarihinde anılan karara itiraz etmiş, İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 31/3/2015 tarihli ve 2015/2029 Değişik İş sayılı kararı ile "*tahliye talebinin reddi kararının usul ve yasaya uygun olduğu, tahliyesini gerektirir yeni bir delilin bulunmadığı*" gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

II. DEĞERLENDİRME

21. Değerlendirme çoğunluğun açıkça dayanaksız olması nedeniyle kabul edilemez bulduğu iddialar yönünden ve diğer iddialar yönünden ayrı başlıklar altında açıklanacaktır.

A. Sulh Ceza Hakimliklerinin Doğal, Bağımsız Ve Tarafsız Hakim İlkelerine Aykırı Olduğu Ve İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılamadığına İlişkin İddialar Yönünden

22. Başvurucu, tutukluluğa ilişkin karar veren sulh ceza hakimliklerinin kanuni hakim ilkesine aykırı olduklarını, tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini sağlamadıklarını ve suçlamaya dayanak belgelerin kendisine gösterilmemesi, tutuklandığı soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verildiği için dosyayı inceleyememesi, mahkeme güvencesinden yoksun bir şekilde kapalı devre itiraz sistemi bulunması nedenleriyle itiraz hakkını etkili şekilde kullanamadığını ileri sürmüştür.

23. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, başvurucunun bu iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu sonucuna varılmıştır.

24. Anayasa'nın 37. maddesinde hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı ve bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı belirtilerek tabi hakim ilkesi düzenlenmiştir.

25. Tabi hakim ilkesi Mahkememizin bir kararında şöyle tanımlanmıştır:

"Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da doğal hâkim kavramı, suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasını veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasını engeller.

...

Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, "kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer verilmiştir." (Bkz. AYM 17/7/2013 tarih, E.2012/146, K.2013/93).

26. AİHS'nin 13. maddesinde de, "*ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkının*" altı çizilmiştir. AİHM etkili başvuru yolunu, "*teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunan, yani sonuç doğurabilir nitelikte bir başvuru yolu*" olarak değerlendirmektedir. Buna göre, bireylerin başvurmaları halinde haklarının korunması açısından etkili sonuç alamayacakları, yeterli denetim güvencelerine sahip bulunmayan ve görünürde mevcut olan bir başvuru yolunun Anayasa ve Sözleşme anlamında etkili bir başvuru yolu olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kanun yolu merciinin, iç ve dış bağımsızlığa sahip, incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisi olan ve başvurucuya etkili denetim imkanı sağlayan bir konum ve yapıya sahip bulunması gerekir.

27. AİHM'e göre AİHS'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamında yapılacak denetimde, denetimi gerçekleştiren adli merciin her şeyden önce yasayla yetkili kılınmış, bağımsız, tarafsız, hukuka uygunluk denetimi yapabilen ve hukuka uygunluk sağlanmadığı takdirde kişileri salıverme yetkisiyle donatılmış bir organ olması gerekir. Bu anlamda AİHM'e göre 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamında yapılan denetim hem topluma hem de özel olarak ceza soruşturmalarında şüpheliye/sanığa güven vermelidir. AİHM'e göre söz konusu güvenin sağlanabilmesi için 5. maddesinin 4. fıkrası (habeas corpus güvencesi) kapsamında denetim yapan adli merciin bazı niteliklerinin bulunması zorunludur. AİHM kararları incelendiğinde,

5. maddesinin 1-c de dahil her türlü özgürlükten mahrum bırakma hallerinde ve talebi inceleyecek yargı organında bulunması gereken nitelik ve özellikler şöyle sıralanabilir; *"Habeas corpus güvencesi yargısal bir nitelik taşımalı ve somut olayın koşullarına uygun güvenceler sunmalıdır; denetim hukuka uygunluk (lawfulness - régularité) denetimi olmalı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun bir yargılama yapılmalı, yargılama makul aralıklarla tekrarlanmalı ve kısa sürede sonuçlandırılmalıdır; Sözleşme'nin 5 § 1 c) hükmü kapsamındaki (ceza soruşturmaları çerçevesindeki) tutuklamalarda, tutuklu olan kişi makul aralıklarla dinlenilmeli ve hakkında verilen kararlar gerekçeli olmalıdır. Talebi inceleyen organ, her ne kadar adil yargılanma hakkını koruma altına alan AİHS'nin 6. maddesindeki güvencelerin tamamına sahip olmak zorunda olmasa da, bağımsızlık ve tarafsızlık ile, kanunla kurulmuş olma (doğal hâkim güvencesi) gibi temel yargısal niteliklerle donatılmış olmalıdır. Söz konusu yargılamada mahkemeye erişim hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletebilme ve tanığı sorguya çekebilme hakkı gibi güvenceler koruma altına alınmalıdır; yargı organı sadece tavsiye niteliğinde görüş açıklama yetkisiyle donatılmış olmamalı, hukuka aykırılık halinde kişinin serbest bırakılmasına karar verme yetkisine de sahip olmalıdır. Sonuç olarak,ilgili, hâkim tarafından etkili bir şekilde dinlenilmeli, habeas corpus yargılaması kişiye teori ve pratikte makul bir başarı şansı ya da ümidi sunmalıdır; aksi halde söz konusu başvuru yolu etkili ve tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmeyecektir"*(Mehmet Öncü, *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama(1): Tutuklulukta Makul Süre*", Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 1, Ankara 2015 s.1596-1598). Sözkonusu nitelikler belirtilmek suretiyle gözetilen amaç, diğer istisnai haller de dahil olmak üzere Sözleşme'nin 5/1/c kapsamında özgürlüğünden mahrum bırakılan bireylere etkili bir denetim yolu sunmaktır.

28. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının içerdiği en temel özelliklerden birinin, keyfilik riskini en aza indirmeyi ve hukukun üstünlüğünü korumayı amaçlayan yargısal denetim olduğunu belirtmiştir. Yargısal denetime ilişkin şartlara uygun usulleri geliştirmek yargı makamlarının görevidir; ancak, bu usuller aynı zamanda Sözleşme ile uyumlu olmalıdır. Yargısal denetim, Sözleşme'nin 5.maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre *"hakim"* veya *"adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli"* tarafından gerçekleştirilmelidir. Maddede belirtilen hakim, her biri yakalanan kişi için bir teminat oluşturan belli şartları karşılamalıdır. Söz konusu şartların en önemlilerinden biri, onun yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmasıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) nolu fıkrası bakımından bağımsız ve tarafsız sayılmayacak Devlet

Güvenlik Mahkemesi'ndeki askeri hakimin tutuklama kararı verebilecek bağımsız hakim statüsüne de sahip olmadığı ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Bkz. Bülbül/Türkiye*, B. No:47297/99, 22/5/2007, § 23-24).

29. Genel olarak tarafsızlık ise, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (B. No. 2013/1780, 20/3/2014, § 61-62). Bu kapsamda hakim ön yargılı olamayacağı gibi yargıladığı kişilere ve topluma tarafsız olduğu görünümünü vermekle de yükümlüdür. Bu nedenle adaletin yerine getirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda tarafsız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan taraflarca görülmesi ve buna inanılması da gerekir.

30. AİHM, nesnel tarafsızlık testinde önemli olanın, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta ve ceza davalarında yargılanan sanıklarda oluşturacağı güven duygusu olduğunu vurgulamıştır. Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü önemli ama sonuca etkili değildir. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı gösterilip gösterilmediğidir. Şayet hâkimin tarafsızlığına yönelik meşru bir şüphe varsa o hâkim davadan çekilmelidir (bkz. Hauschildt/Danimarka, B No. 10486/83, 24/5/1989, § 48). Bunun için hakimin gerçekten taraflı veya önyargılı davranmış olması gerekmez. Ancak, belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur.

31. Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle iç içe bulunan kavramlardır. Gerçekten, bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir hüküm beklenemez. Çünkü bağımsız olmayan, baskılara maruz kalan bir hakimin, hukuka ve vicdanına göre değil de baskı uygulayan güçlerin talepleri doğrultusunda karar verme olasılığı yüksektir.

32. Kuvvetler ayrılığı sistemi içinde eğer yürütme, bir mahkeme önündeki davayı etkilemek amacıyla müdahale ederse nesnel tarafsızlık ihlal edilmiş olur. Nitekim Sovtransavto Holding/Ukrayna davasında başvurucu Rus şirketinin Ukrayna'da açtığı dava devam ederken, Ukrayna Cumhurbaşkanı, Yüksek Tahkim Kurulu'nun dikkatini devletin menfaatlerini koruma gerekliliğine çekmiştir. AİHM, Cumhurbaşkanı'nın bu ifadesinin, davanın sonucunu etkileyip etkilemediğine bakmaksızın, Tahkim Kurulu'nun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili meşru bir şüphe yarattığına hükmetmiştir (*Bkz. Sovtransavto Holding/Ukrayna,* B. No:48553/99, 25/7/2002).

33. Tarafsızlık ilkesi ile bağlantılı olarak doğal hakim ilkesi kapsamında bir suçun işlendiği tarihten sonra kurulan mahkemeler, yargılanan kişide kendisini cezalandırmak üzere kurulduğu ve dolayısıyla tarafsız olmadığı şeklinde bir kuşku uyandırabilir.

34. Sulh ceza hakimliklerinin kuruluşu hakkındaki düzenleme ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli, E:2014/164 ve K:2015/12 sayılı kararının karşıoy yazısında da ayrıntılı olarak açıklandığı gibi koruma tedbirine karar verecek hakimin bağımsız ve tarafsız olması yargılamanın güvenilirliği açısından çok önemlidir. Sulh ceza hâkimliklerinin soruşturma işlemlerine ilişkin verdikleri kararlara karşı yapılan itirazın incelemesinin *"farklı ve bağımsız üst dereceli bir mahkeme"* yerine, *"birbiriyle iç içe geçmiş aynı derecede sulh ceza hâkimliklerince"* gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu yöndeki bir itiraz incelemesi her şeyden önce bu yola başvuran kişilerde makul bir güven oluşturmamaktadır. Zira, itiraz usulünün etkili ve dolayısıyla güven veren bir kanun yolu olarak değerlendirilebilmesi için bu hâkimliklerin birbirlerine karşı da bağımsız olmaları ve birbirlerinin etkilerine maruz kalmadan faaliyet gösterebilmeleri gerekmektedir. Oysa sulh ceza hakimlikleri ile ilgili düzenleme uyarınca *"eşitler arası bir denetim sistemi"* öngörülerek kendi içinde işleyen *"kapalı devre bir denetim usulü"* benimsenmiştir. Bu şekilde kapalı devre işleyen bir sistemin bu yolu kullanan bireylere makul bir başarı şansı ve dolayısıyla da güven verebileceğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Çünkü itiraz incelemesinin kapalı devre işlemeyen bir sistemle yapılmasındaki temel amaç, itiraz konusu kararların *"daha yüksek güvence sunan üst dereceli mahkemelerce"* gözden geçirilmesini mümkün kılmak ve böylece her türlü şüpheden uzak olarak ilgili kişilerde ve bu arada toplumda güven oluşturmaktır.

35. Bu açıdan somut olaylar bağlamında, tutuklama gibi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına en ağır müdahaleyi içeren koruma tedbirinin farklı mahkemelerce farklı bakış açılarıyla denetimden geçirilmesi sağlandığında, öncelikle ilgili kişilerde ve toplumda bu kanun yoluna karşı belli bir güven oluşturulabilecektir. Böylece kişilere daha güvenli bir denetim imkânı verilebilecektir. Bu kapsamda farklı bakış açısıyla yapılan bir denetim bir yandan kapalı devre olarak işleyen bir itiraz denetiminde karşılaşılması muhtemel *"iç körlük"* riskini azaltırken, diğer yandan kişisel önyargı/tercihlerin verilecek kararlara yansıması riskini azaltacaktır. Oysa sulh ceza hakimlikleri ile ilgili getirilen düzenleme ile kapalı devre bir sistem oluşturularak tutuklama gibi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına en ağır müdahaleyi içeren koruma tedbirinin farklı mahkemelerce farklı bakış açılarıyla denetimden geçirilmesi olanağı kaldırılmıştır. Bu açıdan kişiler, hukuk devletine uygun nitelikte yüksek standartta denetim imkânından yoksun bırakılmıştır. Çünkü kapalı devre olarak işleyen sistem; her şeyden önce *"iç körlük"* riskini artırmaktadır. Zira getirilen sistemde tutuklama kararını veren ile bu kararı denetleyen hâkimler adeta iç içe geçmiş durumdadır. Diğer taraftan *"iç körlük"* riskiyle bağlantılı olarak bu tür bir sistemde kişisel önyargıların/tercihlerin kararlara yansıması ve teknik-hukuki hataların yapılması riski oldukça yüksektir. Zira sistem kapalı devre işlemekte, farklı bakış açısıyla yapılan etkili bir denetim olanağı sunmamaktadır.

36. Anayasa'nın *"kişi hürriyeti ve güvenliği"* başlıklı 19. maddesinin, Sözleşme'nin "özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı 5. maddesiyle hem lafzı, hem de içeriği ve amacı itibariyle hemen hemen aynı olduğu gözlenmektedir. Söz konusu benzerlik Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrası ile Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası için de geçerlidir. İlgili fıkralar hem lafzı, hem de içeriği ve amacı itibarıyla aynıdır. 19. maddenin 8. fıkrası uyarınca: "*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".* Her iki fıkrayla öngörülen güvencelerin amacı, özgürlüğünden mahrum bırakılan bireylere özgürlüklerini savunabilecekleri ulaşılabilir, makul başarı şansı veren ve bireylerde/sanıklarda güven duygusu oluşturabilen etkili bir yargısal denetim olanağı vermek, böylelikle kamu otoritelerinin keyfi biçimde kişileri özgürlüklerinden alıkoymasını engellemektir.

37. 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin itiraz konusu (3) numaralı fıkrasının (a) bendi, Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrasında öngörülen güvenceler çerçevesinde değerlendirildiğinde, öncelikle ilgili (a) bendi ile getirilen tutukluluğa itiraz yolunun kapalı devre işleyen yapısı nedeniyle bireyler açısından makul başarı şansı veren ve şüpheli/sanıklarda güven duygusu oluşturabilen etkili bir yargısal denetim olanağı sunmadığı görülmektedir. Bir yerde iki tane sulh ceza hakimi bulunuyorsa, ikisi birbirinin kararını denetlemekte ve onaylamaktadır. Bu itibarla, hâkim itiraz başvurusunu karara bağlarken kendi kararlarını denetleyen bir makamın kararlarının denetimini yaptığının bilinciyle hareket etmektedir. Bu açıdan itiraz başvurusunu değerlendiren sulh ceza hâkimlikleri arasında bir kısır döngü gerçekleşmekte ve bu kısır döngü/kapalı devre sistemi sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı benimsenen itiraz usulünün ilgililer açısından "etkili olmayan ve görünüşte bir denetim" haline gelmesine yol açmaktadır.

38. Başvuru konusu dosyada başvurucu İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliği tarafından 2.3.2015 tarihinde tutuklanmış, 9.3.2015 tarihinde tutukluluğa yapılan itiraz İstanbul 6. Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmiş, 18.3.2015 tarihinde yapılan tahliye talebi İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliğince reddedilmiş, bu karara 31.3.2015 tarihinde yapılan itiraz da yine İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmiştir. Böylece sulh ceza hakimlikleri ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli, E:2014/164 ve K:2015/12 sayılı kararıyla ilgili karşıoy yazısında soyut olarak ifade edilen ve yukarıda kısaca açıklanan anayasal sakınca ve aykırılıkların somut olaylar bağlamında da ortaya çıktığı görülmektedir.

39. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun bu yöndeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmayıp esasının incelenmesinin gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadım.

B. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddialar

40. Başvurucu, isnat edilen suçları işlememesine rağmen tutuklanmasına karar verildiğini, suça konu edilen ve tahrip edildiği iddia edilen belgenin asıl değil fotokopi olduğunu, elde ettiği belge örneklerini yayımlama amacı dışında kullanmadığını, daha önce birçok kez gözaltına alınıp serbest bırakılmasına rağmen kaçma davranışı göstermediği dikkate alınmaksızın, yalnızca alınması muhtemel ceza göz önüne alınarak kaçma şüphesinin bulunduğunun kabul edildiğini, delilerin karartılması ihtimalinin bulunmadığını, tutuklama kararında adli kontrolün yetersiz

kalma nedenlerinin belirtilmediğini ve tutuklamanın "ölçülülük" ilkesine aykırı olduğunu, tutuklama kararına itirazlarının ve tahliye taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini ileri sürmüştür.

41. Bakanlık görüşünde ise başvurucunun Egemen Harekât Planı isimli gizli belgeyi temin ettiği hususunun başvurucu tarafından da kabul edildiği, bu belgenin başvurucu tarafından yayımlanmadığı, ayrıca başvurucunun elde ettiği bir kısım gizli belgelerin imha edilmesi ya da başka amaçla kullanılması suçlamasının bulunduğu belirtilmiştir.

42. Başvurucu da Bakanlığın görüşüne karşı, salt verilecek cezanın ağırlığının kaçma şüphesine karine olamayacağını, gazeteci olarak elinde bulunan belgeleri kullanmadığı ve bu belgelere ilişkin haber yapmadığı iddia edilmişse de gazetecilik faaliyeti kapsamında hangi belgenin kullanılacağını belirleme yetkisinin gazeteciye ait olduğunu, gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağını, tutuklanmasının keyfi olduğunu ileri sürmüştür.

1. Konuya İlişkin Genel İlkeler

43. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak belirtildikten sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüklerinden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 43; *Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

44. Anayasa'da yer alan kurallara benzer şekilde Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, anılan fıkranın (a)-(f) bentlerinde belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir (Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 42). Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfi bir şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması gerekir (Abdullah Ünal, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 38).

45. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları güvence altına alınmıştır. Bu itibarla, ceza yargılamalarında, yargılamanın gerekli özen çerçevesinde ve mümkün olan en kısa sürede tamamlanması esastır. Ceza yargılamalarının en kısa sürede tamamlanabilmesi ve sıhhatli bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla birtakım "*istisnai nitelikteki tedbirler*"in uygulanabilmesi mümkündür.

46. Bu kapsamda, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, "ancak" kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır.

47. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli şüphe bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 46). Bu kapsamda kuvvetli şüpheye temel olacak inandırıcı delillerin kamu görevlilerinin sübjektif duygu ve düşüncelerine değil, mutlaka objektif maddi olgulara dayanması zorunludur.

48. Tutuklama, koruma tedbirleri arasında kişi özgürlüğünü "***en ağır biçimde sınırlandıran***" bir tedbirdir. Bir koruma tedbiri olan tutuklama, bir kimsenin suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce fiziksel hareket özgürlüğünün *"geçici"* olarak kaldırılmasıdır. Bu özelliğiyle *"geçici bir tedbir"* olan tutuklamanın bir ceza olmadığı, cezalandırma maksadıyla kullanılamayacağı, ***"asıl olanın tutuksuz yargılama"*** olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

49. Bu nedenle ancak zorunlu hallerde bu tedbire başvurulmalı, tutuklama ile gözetilen amaçlara başka tür ve daha hafif koruma tedbirleri ile ulaşılabilme imkânının varlığı halinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Aksi uygulama tutuklama tedbirinin amacına ve buna bağlı olarak Anayasa'nın 19. maddesine açıkça aykırı olacaktır.

50. Keza, hukukumuzda tutuklama ihtiyari bir koruma tedbiri olup, şartları mevcut olsa bile mutlaka tutuklamaya başvurma zorunluluğu

bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tutuklama tedbiri uygulanırken, ***"kişi özgürlüğünün esas, tutuklama tedbirinin ise istisna"*** olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

51. İstisnai nitelikte bir koruma tedbiri olan tutuklamanın uygulanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir kişinin tutuklanabilmesi ilk olarak, yukarıda değinildiği üzere, suç işlediği hususunda kuvvetli şüphe bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz (sine qua non) bir unsurdur. Suç işlendiği yönündeki şüphenin kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

52. Bu kapsamda kuvvetli şüphe yargılama makamlarının sezgilerine, korkularına, ideolojik, dini, siyasi veya ahlaki önyargılarına dayanamaz, mutlaka objektif maddi olgularla desteklenmelidir. Diğer bir ifadeyle kuvvetli şüphe objektif bir gözlemciyi ikna edecek maddi olgularla desteklenmelidir.

53. İkinci olarak kuvvetli suç şüphesi yanında, CMK'nın 100. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen tutuklama nedenlerinin de bulunması gerekir. CMK'nın 100. maddesine göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde tutuklanabilir. Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre, (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, (b) şüpheli veya sanığın davranışları; 1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir (*Ramazan Aras*, § 46).

54. Kanuna uygun tutuklamanın şartları olan kuvvetli suç şüphesinin yanı sıra tutuklama nedenlerinden en az birinin *"tutukluluğun her aşamasında birlikte var olması"* zorunludur. Tutuklama nedenleri ile ilgili bu şartların da her bir şüpheli açısından *"somut olarak"* değerlendirilmesi ve *"gerekçeye yansıtılması"* da ayrıca zorunludur. Sözleşme sisteminden farklı olarak ulusal mevzuatımızda bu konuda ilk tutuklama kararı ile sonraki tutukluluk incelemeleri arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiştir.

55. CMK'nın 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, kaçma ve delil karartma ihtimalini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin *"ölçülü"* olduğunu ortaya koyan delillerin *"somut olgularla gerekçelendirilerek"* ve *"açıkça"* gösterilmesi gerekir. Tutuklamanın yasal nedenlere dayanıp dayanmadığı, ancak tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin incelenmesi sayesinde anlaşılabilir. Ayrıca sanığın ve müdafiinin tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek hakkıyla savunma yapabilmesi, itiraz merciinin de buna göre inceleme yapabilmesi yine bu gerekçelerin içeriğinin bilinmesiyle mümkün olur. Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz ve inandırıcı biçimde dayanaklarının gösterilmesi demektir. Bu nedenle, sadece tutuklama nedeninin, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olması, kanundaki terimlerin tekrarlanması kararın gerekçeli olduğu anlamına gelmez.

56. Tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için gereken şartlardan bir diğeri de kişinin tutuklanmasına neden olarak gösterilen gerekçeye göre gözetilen amaç ile başvurulan ve özgürlük ve güvenlik hakkına ağır bir müdahale niteliğinde olan tutuklama arasında bir dengenin bulunmasıdır. Cezalandırmada olduğu gibi koruma tedbirlerinin uygulanmasında da *"ölçülülük ilkesi"* önemli bir işleve sahip olmalıdır. Bu bağlamda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun olması tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Tutuklama tedbiri somut olayın koşulları altında "gerekli" de olmalıdır (Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 68). Bu, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütleri arasında sayılan "ölçülülük" ilkesinin unsurlarından biri olan "gereklilik" unsurunun (AYM, E.2015/40, K.2016/5, 28/1/2016) da bir gereğidir. Tutukluluğa ilişkin kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından öncelikle adli kontrol tedbirleri değerlendirilmeli ve adli kontrolün neden yetersiz kalacağı gerekçelendirilmelidir (*Engin Demir* [GK], B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 69).

57. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan koşulların bireysel başvuru konusu yapılmış olan tutuklama kararlarının gerekçelerinde gösterilmiş olup olmadığını ve somut olayın koşulları altında tutuklama tedbirine başvurulurken Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer alan

ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevidir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 69).

58. Ölçülülük ilkesi, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinin hafiften ağıra doğru giden sıralama içinde uygulama yapılmasını gerektirir. Daha hafif bir tedbirin uygulanmasıyla ceza muhakemesinin amacına ulaşılması mümkün ise öncelikle söz konusu olan daha hafif tedbirin/tedbirlerin uygulanması gerekir. Aksi takdirde kişi özgürlüğüne yapılan müdahale ölçülülük ilkesine aykırı olacağı gibi, koruma tedbirinin uygulanması ile cezalandırma arasındaki ayırım da ortadan kalkacaktır. Nitekim CMK'nın 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmektedir.

59. Ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak tutuklama kararı verilirken, isnat olunan suçların niteliğinin yanında, kişinin özel durumunun dikkate alınması, tutuklama yerine uygulanabilecek alternatif koruma tedbirlerinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin "kişiselleştirilmesi" de zorunludur.

60. Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kişinin derhal hâkim önüne çıkarılma hakkı düzenlendikten sonra, kişinin makul bir süre içinde yargılanmaya veya adli kovuşturma sırasında serbest bırakılmaya hakkı olduğu belirtilmiştir. Sanık, dava kesin mahkûmiyetle sonuçlanıncaya kadar suçsuz sayılacağından, mahkemelerin somut olayda tutukluluk durumunun makul olup olmadığını değerlendirirken masumiyet karinesini de göz önünde bulundurmaları gerekir. Tutukluluğun devamı ancak masumiyet karinesine rağmen Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan *"gerçek bir kamu yararı"*nın mevcut olması durumunda haklı bulunabilir (*Murat Narman*, § 61). Bir davada tutukluluğun belli bir süreyi aşmamasını sağlamak, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, yukarıda belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir (*Murat Narman*, § 62).

61. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının, belirli bir süreyi aşmayan tutukluluğa şartsız olarak izin verdiği biçiminde yorumlanamayacağını da belirtmek gerekir. Süresi ne kadar kısa olursa olsun, tu-

tukluluğun haklı olduğu, kararda "ikna edici bir şekilde" gösterilmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Belchev/Bulgaristan*, B. No: 39270/98, 8/4/2004, § 82). AİHM, birçok kararında, tutukluluğun devamına ve tutukluluğa itirazın reddine ilişkin kararlarda mahkemelerin, aynı kelimelerin ve kalıpların tekrarlanmasından ibaret gerekçeler kullanmaları halinde bunun Sözleşmenin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olduğu sonucuna varmıştır (*Çayan Bilgin/Türkiye,* B. No: 37912/04, 8/12/2009; *Kürüm/Türkiye,* B. No: 56493/17, 26/1/2010; *Erdem/Almanya,* B. No: 38321/97, 5/7/2001; *Shishkov/Bulgaristan,* B. No: 38822/97, 9/1/2003; *Ilijkov/Bulgaristan,* B. No: 33977/96, 26/7/2001, § 84; …).

62. Ayrıca, Kanun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngördüğünde (katalog suçlarda olduğu gibi), bireysel özgürlüğe müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının ikna edici biçimde ortaya konulması zorunludur(Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Contrada/İtalya,* B. No: 27143/95, 24/8/1998, §§ 58-65).

63. CMK'nın 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararların gerekçelerinde, kuvvetli suç şüphesinin, tutuklama nedenlerinin varlığının ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *"somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi"* gerekir.

64. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olmakla beraber kanun veya Anayasa'ya *"bariz şekilde aykırı"* yorumlara dayalı uygulamalar yapılması veya delillerin takdirinde açıkça keyfiliğin bulunması halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz (*Ramazan Aras,* § 49).

2. Somut Olayın Değerlendirilmesi

65. Somut olayda, tutuklama kararının, 5237 sayılı Kanun'un 327. maddesinde düzenlenen *"Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme"* ve 326. maddesinde düzenlenen *"Devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme amacı dışında kullanma hile ile alma çalma"* suçlamalarına ilişkin olarak verildiği görülmektedir.

66. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin anayasal denetimin, öncelikle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü

fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair *"kuvvetli belirti"* ve *"tutuklama nedeni"*nin bulunup bulunmadığı ve bunlara ilişkin uygulama kriterleri hususlarına ilişkin olarak yapılması gerekir.

67. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen suçlar yönünden suça konu edilen belgenin Egemen Harekât Planı olduğu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının tutuklama talep yazısı ile İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararının gerekçesinden anlaşılmaktadır.

68. Belirtmek gerekir ki Egemen Harekât Planının 1. Ordu Komutanlığı Plan odasından dışarıya çıkartılmasına ilişkin süreç aydınlatılamamış, konuya ilişkin Askerî Savcılıkça yürütülen soruşturma Askeri Savcılığın 7.9.2010 tarihli kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlandırılmıştır. Bu durum başvurucunun iddialarının değerlendirilmesinde gözetilmesi gereken en önemli olgulardan birini oluşturmaktadır.

69. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 4/12/2014 tarihinde müşteki sıfatıyla ifadesi alınan ve Egemen Harekât Planına ilişkin takdimi yapan E.S.'nin 1. Ordu Komutanlığı Plan Odasında olması gereken CD'lerin içerisinde Egemen Harekât Planının bulunduğunu, ancak başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgelerin içinde bu planın bulunmadığını beyan etmiştir. Başvurucunun tutuklanmasının temeli, başvurucunun kendi iradesi dışında elde ettiği ve şu anda nerede olduğu bilinmeyen ve soruşturma makamlarınca da nerede olduğunun belirlenemediği açıkça ifade edilen bu belgeye/delile dayanmaktadır. Dolayısıyla, gerek hakimliğin tutuklama gerekçesinde gerekse Çoğunluğun gerekçesinde başvurucudan veya başka bir kimseden ele geçirilemeyen ve nerede olduğu hususunda soruşturma makamlarının bir tespitte bulunamadığı bu belgeye dayanıldığı görülmektedir.

70. Anılan takdime ilişkin ses kaydının nerede olduğu veya imha edilip edilmediği hususu da ortaya konulabilmiş değildir. Buna rağmen tutuklama kararının gerekçesinin dayanaklarından biri olarak gösterilmiştir. Bu konuda soruşturma makamlarınca da herhangi bir bilgiye ulaşılamamıştır.

71. Başvurucu, tanımadığı bir kişi tarafından kendisine teslim edilen belgelerin içerisinde aralarında Egemen Harekât Planının da olduğu başkaca askeri harekât planlarının bulunduğunu, bu belgelerin haber konusu yapılabilecek belgeler olmaması ve gizlilik içermesi nedeniyle belgeleri, içeriğine ilişkin bir haber yapmaksızın Cumhuriyet savcısına teslim ettiği-

ni ifade etmiştir. Dolayısıyla, başvurucu tarafından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen belgeler içerisinde yer alan Egemen Harekât Planı Taraf gazetesinde yapılan haberlerde yayımlanmamıştır.

72. Başvurucu sorgusunda, gazeteye giderken haber kaynağı bir kişinin gelerek belge ve dokümanları kendisine teslim ettiğini beyan etmiştir. Bu husus, tutuklama kararı veren makam tarafından da kabul edilmiştir.

73. Tutuklamanın hukukiliğinin değerlendirilmesinde incelenmesi gerekli olan esas mesele tutuklama gerekçelerinin ilgili ve yeterli olup olmadığıdır. Tutuklama kararı veren Hakimlik tutuklama gerekçesinde ilk olarak, Egemen Harekât Planının şüpheli tarafından temin edildiğini ifade etmiştir. Halbuki şüphelinin gerek ifadesinde, gerek sorgusunda, gerekse tutuklamanın hareket noktası olan müşteki ifadelerinde bu yönde bir beyan bulunmadığı gibi bu belirlemeyi destekler herhangi bir husus ya da delil de dosyada mevcut değildir. Belgeler açıkça başvurucuya bir başkası tarafından ulaştırılmıştır.

74. Kararda ikinci olarak, başvurucuya tanımadığı bir kişi tarafından teslim edilen belgeler arasında yer alan CD'lerde yer alan 118 adet gizli belgenin de çalındığının anlaşıldığı ifade etmiştir. Çalındığı ifade edilen bu belgelerle ilgili olarak 2010 yılında Askerî Savcılıkça yürütülen soruşturmanın, "kovuşturmaya yer olmadığı" kararı ile sonuçlandığı görülmektedir.

75. Hakimliğin kararında başvurucuya tanımadığı bir kişi tarafından teslim edilen belgelerin kopya olsa dahi ilgili mercilere teslim edilmediği ifade edilmiştir. Ayrıca, bu belgelerin başvurucu tarafından imha edildiği belirtilmesine rağmen imha edilip edilmediğinin henüz bilinmediği tespiti yapılmıştır. Bulunamayan gizli belgelerin halen nerede olduğu, kimin elinde bulunduğu ve ne amaç ile kullanılacağının bilinmediği, şüphelinin belgeleri aldığını söylediği kişinin kim olduğu hususunda henüz bir tespitin yapılamadığı da tutuklama kararında belirtilmiştir. Bu gerekçeye göre başvurucunun 21.1.2010 tarihinde ve bundan bir hafta sonra Cumhuriyet savcılığına teslim ettiği belgelerle ilgili olarak 2.3.2015 tarihinde büyük ölçüde "bilinmeyen", "tespit edilemeyen" ve "olmayan" hususlara dayanılarak "devletin güvenliğine ilişkin belgeleri tahrip etme, amacı dışında kullanma, hile ile alma, çalma" ve "devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme" suçlarından dolayı tutuklanmasına karar verildiği görülmektedir.

76. Tutuklama kararında yer verilen bu tespitlerin ceza adalet sisteminde son derece önemli bir yeri olan ispat külfetinin tersine çevrilmesi anlamına geldiğinde şüphe yoktur. Tutukluluk konusunda ispat külfetinin, salıverilmesini haklı çıkaracak gerekçelerin varlığını ortaya koyması talep edilerek, tutukluya yüklenmek suretiyle tersine çevrilmesi mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Suominen/Finlandiya,* B. No: 37801/97, 1/7/2003, § 37). İspat külfeti, ulusal makamlara ait olup, yetkili makamların bireyin tutulmasının zorunlu olduğunu kanıtlamaları gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hutchison Reid/Birleşik Krallık,* B. No: 50272/99, 20/2/2003, § 71).Maddi vakıala¬rı kanıtlama külfeti kamusal/yetkili makamlara aittir. Yetkili makamlara ait olan ispat külfetinin başvurucuya yüklenerek derece mahkemelerini ikna edemediği müddetçe başvurucunun tutukluluğunun devam etmesi kabul edilemez (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ilijkov/Bulgaristan,* B. No: 33977/96, 26/7/2001, § 87). Somut olayda başvurucu, bu belgelerin imha edilip edilmediğini, nerede olduğu, kimin elinde bulunduğu ve ne amaç ile kullanılacağını, belgeleri aldığını söylediği kişinin kim olduğu belirleme mükellefiyeti altına sokulmuştur. Dolayısıyla, isnat edilen hususlara ilişkin ispat külfeti başvurucuya yüklenmiş ve tutuklama gerekçesi yapılmıştır.

77. Bu hususu tutuklamaya itirazın reddine ilişkin kararların gerekçelerinde de görmek mümkündür. İtirazları inceleyen hakimlikler, *"… tutukluluk halini sonlandıracak her hangi bir somut delil ibraz edilmediğinden"* ve *"…tahliyesini gerektirir yeni bir delilin bulunmadığı"* şeklindeki yukarıda belirtilen görüşü destekleyen gerekçelerle itirazın kesin olarak reddine karar verilmişlerdir.

78. İhlal tespitinde bulunmayan çoğunluk gerekçesinde ise, *"…soruşturma dosyasının yukarıda özetlenen içeriği, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının tutuklama talep yazısıyla başvurucuya isnat edilen eylemler ile bu eylemlere ilişkin dayanılan deliller ve İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararındaki gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde, başvurucu yönünden suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için kuvvetli belirtinin bulunduğu"* sonucuna varıldığı ifade edilmiştir. Çoğunluğun görüşünde ayrıca, *"… tutuklama kararına konu suçlara ilişkin başvurucunun alabileceği ceza miktarına göre kaçma şüphesinin bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmadığı …"* belirtilerek tutuklanma nedenleri açıklanmış, ayrıca atılı suçlar için *"Kanun'da öngörülen yaptırımın süresine göre adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağı ve tutuklamanın ölçülü …"* olduğu belirtilmiştir. Ancak bu yaklaşım Anayasa

Mahkemesinin yerleşik içtihadı ile uyumlu değildir. Zira Mahkememizce özellikle başka bir temel hakkı da etkileyen tutuklulukla ilgili kararlar bakımından daha yüksek bir koruma standardı sağlanması yönünde bir yaklaşım benimsenmiş bulunmaktadır. (*Engin Demir,* (GK), B. No: 2013/2947; *Erdem Gül ve Can Dündar, (*GK), B. No: 2015/18567).

79. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, "ancak" kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmış olmasına rağmen somut olaydaki tutuklama gerekçesinde ve itirazın reddi gerekçelerinde kaçma, delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesini önleme hususlarına ve bunların dayanaklarına hiçbir şekilde değinilmemiştir.

80. Bir kişinin tutuklanabilmesi için olmazsa olmaz unsur kuvvetli suç şüphesinin bulunması ve bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesidir. Bu kapsamda kuvvetli şüpheye temel olacak inandırıcı delillerin kamu görevlilerinin sübjektif duygu ve düşüncelerine değil, mutlaka objektif maddi olgulara dayanması zorunludur. Somut olaydaki hakimliğin tutuklama gerekçeleri ve Bölüm çoğunluğunun görüşünde tutuklamanın olmazsa olmaz unsuru olan kuvvetli suç şüphesini gösterir inandırıcı delillerin neler olduğu açıklanmamış, sadece birtakım soyut belirlemelerle yetinilmiştir.

81. Koruma tedbirleri arasında kişi özgürlüğünü *"en ağır biçimde sınırlandıran geçici bir tedbir"* olan tutuklamanın bir ceza olmadığı, cezalandırma maksadıyla kullanılamayacağı, *"asıl olanın tutuksuz yargılama"* olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu nedenle ancak zorunlu hallerde bu tedbire başvurulmalı, tutuklama ile gözetilen amaçlara başka tür ve daha hafif koruma tedbirleri ile ulaşılabilme imkânının varlığı halinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Keza, hukukumuzda tutuklama ihtiyari bir koruma tedbiri olup, şartları mevcut olsa bile mutlaka tutuklamaya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, tutuklama tedbiri uygulanırken, *"kişi özgürlüğünün esas, tutuklama tedbirinin ise istisna"* olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak hakimliğin tutuklama kararında kişi özgürlüğüne ağır basan gerçek kamu yararının gerekleri ortaya konulmamış, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağından sadece lafzen bahsedilmekle yetinilmiştir. Daha ha-

fif koruma tedbirlerinin somut olayda neden yetersiz kalacağı açıklanmadığı gibi bu tedbirin nasıl ve hangi gerekçelerle ölçülü olduğu hususunun dayanakları objektif bir gözlemciyi ikna edecek açıklıkta ortaya konulamamıştır. Nitekim CMK'nın 100. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararı verilemeyeceği belirtilmektedir. Tutuklamayı destekleyen objektif maddi olgulara tutuklama kararında rastlamak mümkün değildir. Unutulmamalıdır ki ilk tutuklamada dahi, tutukluluğun haklı olduğu, kararda *"ikna edici bir şekilde"* gösterilmelidir. Çoğunluk gerekçesinde de bu konuya ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

82. Ayrıca bir tutuklama kararı verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin yanı sıra tutuklama nedenlerinden en az birinin *"tutukluluğun her aşamasında birlikte var olması"* zorunludur. Tutuklama nedenleri ile ilgili bu şartların da her bir şüpheli açısından *"somut olarak"* değerlendirilmesi ve *"gerekçeye yansıtılması"* da ayrıca zorunludur. Tutuklama gerekçesi incelendiğinde tutuklama nedenlerinin hukuksal temellendirmesi yapılmamış, olguların ve tutuklama nedenlerinin var olduğu varsayımından hareket edilmiştir.

83. CMK'nın 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, kaçma ve delil karartma ihtimalini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *"somut olgularla gerekçelendirilerek"*, *"açıkça"* gösterilmesi gerekir. Tutuklamanın yasal nedenlere dayanıp dayanmadığı, ancak tutuklama ya da tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin incelenmesi sayesinde anlaşılabilecektir.

84. Somut olayda tutuklama kararı incelendiğinde tutuklama nedeninin sadece lafzen, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olduğu görülmekte, yukarıda belirtildiği şekilde bir gerekçeye yer verilmediği, klasik kalıp cümlelerin ve kanundaki ifadelerin tekrarlandığı anlaşılmaktadır. Kanundaki terimlerin tekrarlanması ise kararın gerekçeli olduğu anlamına gelmemektedir.

85. Belirtilen nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

C. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

86. Başvurucu, gazetecilik faaliyeti kapsamında yayımlanan habere konu belgeleri temin ettiğinden bahisle tutuklandığını, anılan habere konu belgeleri yayımlama eylemi nedeniyle tutuklanması talebinin Hâkimlik tarafından 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinde muhakeme şartı olarak düzenlenen ve kamu davası açılması için öngörülen hak düşürücü süre geçtiğinden bahisle reddedilmesine rağmen Hâkimliğin aynı belgeleri temin ettiği suçlamasıyla tutuklanmasına karar verdiğini, habere konu bilginin temin edilmesinin ve açıklamasının gazetecilik faaliyeti kapsamında olduğunu ileri sürmüştür.

87. Bakanlık görüşünde; başvurucunun şikayetlerinin özünün tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin olduğu, bu çerçevede başvurucu hakkındaki soruşturmanın bir olayın basında haber yapılması üzerine ya da söz konusu belgelerin elinde bulunması nedeniyle başlamadığı belirtilmiştir.

88. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında, soruşturma kapsamında gazetecilik faaliyeti hakkında haber kaynaklarını açıklamaya zorlandığını, gazeteci olarak kamuoyunu bilgilendirmek adına bazı gizli belgeleri elinde bulundurabileceğini, tutuklanmasına temel teşkil eden unsurun gazetecilik faaliyeti kapsamındaki belgeler olduğunu ileri sürmüştür.

1. Konuya İlişkin Genel İlkeler

89. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin temel ilkeler ayrıntılı olarak belirtilmiştir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 57-67, 80, 94; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 30-38; *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, §§ 30-33; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, §§ 33-39; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 44).

90. İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından ve toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biridir. İfade özgürlüğü sadece hoşa giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil Devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirmektedir

(Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 24/9/1976, § 49). Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine bağlıdır (*Emin Aydın,* B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

91. İfade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğü ise sadece basının haber verme ve yayma hakkını koruyan bir özgürlük değildir. Basın özgürlüğü demokratik çoğulculuğun sağlanabilmesi açısından halkın haber ve fikirlere ulaşma özgürlüğüyle de doğrudan ilgilidir. Özellikle halkın kamuyu ilgilendiren tartışmalar kapsamındaki haber ve fikirlere ulaşmasına imkân tanınarak bu tür tartışmalara katılımının sağlanması demokratik çoğulculuk için vazgeçilmez niteliktedir. Bu bağlamda basının -gazetecilik etiği çerçevesinde- kamunun "gözetleyicisi" olarak haber ve kanaatleri yayabilmesi demokratik bir devlette şeffaflık ve hesap verilebilirliğinin sağlanmasına da katkıda bulunur (benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Von Hannover/Almanya (No. 2)* [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 102; *Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71). Sağlıklı bir demokrasi, kamu makamlarının yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından değil, sivil toplum örgütleri ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir (*Ali Rıza Üçer (2)*, § 55).

92. Bununla birlikte basının haber verme, haberi iletebilme hakkını kullanabilmesi için her şeyden önce habere veya bilgiye erişebilmesi gerekmektedir. Gazetecinin her türlü haber, bilgi ve düşünceye erişim sağlayabilmesi haber kaynaklarının çeşitliliğine ve habere ulaşma kaynaklarının açık olmasına bağlıdır. Haberin en azından yayımlandığı andaki görünür gerçeği ortaya koyabilme işlevini yerine getirebilmesi için gazetecinin haber kaynağını açıklamama hakkının korunması gerekmektedir. Bu itibarla haber kaynağının gizliliğinin korunması, basın özgürlüğünün temel koşullarından biridir. Bu hak, Anayasa'nın 26. maddesi ile güvence altına alınan "resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek" özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu doğrultuda Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Basın hürdür, sansür edilemez" kuralı da haber kaynaklarının korunmasını dolaylı olarak koruma altına almaktadır.

93. AİHM'e göre de gazetecilerin haber kaynakları hakkında bilgi vermeme hakkı, topluma bilgi verme hakkının bir parçasını oluşturmakta olup

basit bir ayrıcalık değildir (*Tıllack/Belçika,* B. No: 20477/05, 27/11/2007, § 65). Haber kaynaklarının gizliliğinin korunmadığı bir durumda, bu kaynaklar, kamu yararına olan meselelerle ilgili kamuoyunu bilgilendirme konusunda basına yardımcı olmaktan ve bilgi vermekten kaçınacaklardır. Bunun sonucu olarak da basının, halka doğru ve güvenilir bilgi sağlama ve bilgilendirilmiş bir kamuoyu oluşturma görev ve rolünü yerine getirmesi tehlikeye girecektir. İfade ve basın özgürlüklerinin sınırlandırılması mümkün olmakla birlikte, haber kaynağının gizliliğine yönelik yapılacak bir müdahale, kamu yararının gerektirdiği ağır bir zorunluluk olmadığı sürece Anayasa'nın 28. maddesi ile güvence altına alınan basın hürriyeti ile bağdaşmayacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Goodwin/Birleşik Krallık,* B. No: 17488/90, 27/3/1996, § 39; *Roemen ve Schmit/Lüksemburg,* B. No: 51772/99, 25/2/2003, § 46; *Voskuil/Hollanda,* B. No: 64752/01, 22/11/2007, § 65).

94. Gazetecilerin haber kaynaklarının açıklanmasına ilişkin olarak 5187 sayılı Kanun'un 12. maddesinde süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibinin, bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bu itibarla haber kaynaklarının gizliliğinin korunması güvence altına alınmış olup haber kaynaklarının gizliliğinin korunması ilkesine istisna getiren durumlarda söz konusu değildir.

95. Öte yandan, ifade ve basın özgürlükleri mutlak olmayıp sınırlandırılabilir nitelikte haklardandır. Nitekim Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlanmasında ise kural olarak Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir (*Bekir Coşkun*, § 37).

96. Bu kapsamda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ile 28. maddesinin beşinci fıkrasına göre ifade ve basın özgürlükleri "millî güvenlik", "suçların önlenmesi", "suçluların cezalandırılması", "devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması" ve "devlete ait gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi" amaçlarıyla sınırlanabilir. Bu amaçlar doğrultusunda millî güvenliği ilgilendiren devlete ait gizli bilgilerin basın yoluyla açıklanmasının suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması mümkündür. Bu kapsamda yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar sırasında bu tür eylemleri gerçekleştirdiği iddia edilen basın mensupları

hakkında tutuklama tedbiri uygulanmasının önünde anayasal bir engel de bulunmamaktadır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 89). Nitekim AİHM'e göre de basının görevini yerine getirirken gazetecilik etiği temelinde hareket etmesi gereklidir. Millî güvenlik gibi çok hassas bir konuda gazetecilerin yapacağı haberlere yönelik olarak devletin sınırlama getirmesi ve bu bağlamda bazı haberlerin yapılmasının kamu otoritelerince engellenmesi mümkündür (*Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, §§ 61-65).

97. Ancak belirtilen amaçlarla ifade ve basın özgürlüklerine getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen genel sınırlama ölçütlerinden "demokratik toplum düzeninde gerekli olma" ve "ölçülülük" ilkeleriyle uyumlu olması gerekir. Demokratik toplumda gerekli olma ilkesi çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır. Ölçülülük ilkesi ise sınırlanma amaçları ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu nedenle ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen aracın "elverişli", "gerekli" ve "orantılı" olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Fatih Taş*, §§ 90, 92, 96).

98. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, ifade ve basın özgürlüklerine yönelik yargısal veya idari bir müdahalenin, "gerekli" olup olmadığını "zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacı" karşılayıp karşılamadığı yönünden değerlendirmektedir (*Bejdar Ro Amed*, B. No: 2013/7363, 16/4/2015, § 68; benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 48). Bu çerçevede yapılacak değerlendirme, kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler üzerinden yapılmalıdır.

99. CMK'nın 100. maddesi gereğince tutuklama kararı verilebilmesi için gerekli diğer şartların mevcut olup olmadığının incelenmesi açısından öncelikle belirtmek gerekir ki, AYM'nin istikrar kazanmış kararları çerçevesinde tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen kararlarda davanın genel durumu yanında, tutuklanmasına karar verilen veya tutuklu ise tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur (*Mustafa Ali Balbay*, § 116).

100. Diğer yandan tutuklama tedbiri ile demokratik toplum arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir. Anayasanın çeşitli maddelerinde geçen "demokratik toplum" kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yo-

rumlanmalıdır. Demokratik toplum ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşme'nin bu ölçütün kullanıldığı 9., 10. ve 11. maddeleri arasındaki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık,* B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye,* B. No: 23536/94 ve 24408/94, 8/7/1999, § 61).

101. Nitekim AYM'nin yerleşik içtihatları uyarınca demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak şartıyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler (Bkz. AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008).

102. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi"dir. Yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (*Abdullah Öcalan,* B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

103. AYM kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir (*Sebahat Tuncel,* B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; *Abdullah Öcalan,* § 97).Bu sebeple örneğin, sendika hakkına yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

104. Yukarıda da belirtildiği üzere, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen kararlarda davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi zorunludur. Özellikle kişi hakkında uygulanan tutuklama tedbiri ile birlikte özgürlük ve güvenlik hakkı yanında *"ifade özgürlüğü"*, *"basın özgürlüğü"*, *"seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı"*, *"sendika hakkı"* gibi genel katılım içeren temel hak ve özgürlüklere de sınırlama getirildiği hallerde

tedbirin ölçülü olup olmadığı ve gerekçelerin *"ilgili"* ve *"yeterli"* bulunup bulunmadığı hususları üzerinde hassasiyetle durulması gerekmektedir. Zira diğer koruma önlemlerine göre daha ağır sonuçlar doğuran tutuklama tedbirine yoğun ve geniş kapsamlı olarak başvurulmasının anılan temel hak ve özgürlüklerin içini boşaltabileceği ve işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemelidir.

105. Nitekim AYM Mustafa Ali Balbay (B. No:2012/1272, 4/12/2013) ve Mehmet Haberal (B. No: 2012/849, 4/12/2013) kararlarında başvurucuların milletvekili sıfatı taşımaları nedeniyle tutukluluğun devamı kararlarında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının da gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Her iki kararda tekrarlanan gerekçenin ilgili bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 83. maddesinde 14. maddeye atıfla getirilen istisna, Anayasa'nın 67. maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alındığında dar ve özgürlük lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, seçilmiş milletvekilinin tutuklu olması nedeniyle yasama faaliyetine katılamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişilerin tutukluluğunun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Bunun sonucu olarak makul sürenin aşılıp aşılmadığı incelenirken, başvurucunun milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine de bakılmalıdır. Dolayısıyla,başvurucunun seçilmiş bir milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulduğu takdirde, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

Bu nedenle, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki bir suç isnadıyla yargılanan bir milletvekilinin tutukluluk halinin incelenmesi sırasında, bu koruma tedbirinin seçilme hakkını işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemelidir. …

Tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlam-

da tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemeler, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş, aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamıştır."

106. Karardaki bu yaklaşım, sadece tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda değil, ilk tutuklama kararı verilirken de benimsenmeli ve hakkında tutuklama kararı verilen kişinin, özel durumu dikkate alınmalıdır.

107. Şu halde söz konusu karar çerçevesinde tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi bir milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, kişinin siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkını kullanamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Keza gazeteci tutuklandığında da basın ve ifade özgürlüğü dikkate alınmalıdır. Aynı yaklaşım Mahkememiz tarafından, ifade ve örgütlenme özgürlüğünün diğer görünümlerini oluşturan basın, örgütlenme ve sendika özgürlükleri bakımından da kabul edilmiştir (*Engin Demir,* § 62 vd).

108. AİHM'e göre, ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün farklı görünüm biçimlerini oluşturan basın, örgütlenme, siyasi faaliyet ve sendika özgürlüklerinin kullanımına yapılan müdahalelerin ölçülülük değerlendirmesinde, uygulanan yaptırımın ağırlık ve niteliğinin de dikkate alınması gerekir. AİHM, uygulanan yaptırım hafif olmasına rağmen eğer başvurucu üzerinde caydırıcı bir etki meydana getiriyorsa, bunu sorunlu görmektedir. AİHM'e göre, uygulanan yaptırımın yukarıda belirtilen kriterler bağlamında haklı kılınmış olması gerekir (*AxelSpringer AG/Almanya* [BD], B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 95). Mahkeme, sendikal faaliyet kapsamında verilen hafif cezaların dahi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan sendikal faaliyetlere katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmektedir (*Kaya ve Seyhan/Türkiye,* B. No: 30946/04, 15/12/2009, § 30; *Karaçay/Türkiye,* B. No: 6615/03, 27/6/2007, § 37; *Ezelin/Fransa,* B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 43).

109. Öngörülen tedbir ile sınırlanması veya ortadan kaldırılması söz konusu olan temel hak ve özgürlük arasında yapılacak dengelemede, kişinin bu hak ve özgürlüğünü kullanmasına engel olmayacak diğer koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır. Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, CMK'nın 100. maddesinde belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli

kontrol altına alınmasına karar verilebileceğini öngören aynı Kanun'un 109. maddesinde buna imkân tanıyan hükümlere yer verildiği, maddede 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda bunların sayısının artırıldığı görülmektedir.

2. Somut Olayın Değerlendirilmesi

110. Somut olayda, tutukluluk ve tutukluluğun devamına ilişkin itirazın reddi kararları incelendiğinde, tutuklama kararı veren hakimliklerin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller bulunduğuna, bu suçların yasada öngörülen cezalarının alt ve üst sınırına, atılı suçun CMK'nın 100. ve devamı maddelerinde belirtilen suçlardan olmasına, atılı suç yönünden şüphelinin alabileceği ceza miktarına, kaçabileceği yönünde şüphe bulunmasına, soruşturmanın henüz tamamlanmamasına dayandığı görülmektedir.

111. Ancak, söz konusu kararlarda bahsi geçen kuvvetli suç şüphesinin hangi inandırıcı delillerle ortaya konulduğuna ve başvurucuların kaçma şüphesinin nedenlerine değinilmemiştir. Başvurucunun kaçma olasılığının hukuksal ve mantıksal temellerine dair tutuklama gerekçesinde herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Elindeki belgeleri kendi iradesi ile savcılığa teslim eden başvurucunun hangi nedenle kaçma şüphesi içinde olduğunun objektif bir gözlemciyi ikna edecek şekilde açıklanması gerekirdi.

112. Keza, delil olarak sadece başvurucunun kendisine getirilen ve savcılığa teslim edilen belgeler gösterildiğinden, delillerin karartılması ihtimali bulunmamaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında tutuklama kararı için kullanılan gerekçelerin, AYM tarafından birçok kararda dile getirilen *"formül"* ya da *"basma kalıp"* gerekçe niteliğinde olduğu görülmektedir.

113. Tutuklama kararlarında ayrıca adli kontrol hükümlerinin uygulanmama gerekçelerine de hiçbir şekilde değinilmemiştir. CMK'nın 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında tutuklama yerine öngörülen adli kontrol hükümlerinin 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği 5/7/2012 tarihinden itibaren başvurucu lehine de uygulanma imkanı ortaya çıkmıştır. Buna rağmen, tutukluluğun devamına ilişkin olarak yukarıda anılan kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından, mevcut

adli kontrol tedbirlerinin yeterince dikkate alınmadığı ve bu tedbirlerin neden yetersiz kalacağı hususunun gerekçelendirilmediği görülmektedir. Oysa tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun ortaya konulması adli kontrol tedbirinin yetersiz kaldığının kanıtlanmasına bağlıdır. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, tutukluluğun devamına karar verilirken yargılamanın tutuklu sürdürülmesinden beklenen kamu yararı ile başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı arasında ölçülü bir denge kurulmadığı açıktır (Benzer yönde bkz. *Engin Demir* [GK], § 69).

114. Tutuklama kararı veren hakimliklerin tutukluluk konusunda dayandığı bir diğer husus da isnat olunan suçun "katalog" suçlardan olmasıdır. Tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerde CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında başvuruculara atfedilen suçların da aralarında bulunduğu bazı suçlar için tutuklama nedenlerinin varlığı hakkında yasal bir karinenin mevcut olduğu belirtilmektedir (kaçma tehlikesi veya delilleri değiştirme ve tanıkları, mağdurları ve diğer kişileri baskı altına alma tehlikesi).

115. Kanunun tutuklama nedenlerine ilişkin bir karine öngörmesi durumunda bile kişi özgürlüğüne müdahaleyi gerektiren somut olguların varlığının ikna edici biçimde ortaya konulması gerekir (*Contrada/İtalya,* B. No: 27143/95, 24/8/1998, §§ 58-65). Bu bağlamda AİHM her türlü otomatik tutuklama sisteminin Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile uyumlu olmadığını vurgulamaktadır (*Ilijkov/Bulgaristan,* B. No: 33977/96, 26/7/2001, § 84).

116. Somut olayda ise tutukluluğa ilişkin olarak somut olguların varlığının ortaya konulmadığı ve sadece isnat edilen suçun CMK'nın 100. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamındaki katalog suçlardan olması hususuna atıf yapılmakla yetinildiği görülmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Galip Doğru/Türkiye,* B. No: 36001/06, 28/4/2015, § 58; Ayrıca bkz. *Engin Demir* [GK], § 66).

117. Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvurucular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi" de dikkate alınmalıdır (*Ergün Poyraz (2)*, § 79; benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Nedim Şener/Türkiye,* § 122; *Şık/Türkiye,* § 111).

118. Başvuru konusu olayda, tutuklama gerekçelerinde gazeteci olan ve kendisine tanımadığı bir kimse tarafından gazetecilik faaliyetleri kap-

samında verilen belgeler nedeniyle tutuklanan ve tutukluluğunun devamına karar verilen başvurucunun tutukluluk gerekçelerinin ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği açıktır.

119. Açıklanan gerekçelerle, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan, Bölüm çoğunluğunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediği yönündeki görüşüne katılmadım.

Üye
Alparslan ALTAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SÜLEYMAN BAĞRIYANIK VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/9756)

Karar Tarihi: 16/11/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 22/12/2016-29926

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	**:**	Engin YILDIRIM
Üyeler	**:**	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Recai AKYEL
Raportör	**:**	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucular	**:**	1. Süleyman BAĞRIYANIK
Vekili	**:**	Av. Aziz ERBEK
		2. Ahmet KARACA
Vekili	**:**	Av. Seffan KILINÇ
		3. Özcan ŞİŞMAN
		4. Aziz TAKCI
Vekili	**:**	Av. Alpdeğer TANRIVERDİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmaksızın doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurulmuş, tarafsız ve bağımsız olmayan yetkisiz bir mahkeme tarafından savcılık mesleğine ilişkin kanundan kaynaklanan görevlerin yerine getirilmesi ve görev gereği verilen kararlarda ve resmî metinlerde açıklanan hukuki görüşler dolayısıyla tutuklama kararı verilmesi, soruşturma dosyasında kısıtlama kararı alınması ve yapılan bazı uygulamalar dolayısıyla hürriyetten yoksun bırakılmaya

karşı itiraz hakkının etkin bir şekilde kullanılamaması, tutukluluk incelemesinin yapıldığı duruşmaya katılımın engellenmesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; yapılan bazı açıklamalar nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 11/6/2015 ve 18/6/2015 tarihlerinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruların Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Yapılan incelemede 2015/9758, 2015/9759 ve 2015/10141 numaralı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2015/9756 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 20/10/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 25/2/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

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

7. Bakanlık, görüşünü 27/4/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvuruculardan Ahmet Karaca'ya 3/5/2016 tarihinde; Özcan Şişman ve Aziz Takcı'ya 5/5/2016 tarihinde; Süleyman Bağrıyanık'a 10/5/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

9. Başvuruculardan Ahmet Karaca 18/5/2016 tarihinde, Özcan Şişman ve Aziz Takcı 23/5/2016 tarihinde, Süleyman Bağrıyanık 24/5/2016 tarihinde Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını sunmuşlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

10. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen, ayrıca başvurucular hakkındaki disiplin soruşturmasına ve yargılamaya ilişkin dosyalardan edinilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. Başvuruculara İsnat Edilen Eylemlere İlişkin Süreç

11. Olay tarihleri itibarıyla başvuruculardan Süleyman Bağrıyanık Adana Cumhuriyet başsavcısı, Ahmet Karaca Adana Cumhuriyet başsavcı vekili (TMK mülga 10. madde ile görevli), Aziz Takcı ve Özcan Şişman Adana Cumhuriyet savcısı (TMK mülga 10. madde ile görevli) olarak görev yapmaktadır.

12. 1/1/2014 tarihinde Hatay ili Kırıkhan ilçesinde, 19/1/2014 tarihinde ise Adana ili Ceyhan ilçesi Sirkeli otoyol gişelerinde Millî İstihbarat Teşkilatına (MİT) ait yüklerin bulunduğu tırlar durdurulmuştur.

a. 1/1/2014 Tarihli Olaya İlişkin Süreç

13. 1/1/2014 günü saat 15.29'da Hatay 156 Jandarma İmdat İhbar Merkezine gelen bir ihbarda *"Reyhanlı-Kırıkhan-İslahiye üzerinden Kilis'e gidecek... plakalı tır ... plakalı dorse ve ... plakalı ... otomobil ile terör örgütüne silah götürüleceği"* belirtilmiştir. İhbarda bulunan kişi kendisini T.K. olarak tanıtmış, ihbarda belirttiği silahların hangi örgüte götürüleceği konusunda bir açıklamada bulunmamıştır. İhbarda söz konusu araçların Reyhanlı merkezden kalkacağı bilgisi verilince ihbarı alan Jandarma görevlisinin araçların polis bölgesinden kalkacağını ve orada hemen yakalanabileceğini belirterek ihbarcıdan 155'i (Polis İmdat Hattı) aramasını istediği, ihbarcının da *"Siz kendi notunuzu aldınız değil mi?"* şeklinde cevap verdiği anlaşılmıştır.

14. Jandarma görevlilerince anılan ihbara ilişkin "İhbar Kayıt Formu" düzenlenmiştir. Forma göre söz konusu ihbar, saat 15.38'de Hatay İl Emniyet Müdürlüğü 155 Polis İmdat Hattı'na, saat 15.40'ta (Jandarma) İstihbarat Şube Müdürü'ne, saat 15.42'de (Jandarma) Asayiş Şube Müdürü'ne, saat 15.44'te İl Jandarma Komutan Yardımcısı'na, saat 15.46'da İl

Jandarma Komutanı'na, saat 15.48'de (Jandarma) Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürü'ne, saat 15.50'de Reyhanlı İlçe Jandarma Komutanı'na, saat 15.54'te Kumlu İlçe Jandarma Komutanı'na, saat 15.56'da Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanı'na, saat 15.58'de Antakya İlçe Jandarma Komutanı'na, saat 16.00'da Topboğazı ve Güzelce Jandarma Karakol Komutanlıklarına telefonla bildirilmiş; ihbarla ilgili olarak yol kontrol faaliyeti yapmak ve belirtilen araçlar ile ilgili araştırma yapmak üzere İl Jandarma Komutanı tarafından verilen emir Reyhanlı, Kırıkhan, Kumlu, Hassa ve Antakya İlçe Jandarma Komutanlarına ve (Jandarma) İstihbarat Şube Müdürü'ne telefonla iletilmiştir.

15. Gelen bu bildirime ilişkin tutulan ihbar tutanağının içeriği şöyledir:

"01.01.2014 günü saat 16:00 sıralarında 156 Jandarma Harekât Merkezi tarafından Komutanlığımız aranarak ... plakalı tır içerisinde silah yüklü olduğu ve bu araca ... plakalı … marka aracın öncülük yaptığı ihbarı alınmış olup …"

16. Hatay İl Emniyet Müdürlüğünde görevli Trafik Polis Memuru A.B. Kırıkhan-Reyhanlı yolunda radarla hız kontrolü yaparken haber merkezinden telsiz ile gelen bir anons üzerine başka bir ekipte görevli polis memuru A.L. ile görüşerek ihbarın içeriğini öğrenmiş; yoldan geçtiğini gördüğü ihbarda belirtilen tırı ve öncü otomobili takibe koyulmuş ve saat 16.15'te Kırıkhan ilçesine bağlı Torun köyü bölgesinde durdurmuştur. Tırın sağ koltuğunda oturan kişi, MİT mensubu olduğunu ifade etmiş ve görev kimliğini Polis Memuru A.B.ye göstermiştir. Bunun üzerine Polis Memuru A.B. üstlerine bilgi vermiş; bu sırada olay yerine önce Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı Merkez Karakol Komutanı ile Jandarma personeli, sonrasında Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanı ayrıca bir başka polis ekibi gelmiştir. Bölge Trafik Şube Müdürlüğünden gelen *"ilgili araçların MİT'e ait olduğu ve kişilerin de MİT mensubu olduğu"* bilgisi üzerine polis görevlileri olay mahallinden ayrılmıştır.

17. Jandarma görevlilerince tutulan İhbar Kayıt Formu'nda (bkz. § 14) ihbarda belirtilen araçların durdurulduğu ve araçlardaki kişilerin MİT personeli olduklarını beyan ettikleri bilgisinin polis görevlilerince saat 16.47'de 156 Jandarma İmdat Hattı'na bildirildiği; bu bilginin (Jandarma) İstihbarat Şube Müdürü'ne, (Jandarma) Asayiş Şube Müdürü'ne, İl Jandarma Komutan Yardımcısı'na ve Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanı'na saat 16.48'de iletildiği belirtilmiştir.

18. Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerince Kırıkhan (nöbetçi) Cumhuriyet Savcısı Y.A.ya olaya ilişkin bilgi verilmiş ve Y.A.dan alınan talimat uyarınca arama talep yazısı hazırlanmıştır. Bu süreçte Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı da olaydan haberdar olmuş ve olayın, niteliği gereği Terörle Mücadele Kanunu (TMK) mülga 10. maddesiyle belirlenen görev alanı kapsamında kalabileceğinden bahisle başvurucu Özcan Şişman ile telefonla görüşmüştür. Başvurucu Özcan Şişman, olaya ilişkin talimatlarını Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı'na bildirmiştir. Bunun üzerine (nöbetçi) Kırıkhan Cumhuriyet Savcısı Y.A. soruşturmanın Adana Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütüldüğünü belirterek olaya ilişkin yeni bir talimat vermemiş; Jandarma görevlilerince hazırlanan arama talep yazısını havale etmemiş ve arama kararı vermemiştir.

19. Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığınca *"01.01.2014 günü saat 16:00 sıralarında Komutanlığımıza gelen ihbar ile durdurulan ... plakalı çekici ... plakalı dorse içerisinde kaçak silah bulunduğu beyan edilmiş olup ... plakalı çekici ve ... plakalı dorse 01.01.2014 günü arama yapılması için bir defaya mahsus arama izninin verilmesini arz ederim."* içeriğindeki arama talep yazısının bu kez faks yoluyla Adana Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesi üzerine (TMK mülga 10. madde ile görevli nöbetçi Cumhuriyet savcısı olan) başvurucu Aziz Takcı tarafından başlatılan 2014/2 sayılı soruşturma dosyası üzerinden verilen arama kararı, faks yoluyla Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı görevlilerine iletilmiştir. Anılan arama kararının ilgili bölümü şöyledir:

> *"Cumhuriyet Başsavcılığımız tarafından yürütülen soruşturma kapsamında;*
>
> *01.01.2014 tarihli ve … sayılı yazınız ve ekindeki ihbar tutanağı incelendi,*
>
> *İhbara konu araç içerisinde ruhsatsız silah bulunduğu yönünde yeterli şüphe olduğu değerlendirilerek, gecikmesinde de sakınca bulunması sebebiyle tarafımızdan CMK'nın [Ceza Muhakemesi Kanunu] 119/1 maddesi gereğince arama izni verilmesi değerlendirilmiştir.*
>
> *Bu kapsamda,*
>
> *1-) İhbara konu … plakalı tır ve çekici … plakalı dorse ile … plakalı … marka araç içerisinde derhal geceleyin bir defaya mahsus olmak üzere arama yapılmasına,*

2-) Aramanın 01.01.2014 günü saat 18:10 ila 24:00 arasında icrasına

3-) Araçta bulunan kişilerin açık kimlik bilgilerinin tespiti ile üzerlerinde ve eşyalarında arama yapılmasına

4-) Arama sırasında video kaydı alınmasına,

…

Karar verilmiştir."

20. Bu sırada olay yerine Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürü ve Jandarma İstihbarat personeli ile Hatay İl Jandarma Komutanlığı bomba imha ekibi gelmiştir. Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığınca tutulan 1/1/2014 tarihli tutanağa göre Jandarma personeli, olay yerinde bulunan polis memurları ve durdurulan araçlarda bulunan kişiler ile yapılan görüşmede, *"şahısların MİT mensubu olduğu, her iki aracın da MİT'e ait olduğu içerisinde bulunan tüm malzemelerin de devlet sırrı niteliği taşıdığı bilgisine"* ulaşmış; Jandarma görevlilerince araçlardaki kişilere ait MİT kimliği görülmüş ancak bu kişiler kimliklerini vermek istemediklerinden kimlik bilgileri tespit edilememiştir.

21. Başvurucu Özcan Şişman'ın aramaya nezaret edilmesi talimatı vermesi üzerine Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı, Kırıkhan Cumhuriyet Savcısı Y.A. ve zabıt kâtibi S.T.nin de tır ve otomobilin durdurulduğu yere geldikleri anlaşılmıştır.

22. Araçlarda bulunan kişiler, MİT personeli olduklarını ve araçtaki malzemelerin devlet sırrı niteliğinde olduğunu belirterek arama yapılamayacağını ifade etmişlerdir. Bunun üzerine Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı tekrar başvurucu Özcan Şişman ile telefonla görüşmüş; başvurucu, en kısa sürede olay yerine intikal edileceğini ve araç etrafında gerekli güvenlik önlemlerinin alınmasına devam edilmesini söylemiştir. Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tutulan 1/1/2014 tarihli ve 2014/1 sayılı Olay Yeri Görgü ve Tespit Tutanağı'na göre bu görüşme sırasında başvurucu ayrıca *"arama kararının kendisi gelmeden icra edilmemesi"* yönünde de talimat vermiştir.

23. Başvurucu Özcan Şişman'ın olay yerine gelmesi beklenirken Hatay Valiliği tarafından Kırıkhan Kaymakamlığı ve Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığına hitaben verilen *"Muhtelif kanallardan Valiliğime intikal eden*

bilgilere göre; MİT'e bağlı görev yapan personel ile araçların Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığınca alıkonulduğu anlaşılmaktadır. Bahsi geçen görevlilerin bağlı oldukları 2937 sayılı Kanuna göre personelin özel statüleri ve doğrudan Başbakanlık makamına bağlı olarak çalışmaları dolayısıyla, usulüne uyulmaksızın alıkonulmaları cezai sonuç doğuracağından, ilgililerin kimliklerin belirlenip serbest bırakılmalarını önemle rica ederim." içeriğindeki yazılı talimatı saat 20.30'da teslim alan Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanı, anılan talimat gereği personeline araçtaki kişilerin kimliklerinin tespit edilerek serbest bırakılmalarını söylemiştir. Bu durum, Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı tarafından başvurucu Özcan Şişman'a telefonla bildirilmiştir. Başvurucunun, bunun üzerine aracın bulunduğu yerden hareket ettirilmemesi ve araçlardaki kişilerin serbest bırakılmaması yönünde talimat verdiği anlaşılmıştır.

24. Hatay Valiliğinin yazılı emri uyarınca Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı personeli olay yerinden ayrılmıştır. Yola devam eden söz konusu tır ve otomobil, başvurucu Özcan Şişman'ın verdiği talimat üzerine Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı'nın sözlü emriyle Kırıkhan-Reyhanlı Muratpaşa mevkiinde Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü personelince tekrar durdurulmuştur.

25. Durdurma noktasında Hatay İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele (TEM) Şube Müdürlüğüne bağlı polislerin de başvurucu Özcan Şişman'ın talimatı doğrultusunda hazır oldukları anlaşılmıştır. Tır ve otomobilin durdurulduğu yere kısa bir süre sonra başvurucu Özcan Şişman gelmiştir. Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı personelinin olay yerinden ayrılmış olduğu, olay yerinde Hatay TEM Şube Müdürlüğüne bağlı polis görevlilerinin ve Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü personelinin bulunduğu, başvurucu Özcan Şişman'a olay yerinde ifade edilmiştir. Başvurucu Özcan Şişman'ın adli işlem yapılmasının kendisinin sorumluluğunda olduğunu bildirmesi ve talimatı üzerine Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığı personeli de olay yerinden ayrılmıştır.

26. Başvurucu Özcan Şişman, olay yerinde bulunan TEM Şube Müdürlüğüne bağlı polis görevlilerine tırın aranması talimatını vermiş; MİT personelinin direnç göstermesi üzerine tır aranamamıştır. Sonrasında TEM Şube Müdürlüğüne bağlı polis görevlileri üstlerinden telefonla gelen talimat üzerine olay mahallinden uzaklaşmışlardır. Bunun üzerine MİT personelinin tır ve otomobil ile olay yerinden ayrıldığı, söz konusu tırda arama yapılamadığı anlaşılmaktadır.

27. Başvurucu Özcan Şişman tarafından tutulan 2/1/2014 tarihli ve 2014/2 Soruşturma sayılı "Adli Aramanın Yapılamadığına Dair Tutanak" içeriğine göre başvurucu, olay yerinde aramanın yapılamaması üzerine Hatay ilindeki TMK mülga 10. madde kapsamında bulunan suçlardan sorumlu Cumhuriyet savcısı olması ve suçun anılan madde kapsamındaki suçlardan olan 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 315. maddesine ilişkin olması gerekçeleriyle aramaya refakat etmek üzere saat 19.00'da Adana'dan Kırıkhan'a hareket etmiş; MİT Hukuk Dairesinde yetkili olduğunu belirten bir kişi, Adana'dan çıkmadan önce saat 17.00 sıralarında başvurucuyu telefonla arayarak tırın kendilerine (Kuruma) ait olduğunu ve 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na (MİT Kanunu) göre soruşturma izni olmadan araçta arama yapılamayacağını ifade etmiştir. Anılan tutanak içeriğinde belirtildiğine göre başvurucu, kendisini arayan MİT görevlisine *"Araçta ve öncü araçta bulunan personeliniz olduğu iddia edilen kişilerin personeliniz görevlisi olduğuna dair belgenin ulaşması halinde kendilerini bırakırız, normal izin prosedürünü bu şahıslara yönelik usule göre yaparız, ancak araçta silah sevkiyatı yapıldığına dair iddia var. MİT Kanununa göre soruşturma usulü sadece suça karışan personel yönüyle uygulanır. Delil tespitine engel olmaz. Biz delil tespitine yönelik soruşturma yapıyoruz. Arama kararını uygulayacağız. MİT görevlilerinin silah taşıma gibi bir görevi olamaz. Silah taşıma devlet sırrı olamaz. Bu konuda ısrar ediyorsanız tutanak tutarım sizinle ilgili de soruşturmaya müdahale etmekten işlem yaparım."* şeklinde cevap vermiştir. Tutanakta ayrıca tırı takip eden görevlilerin tırın gitmesinden bir süre sonra Reyhanlı ilçesi yakınlarında Emniyet Trafik Ekibi tarafından trafik kazası olduğu gerekçesiyle yolun trafiğe kapatıldığı hususunu başvurucuya bildirdikleri, bu şekilde tırın takibinin de engellendiği ifade edilmiştir.

28. Öte yandan 1/1/2014 tarihinde Hatay ili Kırıkhan ilçesinde tırın durdurulması üzerine Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Hatay Valisi, Hatay Cumhuriyet Başsavcısı ile başvurucu Süleyman Bağrıyanık arasında telefon görüşmeleri gerçekleşmiştir. Başvurucunun anlatımlarına göre bu görüşmelerde Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı ve Hatay Valisi, başvurucuya durdurulan tırın MİT'in kontrolünde olduğunu, 2937 sayılı Kanun'daki özel düzenleme nedeniyle Başbakanlık izni olmadan tırda arama yapılamayacağını, yalnızca tırın MİT'in kontrolünde olduğunun ve görevlilerin de MİT mensubu olduğunun tespitiyle yetinilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Başvurucu, ayrıca Adalet Bakanı'nın telefon görüşmesi sırasında kendisine *"İçişleri Bakanı ve MİT Müsteşarı'nın*

da yanında olduğu, onların da tırın MİT'e ait olduğunu ve içerisinde silah bulunmadığını doğruladıkları" yönünde beyanda bulunduğunu söylemektedir.

29. Başvurucu Süleyman Bağrıyanık, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile arasında gerçekleşen bu telefon görüşmelerine ilişkin olarak 2/1/2014 tarihli "Telefon Görüşme Tespit Tutanağı" isimli bir belge düzenlemiş ve anılan belgeyi 13/1/2014 tarihinde *"02.01.2014 tarihli Telefon Görüşme Tespit Tutanağı, tarafınızdan yürütülmekte olan 2014/2 nolu soruşturma dosyası ilgisi nedeniyle kapalı zarf içerisinde ilişikte gönderilmiştir. Tutanakta adı geçenler hakkında tutanak içeriğine göre kanuni gereğinin takdir ve ifası rica olunur."* içeriğindeki bir üst yazıyla tırların aranmasına konu soruşturma dosyası olan 2014/2 Soruşturma numaralı dosyaya göndermiştir. Anılan soruşturmanın bu tarihte Adana Cumhuriyet Başsavcılığının TMK mülga 10. madde ile görevli bölümünde (başvurucu Aziz Takcı'nın uhdesinde) olduğu anlaşılmıştır.

30. Başvurucu Aziz Takcı 13/1/2014 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Genel Sekreterliğine, Adalet Bakanlığı Müsteşarı hakkında suç ihbarında bulunan bir yazı yazmıştır. İhbar yazısında başvurucular Süleyman Bağrıyanık ve Özcan Şişman mağdur olarak gösterilmiş; ihbar konusu suçlar ise suç delillerini gizleme, suçluyu kayırma, görevi kötüye kullanma, gizliliğin ihlali ve tehdit olarak belirtilmiştir. Başvurucu, Adalet Bakanı hakkında ise 14/1/2014 tarihinde görevi kötüye kullanma suçundan ayırma kararı vererek başka bir soruşturma (2014/54) numarasına kayıt yapmıştır.

31. Başvurucu Ahmet Karaca, 2014/54 sayılı soruşturma kapsamında 14/1/2014 tarihinde başvurucu Süleyman Bağrıyanık'ın mağdur sıfatıyla ifadesini almıştır. Başvurucu Süleyman Bağrıyanık, söz konusu tutanak içeriğinin doğru olduğunu belirterek Adalet Bakanı hakkında gereğinin yapılması talebinde bulunmuştur. Başvurucu Ahmet Karaca tarafından (Adana Cumhuriyet Başsavcılığının TMK mülga 10. madde ile görevli bölümünde tefrikan kayıt yapılan 2014/54 Soruşturma sayılı dosya üzerinden) 2014/2 Soruşturma sayılı dosyanın fotokopisi eklenerek Adalet Bakanı hakkında yargı görevi yapanı, bilirkişiyi ve tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan fezleke tanzim edilmiştir.

32. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, anılan fezlekenin düzenlenmesinde ilgili usul kurallarına uygun hareket edilmediği gerek-

çesiyle fezlekeyi 22/1/2014 tarihinde Adana Cumhuriyet Başsavcılığına iade etmiştir.

b. 19/1/2014 Tarihli Olaya İlişkin Süreç

33. 19/1/2014 günü saat 07.29'da Adana 156 Jandarma İmdat İhbar Merkezine gelen bir ihbarda *"Ankara'dan patlayıcı yüklü üç adet tırın geldiği, tırların Ankara'dan saat 02.00 - 02.30 sularında hareket ettikleri ve bir iki saat içinde Adana'ya varmak üzere oldukları"* belirtilmiştir. İhbarda bulunan kişi tarafından tırların plakalarının da bildirildiği görülmektedir.

34. Anılan ihbara ilişkin Jandarma görevlilerince "İhbar Kayıt Formu" düzenlenmiştir. Forma göre söz konusu ihbar; saat 07.35'te (Jandarma) İstihbarat Şube Müdürü'ne, saat 07.36'da Pozantı İlçe Jandarma Komutanlığı Nöbetçi Astsubayı'na, saat 07.40'ta İl Jandarma Komutanı'na, saat 07.55'te İl Jandarma Komutan Yardımcısı'na, saat 08.00'de (Jandarma) Asayiş Şube Müdür Vekili'ne telefonla bildirilmiştir.

35. İhbar Kayıt Formu tanzim edilirken ihbarda geçen *"patlayıcı"* ibaresi, Jandarma görevlilerince *"patlayıcı ve mühimmat"* olarak kayıt altına alınmıştır.

36. Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü Terör Kısım Amiri olarak görev yapan Ö.K. anılan ihbara ilişkin olarak daha önceden tanıdığı başvurucu Aziz Takcı ile telefonla görüşmüştür. Başvurucu Aziz Takcı, olayın 1/1/2014 tarihinde Hatay ili Kırıkhan ilçesinde yaşanılan MİT'e ait tırın durdurulması olayı ile bağlantılı olabileceği değerlendirmesiyle ihbara ilişkin arama talebinde bulunulması talimatını vermiştir. Bu görüşme sonucunda başvurucunun talimatıyla hazırlanan 19/1/2014 tarihli arama talep yazısı Ö.K. tarafından Adana Adliyesine getirilmiştir. Arama talep yazısının içeriği şöyledir:

> *"İLGİ: Adana İl J.K.lığı 156 İhbar hattına 19.01.2014 tarihli yapılan ihbar formu.*
>
> *1. Adana İl Jandarma Komutanlığı 156 Jandarma ihbar hattını arayan bir şahsın Ankara ilinden 19 Ocak 2014 günü saat 02:30 sıralarında ayrılan 3 adet tır … çekici … dorse, … tır, …plakalı tır'larda silah ve mühimmat ile patlayıcı madde bulunduğu ihbarında bulunmuştur.*

2. Bu araçların Hatay üzerinden yurt dışı bağlantılı El Kaide terör örgütüne, silah ve malzeme götürdükleri bu nedenle Ceyhan Sirkeli gişelerinde arama ve el koyma yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.

3. Yukarıdaki plakaları yazılı çekici, dorse ve tır'larda, tespit edilecek şüpheli şahısların üzerinde ve araçlarında arama yapılması ve ele geçirilecek suç unsuru deliller için el koyma kararının verilmesini arz ederim."

37. Olay tarihinde (TMK mülga 10. madde ile görevli Cumhuriyet savcısı olarak nöbetçi olmayan) başvurucu Aziz Takcı'nın, arama talep yazısı üzerine *"2014/2 Sor.* [Soruşturma] *Dosyamız ile irtibatlı olabilir."* şeklinde el yazısıyla not düştüğü ve 19/1/2014 tarihinde 2014/2 Soruşturma sayılı dosya üzerinden arama kararı verdiği anlaşılmıştır. Arama kararının ilgili bölümü şöyledir:

"Cumhuriyet Başsavcılığımız tarafından yürütülmekte olan bir soruşturma kapsamında;

19/01/2014 tarihli ve … sayılı yazınız ekindeki ihbar tutanağı ve talep evrakı incelendi. İhbara konu eylemin iş bu 2014/2 soruşturma sayılı dosyamız ile irtibatlı olabilecekleri görüldü.

İhbara konu araç içerisinde patlayıcı madde ve mühimmat bulunduğu, bu silahların yasadışı bir terör örgütüne gönderildiği, bu eylemin TCK'nun [Türk Ceza Kanunu] 315. maddesindeki suçu oluşturabileceği yönünde yeterli ve makul şüphe bulunduğu değerlendirilmiş, araçların seyir halinde olduğu, Hâkim kararı beklenir ise araçların uzaklaşabilecekleri ve bundan dolayı gecikmesinde sakınca bulunan hal de söz konusu olduğundan CMK'nun 117-119. maddeleri gereğince tarafımızdan izin verilmesi değerlendirilmiştir.

Bu itibarla;

1-) İhbara konu … plakalı çekici … dorse, … tır, … plakalı araçlar içerisinde, bir defaya mahsus olmak üzere arama yapılmasına,

2-) Aramanın 19/01/2014 günü gündüz saatlerince icra edilmesine,

3-) Araçta bulunan kişilerin açık kimliklerinin tespiti ile üzerlerinde ve eşyaları üzerinde arama yapılmasına,

4-) Aramanın kamera ile kayda alınmasına

…

Karar verilmiştir."

38. Başvurucu, ayrıca olaya ilişkin talimatlarını Ö.K.ye sözlü olarak bildirmiştir. Başvurucu Aziz Takcı tarafından Ö.K.ye verilen sözlü talimatlara ilişkin olarak düzenlenen ve başvurucunun da onaylamış olduğu 19/1/2014 tarihli Savcı Görüşme Tutanağı'nın içeriğine göre başvurucunun; süreç içinde arama kararı talep edilmesi, tırlarda patlayıcı madde ve mühimmat sevkiyatı yapıldığından patlama ihtimaline karşı sinyal kesici JAMMER cihazı kullanılması, patlayıcı madde imha ve olay yeri inceleme uzmanları ile bomba arama köpeğinin de aramaya katılması, olayın vahameti gözönünde bulundurulup mümkün olduğunca kuvvetli olunması ve İstihbarat, KOM [Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele], Asayiş Şube Müdürlüğü personelinin de olaya müdahil olup görevlendirilmesi, arama sırasında MİT mensubu olduklarını söyleyip kimlik ibraz etmeyen ve saldırgan tavır sergileyerek görevli personele mukavemet eden iki kişinin arama bitinceye kadar kontrol altında tutulması, tırlardan ikisinde şoförlerin yanında bulunan ve MİT mensubu olduklarını söyleyen kişilerin de arama bitene kadar bekletilmeleri, MİT mensuplarının kimliklerinin tespit edilmesinin ardından serbest bırakılmaları ancak kimlik göstermemeye devam etmeleri hâlinde gözaltı işlemlerinin yapılması ve zor kullanılması, tırların bulundukları yer itibarıyla tehlike arz etmeleri nedeniyle Seyhan Recai Engin Kışlası'na götürülmesi, kışlaya giderken sivil araçtaki MİT personelinin tırları durdurup anahtarlarını almaları üzerine konvoyun yoluna devam etmesinin sağlanması, bunun için anahtarların zor kullanılarak alınması, anahtarı alınan tırın Seyhan Kışlası'na doğru hareket ettirilmesi, diğer iki tırın hareket etmesi sağlanamazsa olay yerine çekici getirmek suretiyle tırlardaki metal kasaların başka tırlara yüklenmesi, sürekli arızalanan ve hareket ettirilemeyen tır için çekici çağırılması, çekici gelinceye kadar dorselerdeki malzemelerle ilgili tespit yapılması ve numune alınması talimatlarını verdiği anlaşılmıştır.

39. Adana İl Jandarma Komutanlığınca tırların Adana ili Ceyhan ilçesi Sirkeli otoyol gişelerinde durdurulması kararlaştırılmış ve bu amaçla görevlendirilen çok sayıda personel söz konusu yere intikal ettirilmiştir.

40. Öte yandan ihbarda belirtilen tırların takibi için görevlendirilen Jandarma personelinin tırları Pozantı ilçesinden itibaren durdurma noktasına kadar takip ettiği ve üçtır ile bu tırlara eşlik eden bir otomobilin bulunduğunu üstlerine bildirdiği anlaşılmıştır.

41. Sirkeli otoyol gişelerinde bulunan Jandarma personeli, üç tırın durdurulması ve aranması faaliyetine ilişkin olarak üstlerince gruplara ayrılmış; üç ayrı grubun her birinin plakası bilinen tırlardan birine, ihtiyat olarak hazırda tutulan personelin ise otomobile müdahalede bulunması kararlaştırılmıştır.

42. Olay günü saat 12.00 sıralarında Adana ili Ceyhan ilçesi Sirkeli otoyol gişelerinde oluşturulan arama noktasında MİT'e ait yüklerin bulunduğu üç tır ve bu tırlara eşlik eden bir otomobil durdurulmuştur. Görevli Jandarma personeli, tırlarda ve otomobilde bulunan kişileri araçlardan indirmişlerdir. HSYK Başmüfettişliğince düzenlenen arama görüntülerine ilişkin inceleme tutanaklarında, bu sırada Jandarma görevlilerinin herhangi bir kimlik sorgulaması yapmaksızın zor kullandığı ve otomobilde bulunan kişileri çekerek dışarıya çıkarttığı, bu kişilerden birinin cep telefonunun rızası dışında alındığı, yine bir kişinin yere yatırıldığı ve çok sayıdaki Jandarma personelince yere yatırılan kişinin vücuduna baskı uygulandığı, araçlardan indirilen bazı kişilere kelepçe takıldığı hususları ifade edilmiştir.

43. Araçlarda bulunan kişilerin MİT personeli olduklarını ve araçlardaki yükün de MİT'e ait olduğunu ifade etmeleri ve tırların aranmasına karşı çıkmaları üzerine Jandarma görevlilerince MİT personelinden birinin cebindeki kimliği kontrol edilmiş ve söz konusu personelin MİT mensubu olduğu tespit edilmiştir.

44. Bu durum Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü Terör Kısım Amiri olarak görev yapan Ö.K. ile Ceyhan İlçe Jandarma Komutanı tarafından başvurucu Aziz Takcı'ya telefonla bildirilmiş, başvurucu da söz konusu tırlarda arama yapılmasına yönelik talimatını yinelemiştir. Öte yandan olay yerinde bulunan kişilerce ifade edildiğine göre başvurucunun talimatıyla MİT görevlilerinin kelepçeleri çözülmüştür. Sonrasında Jandarma personelince tırların aranması faaliyetine başlanmış ve arama işlemlerine ilişkin görüntü kaydı yapılmıştır. Bu süreçte MİT görevlilerinin arama işlemine karşı koymaya devam ettikleri anlaşılmıştır.

Devamında arama işlemlerinin Adana ili Seyhan ilçesinde bulunan Recai Ergin Kışlası'nda yapılması kararlaştırılmış; söz konusu tırlar ve otomobil, Jandarma araçlarıyla birlikte kışlaya doğru hareket etmiştir. Tırlar, yol üzerinde Kürkçüler mevkiinde MİT personelince durdurulmuş ve tırların hareket etmesine karşı çıkılmıştır. MİT personelinin tırların anahtarlarını vermedikleri anlaşılmaktadır. Tırlardan birinin anahtarı Ö.K. tarafından bir MİT mensubu ile fiziki mücadeleye girişilmesi sonucu elde edilmiş ve bu tır seyrine devam etmiş ise de diğer iki tır burada bekletilmiştir. Seyrine devam eden tırın arıza nedeniyle birkaç kez durakladığı, sonunda Jandarma personelince Öğretmenler Bulvarı'nda tır üzerinde arama faaliyetinin icra edildiği ve bu faaliyetin görüntülü kayda alındığı, daha sonra bu tırın tekrar diğer iki tırın bekletilmekte olduğu Kürkçüler mevkiine geri getirildiği anlaşılmıştır.

45. Diğer yandan iki tırın bulunduğu (bekletildiği) yere gelen başvurucu Aziz Takcı, burada tırlardan birinin dorsesine çıkarak incelemelerde bulunmuş ve aramanın yapılması talimatını vermiştir. Başvurucunun talimatıyla tırlarda arama faaliyeti yeniden başlamış, ayrıca Jandarma görevlilerince bu faaliyet sırasında görüntülü kayıt yapılmıştır. Yine başvurucunun talimatıyla Jandarma personelinin tırlarda bulunan malzemeden numune aldığı ve bu malzemeler üzerinde inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun arama sırasında cep telefonuyla kayıt yaptığı da ifade edilmektedir.

46. Arama faaliyetinin devam ettiği sırada Adana İl Emniyet Müdürü ve Adana İl Jandarma Komutanı olay yerine gelmiştir. Yine olay yerine çok sayıda polis memurunun intikal ettiği anlaşılmıştır. Devamında Adana Valisi ve MİT Adana Bölge Başkanı olay yerine gelmiş; burada başvurucu Aziz Takcı ile Adana Valisi, Adana İl Emniyet Müdürü, Adana İl Jandarma Komutanı ve MİT Adana Bölge Başkanı arasında görüşmeler olmuştur. Bu görüşmeler sırasında arama işlemine devam edilmediği anlaşılmaktadır.

47. Görüşmeler sonucunda MİT personelinin sicil numaraları tespit edilerek tutanağa bağlanmış, ayrıca MİT Adana Bölge Başkanlığı tarafından Adana Valiliğine hitaben düzenlenen *"Adana İl jandarma Komutanlığına bağlı ekipler tarafından, 19.01.2014 tarihinde Adana-Gaziantep Otobanı Ceyhan gişelerinde durdurulan ve haklarında ihbar olduğundan bahisle arama yapılmak istenen üç (3) Tır, Milli İstihbarat Teşkilatına ait olup, Teşkilatın yurt*

içi Bölge üniteleri arasında malzeme nakli yapmaktadır. 2937 sayılı Kanun gereği, Teşkilatın görev ve sorumluluğundaki faaliyetler hakkında ancak Sayın Başbakan'ın izni ile işlem yapılabileceği hususu da dikkate alınarak, bahse konu Tır'lara ilişkin uygulamanın sonlandırılması ve benzer bir sorun/engelleme ile karşılaşmadan planlanan intikallerini gerçekleştirmeleri için eskort verilmesi hususunu arz ederim." içeriğindeki yazı örneğinin başvurucuya (Valilik üst yazısıyla birlikte) verilmesi kararlaştırılmıştır. Bunun üzerine tırlarda arama işlemine devam edilmemiş, söz konusu tırlar MİT Adana Bölge Başkanlığına teslim edilmiştir.

48. Başvurucu Aziz Takcı tarafından tutulan 19/1/2014 tarihli ve 2014/2 Soruşturma sayılı tutanak içeriğine göre başvurucu, Adana İl Jandarma Komutanı'nın kendisini arayarak aramanın sağlıklı bir şekilde yapılamadığını, idari üstlerinden ve MİT yetkilisi olduğunu iddia eden kişilerden baskı gördüğünü, kolluk olarak arada kaldığını ve işlem yapmakta sıkıntı yaşadığını, olay yerine bizzat kendisinin gelerek konuyu çözmesi gerektiğini bildirmesi üzerine olay yerine intikal etmiştir. Adana Valisi tarafından hem İçişleri Bakanı'nın hem de Başbakan'ın konudan bilgilerinin olduğu, bu malzemelerin MİT'e ait olduğu, derhâl salıverilmesi gerektiği yönünde başvurucuya bilgi verildiği anılan tutanakta belirtilmiştir.

c. Olaylara İlişkin Soruşturma Süreci

49. MİT Müsteşarlığının 6/2/2014 tarihli yazısı ile söz konusu her iki olayda görev alan kişilerin ve araçların *"2937 sayılı Kanun ile Müsteşarlığa verilen görev ve yetkiler uyarınca ülkenin millî menfaatleri doğrultusunda yürütülen faaliyetler kapsamında bulunduğu"* Adana Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmiştir.

50. Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 10/2/2014 tarihli ve 2014/2 Soruşturma, K.2014/27 sayılı kararı ile her iki olayda görev yapan MİT personeli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümleri şöyledir:

> *"… 4483 sayılı Yasa hükümleri acil ve kaybolması muhtemel delilleri toplamaya izin vermekte iken, sonraki ve özel kanun olan 2937 sayılı yasa md.26 hiçbir istisnaya yer vermemiştir.*
>
> *… Kanun koyucunun 2937 sayılı yasanın genel amacı ve Milli İstihbarat Teşkilatının çalışma esas ve usullerinin gizlilik taşıması dikkate alındığında*

hatta söz konusu teşkilatın faaliyetlerinin açığa çıkarılmasının diğer yasal düzenlemeler yanında 2937 sayılı yasanın 27. maddesi ile de cezai hükme bağlandığı düşünüldüğünde, yasa koyucunun böyle bir iddiada hiçbir şekilde acil deliller olsa dahi delil toplamaya izin vermediği görülecektir.

…

Öte yandan çeşitli kanunlarda çeşitli üst düzey kamu görevlilerinin görevle ilgili suçlarında soruşturulmaları, izne ve özel yargılama usulüne bağlanmıştır. Ancak herhangi bir ihbarla 'gecikmesinde sakınca bulunan hal' hususu belirtilerek soruşturma işlemi kapsamındaki usulü işlemlere (örneğin evinde ya da aracında veya makam odasında arama, elkoyma, gözaltı vs) girişilmesi durumunda uygulamada 'izin müessesesinin' hiçbir anlamı ve yasal koruması kalmayacağı gibi … lekelenmeme hakkı da ağır şekilde ihlal edilmiş olacaktır.

Ayrıca söz konusu izin şartı olan özel soruşturma usullerinde kişinin örneğin aracı, evi, makam odası ya da eşyasının delil olarak kişiden farklı ve ayrı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

…

Buradaki ihbarlarla soruşturmayla bağlantıları tümüyle ortaya çıkarılabilecek bir yapının ülkenin Milli İstihbarat Teşkilatını, tüm faaliyetlerini, çalışanlarını deşifre etmek suretiyle, Türkiye Cumhuriyetinin yabancı istihbarat servisleri karşısında çaresiz ve savunmasız bırakılması amaçlandığı değerlendirilmektedir.

…

Milli İstihbarat Teşkilatının faaliyetleri ile ilgili Yasası ve işin doğası gereği şeffaf olamayacağı sadece yasada belirtilen şekilde sorumlu olduğu makamlara denetim ve hesap verebileceğinin ve her konuda kamuoyuna tüm bilgileri açıklayamayacağı bilindiğinden, bu ihbarlarla Teşkilatın faaliyetlerinin El Kaide terör örgütü ile bağlantılandırılmaya çalışıldığı, ülkemizin teröre destek veren ülke şeklinde dünyada nitelendirilmesinin amaçlandığı, böylece dünyada ambargo ile karşılaşılabilecek bir altyapının oluşturulmaya çalışıldığı, bu ihbarların nihai amaçlarından birinin de bu olduğu, MİT'in görev faaliyetleri kapsamındaki çalışmalarının söz konusu ihbarlarla sekteye uğratılmasının amaçlandığı değerlendirilmiştir.

…

MİT'in 2937 sayılı yasanın 4. maddesinde sayılan görevleri yapmasının TCK md. 24 ve 26 uyarınca hem hakkı hem de görevi olduğu, bu kapsamda söz konusu araçlarla yapılan faaliyetlerin, dosya içeriğinde yapılan yazışmalar sonucunda MİT'in görevi kapsamında icra edilen faaliyetlere ilişkin olduğu, bu nedenle olaylarda bir hukuka aykırılık ve suç bulunmadığı, tüm bu sebeplerle 2937 sayılı kanunun 26. maddesi uyarınca soruşturma izni istenmesini gerektirir herhangi bir husus da bulunmadığı anlaşılmıştır."

2. Başvurucular Hakkındaki Disiplin Soruşturması Süreci

51. HSYK Üçüncü Dairesinin 28/1/2014 tarihli ve 2014/198-1 sayılı kararı ile Kurul Başkanı'nın 12/3/2014 tarihli "olur"u; HSYK Teftiş Kurulu Başkanlığının 16/3/2014 tarihli ve 2014/4 sayılı denetim emri ile başvurucular hakkında inceleme başlatılmıştır.

52. İnceleme sonucunda HSYK Başmüfettişiliğince 6/8/2014 tarihinde soruşturma izni verilmesi talep olunmuş, HSYK Üçüncü Dairesinin 23/12/2014 tarihli ve 2014/198-4 sayılı inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin kararına Kurul Başkanı tarafından 26/2/2015 tarihinde "olur" verilmiştir. Öte yandan bir kısım iddiaya ilişkin HSYK Genel Kurulunun 5/1/2015 tarihli ve 2015/23 sayılı Kurul Başkanı'nın itirazının kabulü ile inceleme ve soruşturma izni verilmesi kararına da Kurul Başkanı tarafından 28/3/2015 tarihinde "olur" verilmiştir.

53. Disiplin soruşturması sürecinde başvuruculardan Süleyman Bağrıyanık 18/3/2015 tarihinde, Aziz Takcı ve Özcan Şişman 24/3/2015 tarihinde, Ahmet Karaca 13/4/2015 tarihinde yazılı savunmalarını HSYK Başmüfettişliğine bildirmişlerdir.

54. HSYK Başmüfettişliğinin 25/12/2014 tarihli ve 12/25-2 sayılı ve HSYK Teftiş Kurulu Başkanlığının 29/12/2014 tarihli ve 759 sayılı bildirimleri üzerine HSYK İkinci Dairesinin 15/1/2015 tarihli ve E.2014/3 (Tedbir), K.2015/12 sayılı kararı ile *"hak*[lar]*ında kusurlu ve uygunsuz hareket ve ilişki*[ler]*i ile mesleğin şeref ve nüfuzunu, şahsi onur ve saygınlığını yitirdikleri iddiası ile soruşturma yapılan"* başvuruculaların, *"bulun*[dukları] *hal üzere göreve devamı, yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceği kanaati oluşturduğundan, mevcut delil durumu da dikkate alınarak"* üç ay süreyle tedbiren görevden uzaklaştırılmalarına karar verilmiştir. HSYK İkinci Dairesinin

9/4/2015 tarihli ve E.2014/3 (Tedbir), K.2015/248 sayılı kararı ile başvurucular hakkında verilen görevden uzaklaştırma tedbirinin iki ay süreyle uzatılmasına karar verilmiştir.

55. HSYK Başmüfettişliği tarafından 14/5/2015 tarihinde başvuruculaların da aralarında olduğu ilgililer hakkında inceleme ve soruşturma raporu düzenlenmiştir. Raporda başvurucular hakkında meslekten çıkarma cezasının uygulanması ve kovuşturma yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Anılan rapor ile başvurucular hakkında yapılan tespit ve değerlendirmelerin ilgili bölümleri şöyledir:

a. Başvurucu Süleyman Bağrıyanık Yönünden

A-1 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... [Başvurucu] olaydan bir gün sonra yazdığı belgeyi, olaydan 12 gün, yazıldıktan ise 11 gün sonra... üst yazıya bağlayarak, 01.01.2014 tarihinde Hatay İli Kırıkhan İlçesinde durdurulan ve kısa bir süre sonra MİT'e ait faaliyet kapsamında görevli olduğu kesin bir şekilde belirlenen TIR'da, 2014/2 soruşturma nolu dosya üzerinden arama yapılması kararı vererek soruşturma başlatan TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'ya, 2014/2 soruşturma sayılı dosya ile ilgisi nedeniyle gereğinin yapılması ricasıyla göndermiştir."

A-2 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"01.01.2014 tarihli olaya ilişkin olarak, ihbarın yapılmasından önce ilgili Cumhuriyet savcıları ile jandarma görevlilerinin olağan olmayan şekildeki irtibatları sonucu bilinen ve kendisine de Başsavcı Vekili Ahmet KARACA tarafında aktarılan bilgilerle, TIR'ın durdurulmasından çok önce ihbarın ne şekilde ve kim tarafından yapıldığı ile ihbarın yapılmasından ve TIR'ın durdurulmasından sonra, TIR'ın MİT'e ait, personelin MİT personeli ve faaliyetin de devlet sırrı niteliği kapsamında olduğunu bildiği, mesleki müktesebatı gereği, 'silah kaçakçılığı' iddiasından ibaret arama talep yazısına konu olayın, ... TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğinin görevli olmadığını bilebilecek durumda olması nedeniyle, TMK 10. Madde ile görevli nöbetçi Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'nın yasaya aykırı olarak başlattığı 2014/2 sayılı soruşturma kapsamında arama kararı vermesine, nöbetçi olmamasına rağmen, kendisi tarafından yapılmış olan iş bölümü ve çalışma esaslarına aykırı olarak TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Özcan

ŞİŞMAN'nın arama kararı doğrultusunda arama yapılmak için yerel Cumhuriyet Başsavcısına sözlü talimat vermesine ve bizzat arama yapmak için olay yerine gitmesine,

19.01.2014 tarihli olaya ilişkin olarak, ihbarın yapılmasından önce ilgili Cumhuriyet savcısı ile jandarma görevlilerinin olağan olmayan şekildeki irtibatları sonucu bilinen ve kendisine de Başsavcı Vekili Ahmet KARACA tarafında aktarılan bilgilerle, TIR'ların durdurulmasından çok önce ihbarın ne şekilde ve kim tarafından yapıldığı ile ihbarın yapılmasından ve TIR'ın durdurulmasından sonra, TIR'ların MİT'e ait, personelin MİT personeli ve faaliyetin de devlet sırrı niteliği kapsamında olduğunu bildiği, mesleki müktesebatı gereği, ihbar ses kaydı dökümünde 'patlayıcı madde' denilip herhangi bir terör örgütünden de bahsedilmediği halde, sonradan 'El kaide terör örgütü' ve 'silah ve mühimmat' ibareleri ilave edilen arama kararı talep yazısına konu olayı, nöbetçi olmamasına rağmen, kendisi tarafından yapılmış olan iş bölümü ve çalışma esaslarına aykırı olarak TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI tarafından, 01.01.2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da durdurulan TIR'ın MİT'e ait olduğu ve terör örgütü ile ilgili olmadığı bilinmesine karşın, '2014/2 sayılı soruşturma dosyası ile ilgisi olabilir' ibaresini ekleyerek arama kararı vermesine, ... devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç veya suç unsuru oluşturmadığının da açıkça anlaşılmasına rağmen verilen usulsüz arama kararının işlemsiz olarak geri alınması yerine, MİT'e ait faaliyet ile ilgili yasaya aykırı olarak vermiş olduğu arama ve el koyma kararının icrasını sağlayarak TIR'lar içerisindeki malzemelerinin tespitinin yaptırılmasına,

5235 sayılı ... Kanunun 20. Maddesi kapsamında belirlenen görevlerine aykırı davranan adı geçen Cumhuriyet savcılarına, aynı Yasanın 18. maddesi gereği denetim ve gözetim yetkisi kapsamındaki yetkilerini kullanarak müdahale etme yerine eylemsiz kalarak, TIR'larda usul ve yasaya aykırı olarak arama yapılmasına, yaptırılmasına, yapılmasına teşebbüs edilmesine, görüntü ve numune aldırılmak suretiyle bu görüntü ve bilgilerin basın yayın organlarında yer almasına sebep olmuş, ... Devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olan ve ... MİT tarafından yasal olarak gerçekleştirilen, özünde devlet sırrı niteliğinde olan faaliyeti, ifşa etme kastı ile hareket eden planlı ve organize yapının parçası olmak suretiyle, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güvenin giderilmesine neden olduğu tespit olunmuş[tur]."

b. Başvurucu Ahmet Karaca Yönünden

B-1 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"01.01.2014 tarihli olaya ilişkin olarak, ihbarın yapılmasından önce TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcıları Azizi TAKCI ve Özcan ŞİŞMAN ile jandarma görevlilerinin olağan olmayan şekildeki irtibatları sonucu bilinen ve kendisine de adı geçen Cumhuriyet savcıları tarafında aktarılan bilgilerle, TIR'ın durdurulmasından çok önce ihbarın ne şekilde ve kim tarafından yapıldığı ile ihbarın yapılmasından ve TIR'ın durdurulmasından sonra, TIR'ın MİT'e ait, personelin MİT personeli ve faaliyetin de devlet sırrı niteliği kapsamında olduğunu bildiği, mesleki müktesebatı gereği, 'silah kaçakçılığı' iddiasından ibaret arama talep yazısına konu olayın, ... TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğinin görevli olmadığını bilebilecek durumda olması nedeniyle, TMK 10. madde ile görevli nöbetçi Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'nın yasaya aykırı olarak başlattığı 2014/2 sayılı soruşturma kapsamında arama kararı vermesine, nöbetçi olmamasına rağmen, kendisi tarafından yapılmış olan iş bölümü ve çalışma esaslarına aykırı olarak TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Özcan ŞİŞMAN'ın arama yapması için yerel Cumhuriyet Başsavcısına sözlü talimat vermesine ve bilahare olay yerine gitmesine,

19.01.2014 tarihli olaya ilişkin olarak, ihbarın yapılmasından önce TMK 10. madde ile görevli nöbetçi Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI ile jandarma görevlilerinin olağan olmayan şekildeki irtibatları sonucu bilinen ve kendisine de aktarılan bilgilerle, TIR'ların durdurulmasından çok önce ihbarın ne şekilde ve kim tarafından yapıldığı ile, ihbarın yapılmasından ve TIR'ların durdurulmasından sonra, TIR'ların MİT'e ait, personelin MİT personeli ve faaliyetin de devlet sırrı niteliği kapsamında olduğunu bildiği, mesleki müktesebatı gereği, ihbar ses kaydı dökümünde 'patlayıcı madde' denilip herhangi bir terör örgütünden de bahsedilmediği halde, sonradan 'El kaide terör örgütü' ve 'silah ve mühimmat' ibareleri ilave edilen arama kararı talep yazısına konu olayı, nöbetçi olmamasına rağmen, Cumhuriyet Başsavcısı Süleyman BAĞRIYANIK tarafından yapılmış olan iş bölümü ve çalışma esaslarına aykırı olarak TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI tarafından, 01.01.2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da durdurulan TIR'ın MİT'e ait olduğu ve terör örgütü ile ilgili olmadığının önceden ortaya çıkmasına, '2014/2 sayılı soruşturma dosyası ile ilgisi olabilir' ibaresini ekleyerek arama kararı vermesine, ... Devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç veya suç unsuru oluştur-

madığının da açıkça anlaşılmasına rağmen verilen usulsüz arama kararının işlemsiz olarak geri alınmasını sağlaması yerine, MİT'e ait faaliyet ile ilgili usulsüz olarak verilmiş olan arama ve el koyma kararının icrasını sağlayarak TIR'lar içerisindeki malzemelerinin tespitinin yaptırılmasına,

5235 sayılı ... Kanunun 20. maddesi kapsamında belirlenen görevlerine aykırı davranan adı geçen Cumhuriyet savcılarına, aynı Yasanın 19. maddesi gereği denetim ve gözetim yetkisi kapsamındaki yetkilerini kullanarak müdahale etme yerine eylemsiz kalarak, TIR'larda usul ve yasaya aykırı olarak arama yapılmasına, yaptırılmasına, yapılmasına teşebbüs edilmesine, görüntü ve numune aldırılmak suretiyle bu görüntü ve bilgilerin basın yayın organlarında yer almasına sebep olmuş ... Devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olan ve ... MİT tarafından yasal olarak gerçekleştirilen, özünde devlet sırrı niteliğinde olan ve bu nedenle suç olmayan veya suç unsuru taşımayan faaliyeti, ifşa etme kastı ile hareket eden planlı ve organize yapının parçası olmak suretiyle, mesleğin şeref ve onurunu bozan veya mesleğe olan genel saygı ve güvenin giderilmesine neden olduğu tespit olunmuş[tur]."

B-2 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... Cumhuriyet Başsavcısı Süleyman BAĞRIYANIK'ın, ... Adalet Bakanı ile yaptığı telefon görüşmesi hakkındaki … Telefon Görüşmesi Tespit Tutanağı başlıklı, şahsi şikâyet dilekçesi niteliğinde olduğu kabul edilen yazıyı, Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'ya gönderdiği, Aziz TAKCI'nın da bahse konu yazıyı, 'kanuni gereğinin takdir ve ifası ricası' zımnında, 01.01.2014 tarihinde Hatay İli Kırıkhan İlçesinde durdurulan ve kısa bir süre sonra MİT'e ait faaliyet kapsamında kullanıldığı kesin bir şekilde belirlenen TIR ile ilgili olarak başlattığı 2014/2 sayılı soruşturma kapsamına dâhil ederek ayırma kararı verip 2014/2 sayılı soruşturma dosyasının fotokopisini de ekleyerek TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğine ait soruşturma defterinin 2014/54 sayılı sırasına kaydettiği ve … ilgiliye [başvurucuya] gönderdiği tespit olunmuştur.

İlgilinin ... dokunulmazlığın kaldırılmasına dair bir karar olmamasına rağmen yargı görevini yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçundan ... Adalet Bakanı [hakkında] ... Anayasanın 83. ve 100., 6087 sayılı Yasanın 38., 39. ve 2937 sayılı Yasanın 26. maddelerine açıkça aykırı olarak, terör örgütüne silah sağlama suçundan 5237 sayılı TCK'nın 315. madde kap-

samında yürütülen soruşturmada, nüfus ve adli sicil kaydını da alarak ... terör örgütü üyesi olduğu algısını oluşturacak şekilde şüpheli, Cumhuriyet Başsavcısı Süleyman BAĞRIYANIK'ın da davacı-mağdur olarak yer aldığı fezlekeyi düzenlediği belirlenmiştir."

c. Başvurucu Aziz Takcı Yönünden

C-1 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığınca tutulan ihbar tutanağı ve sonrasında aynı Komutanlıkça Adana Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen arama talep yazısında, ihbara konu olan TIR'larda taşınan malzeme 'silah' ve 'kaçak silah' olarak belirtilmiş, terör örgütüne ait ya da götürüldüğüne dair herhangi bir ibareye de rastlanılmamıştır. Arama kararı talep yazısı kendisine gelen ilgili [başvurucu], mesleği gereği olayın niteliği ve gelişimi ile gecikmesinde sakınca olan bir halin olup olmadığı hususunda arama kararı talep eden birimle irtibata geçmeksizin 29 dakika gibi çok kısa bir süre içerisinde, sanki önceden olayın bütün safahatından haberdar olduğu izlemini verecek şekilde, adi suça konu olan ve terörle ilgili az da olsa bir emare içermeyen talebe konu olan eylem nedeniyle görevli olmadığı halde kayden başlattığı soruşturmada, kendisi de terörle ilgili bir kavram kullanmaksızın … arama kararı verdiği belirlenmiştir.

...

... [Başvurucunun] *şüpheli ya da şüphelilere isnat olunan eylemin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi ile görevli Cumhuriyet Savcılığının görevine girmediğini mesleki kıdemi gereği açıkça bilmesine karşın, evrakın işlemsiz olarak suç yeri Cumhuriyet savcılığına iadesi yerine, olayla ilgili bilgi alınması zımnında ihbar eden kolluk birimiyle de herhangi bir temasa geçmeksizin Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/2 sayısına kayden başlattığı soruşturmada, Kırıkhan Jandarma Komutanlığınca tanzim edilen arama kararı talep yazısını yerinde görerek aynı tarihli verdiği arama kararını kolluğa gönderdiği hususunun sabit olduğu kanaatine varılmıştır."*

C-2 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... 01.01.2014 tarihinde, [yapılan] … ihbar sonrası ilgili Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'nın … ilgililerden ... Cumhuriyet Savcısı Özcan ŞİŞMAN, … Üsteğmen G.B. … ve … Üsteğmen O.Ş. ile yılbaşı tatili olan 01.01.2014

gününün ilk saatlerinden başlayarak MİT'e ait TIR'ın durdurulmasının hemen öncesi ve sonrası ile olayın hitam bulduğu ana kadar yapılan birden çok telefon görüşmesine ilgilinin de iştiraki ile Devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerden olan ve 2937 sayılı Yasa kapsamında MİT tarafından gerçekleştirilen, özünde devlet sırrı niteliğinde yasal olan bu faaliyeti ifşa etme kastı ile hareket eden planlı ve organize yapının başından beri içerisinde olduğu tespit olunmuş[tur]."

C-3 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'nın, 01.01.2014 tarihinde, Hatay Kırıkhan'da durdurulan araçların MİT'e ait ve içerisindeki görevlilerin de MİT personeli olduğunun saat 16:48 itibarıyla tüm kolluk birimlerine duyurulması, MİT'de Hukuk Müşaviri olarak görev yapan Ü.U.C.nin Cumhuriyet Savcısı Özcan ŞİŞMAN'ı saat 18:03'de arayarak bahsi geçen araçların MİT'e ait, görevli personelin de MİT personeli olduğunu kendisine söylemesi ve araçların durdurulması sırasında MİT görevlisi olduğunu söyleyen şahısların, kolluk görevlileri tarafından önceden tanındığının Cumhuriyet Savcısı Özcan ŞİŞMAN ve kollukça adı geçene telefonla bildirilmesi göz önüne alındığında, olay günü durdurulan TIR ve otomobilin MİT'e ait olduğunu her türlü şüpheden uzak kesin bir şekilde bilmesine, MİT teşkilatının görevi kapsamında nakledilen ve devlet sırrı niteliğindeki MİT'e ait olduğu tespit edilen ve MİT'in kendi iç birimleri arasında nakli gerçekleştirilen malzemenin herhangi bir suça da konu olmadığının açıkça anlaşılmasına karşın, usulsüz verilen arama kararının derhal geri alınması ve ilgililerle irtibata geçilerek gerçekleştirilmek istenen arama faaliyetinin önündeki engellerin kaldırılması adına bir uğraşı göstermesi yerine, olayın arka planında kalarak devlet sırrının ortaya çıkarılmasına yönelik yapılan yasa dışı uygulamaya zımnen destek verdiği hususu sübut bulmuştur."

C-4 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"Ankara İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünün uyuşturucu madde ticareti ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamındaki önleme dinlemesi adı altında toplam 29 kişiye ait 42 telefon numarasının Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinin (TMK 10 madde ile Yetkili) ... teknik takip numaralı kararlarıyla iletişimin ve sinyal bilgilerinin tespiti (telefonların dinlenmesi) kararları alındığı, söz konusu kararlarda geçen dinlemelerin Jandarma Yüzbaşı H.G., Jandarma Kıdemli Çavuş G.M., Jandarma

Kıdemli Çavuş M.Ö., Uzman Çavuş C.K., Uzman Çavuş A.Y. ve Uzman Çavuş H.Ü. tarafından gerçekleştirildiği, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığının ... yazısı ile söz konusu dinleme kararlarında yer alan ... sayılı karardaki iki kişinin, ... sayılı karardaki bir kişinin, ... sayılı karardaki üç kişinin MİT Personeli olduğu, bir kişinin de MİT Personeli eşi adına kayıtlı telefon olduğu ve bu kişilerin tamamının soruşturmaya konu faaliyeti yürüten (yani Adana'da durdurulan TIR'larla ilgili söz konusu faaliyeti yürüten) personel olduğunun ve bu telefonların da bu faaliyetlerde kullanıldığının bildirildiği görülmüştür.

... Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinin sözü edilen kararları uyarınca 19.01.2014 günü MİT'in bu faaliyetinde görev alan 7 kişinin kullandıkları cep telefonlarının diğer şüpheli telefon numaraları arasına serpiştirmek suretiyle dinlendiği 07.01.2014 tarihinden itibaren faaliyetin detayı hakkında önceden bilgi sahibi olunduğu, bu bilgiler ışığında MİT personelinin, Ankara İl Jandarma İstihbarat Şubede görev yapan H.G., G.M., A.Y. ve C.K. tarafından görev bölümlerine göre takibe alındığı, olayın bir gün öncesi gecesi yani 18.01.2014 günü saat 22.00 sıralarında G.M.nin C.K. ve A.Y.yi evinden aldığı, A.Y.yi Ankara İl jandarma Komutanlığında söz konusu faaliyette yer alan MİT personelinin telefonlarının takip edip bilgi vermesi için ekranın başında bıraktığı, MİT'e ait TIR'ların Ankara Esenboğa Havaalanından ayrılmasını müteakip A.Y.nin Gölbaşı güzergâhında bekleyen G.M. ve C.K.ya bilgi verdiği, bu bilgi akışı sonucunda söz konusu TIR'ların Gölbaşı'na gelmesini müteakip plakalarını aldıkları, ardından G.M.nin H.G.yi arayarak durumdan haberdar ettiği ve alayda buluşmak üzere sözleştikleri, G.M.nin Alay Komutanlığına geldikten sonra TIR'ların hareketlerini takip ettiği, ardından H.G. ile buluşup birlikte Ankara Demetevler semtine gittikleri, orada H.G.nin yüzünü şapka ile gizleyerek bir büfeden telefon kartı alarak G.M.ye verdiği, telefon kartı aldıkları büfenin yanında ankesörlü telefon olduğu halde Etlik semtine giderek orada MOBESE kameralarının görüş alanı dışında ara sokakta bulunan bir ankesörlü telefonla ancak bir jandarma personelinin bilebileceği Adana İl Jandarma Alay Komutanlığının sabit numarasını aramak suretiyle G.M.nin ihbarda bulunduğu, ihbar esnasında H.G.nin arabada beklediği, zira daha öncesinde Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde görevli askerler tarafından tüm aşamalardan zaten haberdar olunduğu ve Ankara'daki yukarıda ismi geçen asker şahıslarla da irtibatlı oldukları tespit edilmiştir.

Bunun yanı sıra ihbardan önce El-Kaide terör örgütüne ait patlayıcı madde ve silah taşıdığı iddia edilen TIR'larla ilgili olarak adı geçen kişilerin, An-

kara'dan konuya ilişkin tedbir alınması amacıyla gerek Cumhuriyet başsavcılığına, gerek Ankara İl Jandarma Kolluk birimine, gerekse Ankara Valiliği ile Emniyet Müdürlüğü gibi idari ve kolluk birimlerine bilgilendirme yapmadıkları, ihbardan çok kısa bir süre önce Üsteğmen Ö.K. ile saat 05:57 ve 06:04'de telefon görüşmesi tespit edilen Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI ile irtibatı tespit edilen Ankara ve Adana'da görevli adı geçen askeri personel tarafından, önceden planlanmış bir organizasyonun parçası olarak, ihbar saati olan 07:29'dan TIR'ların durdurulduğu saat 12:00'ye kadar ilgili TIR'ların güzergâhında olan Aksaray Jandarma ve Emniyeti, Adana Emniyeti veya Mersin, Niğde, Kayseri, Nevşehir, Konya gibi TIR'ın güzergâh değiştirmesi halinde gidebileceği illerdeki kolluk birimlerine (Emniyet-Jandarma), hatta içerisinden geçtikleri bu illere bağlı ilçe kolluk birimlerine herhangi bir bilgi verilmeden ve normal önleyici tedbir kurallarının dışına çıkılarak ihbarın direk Adana İl Jandarma Komutanlığına yapılmış olması, TIR'ların MİT'e ait ve özünde devlet sırrı niteliğindeki bu faaliyetin ise yine MİT faaliyeti olduğunun baştan beri kesin olarak bilinmesine rağmen görünüşte bir ihbar yapıldığı izlenimi verilerek MİT faaliyetinin ifşa edilmesi amaçlanmıştır.

Ayrıca, 19.01.2014 günü, Adana Ceyhan Sirkeli Otoyol Gişelerinde saat 12:00 civarında MİT'e ait 3 adet TIR ve ona eşlik eden otomobilin durdurulması olayına ilişkin tanık olarak dinlenen S.Ö., B.K., Ö.K., H.K., H.Ö., İ.Ö.A., Ö.K., K.D., E.G., E.O., E.Ç., M.S., M.Ş.A., N.U., S.D.nin alınan beyanlarında; durdurulan TIR'ların MİT'e ait, personelinde MİT personeli olduğunun TIR'ların durdurulmasından 10-15 dakika içerisinde anlaşıldığı, MİT personelinin TIR'lardan ve … marka araçtan indirilip kollarına kelepçe takılması sırasında 'Biz MİT görevlisiyiz' diye bağırmaları üzerine jandarma görevlilerinin MİT görevlilerinin ceplerinden kimliklerini çıkarıp baktıklarında ilgililerin MİT mensubu olduklarını öğrenmeleri üzerine hemen Ceyhan İlçe Jandarma Komutanı E.Y. ve İstihbarat Üsteğmen Ö.K.nın Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'yı arayarak bilgi verdikleri, Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'nın da MİT mensuplarının kollarına takılan kelepçelerin çıkarılması talimatını vermesi göz önüne alındığında; TIR'ların MİT'e ait, personelin MİT personeli, söz konusu faaliyetin ise MİT faaliyeti olduğunun olay yerinde soruşturma yapan kişilerce de bilindiği anlaşılmıştır.

Öyle ki ... gerek TIR'ların hareket ettiği Ankara'da, gerekse TIR'ların geçtikleri veya geçebilecekleri yerlerdeki kolluk ve idari birimlere haber verilmeden H.G.nin tatil olan Pazar günü sabah saat 03.57'de Ö.K. ile görüşerek TIR'ların gelişini haber verdiği, Ö.K.nın da durumdan beraber görev yap-

tığı H.Ö.yü haberdar ettiği, ardından sabah saat 05.57'de olay günü [TMK mülga 10. maddesiyle görevli] nöbetçi [Cumhuriyet Savcısı] olan A.R. yerine Aziz TAKCI'ya bilgi verdiği, hemen arkasından 06.01'de H.G. ile görüştüğü, 06.04'te tekrar Aziz TAKCI ile görüşerek yanında H.Ö. olduğu halde Aziz TAKCI'nın evine sabah saatlerinde henüz güneş doğmadan görüşmek amacıyla gittiği, H.Ö.nün arabada beklediği, doğrudan herhangi bir adli görev ve sorumluluğu olmamasına rağmen Ö.K.nın Aziz TAKCI'nın evine çıkarak hayatın olağan akışına aykırı olacak şekilde pazar günü çok erken bir saatinde, aslında bundan sonra yapılmasını düşündükleri eylemin alt yapısını oluşturulması zımnında görüştükleri, bu görüşme neticesinde, ardından ihbardan önce 6 kez H.G. ile ihbarın ne şekilde ve nasıl yapılacağını görüştüğü, ihbarın yapılmasından yaklaşık 18 dakika sonra saat 07.47'de tekrar görüştükleri, bu arada Aziz TAKCI'nın da ihbarın ardından 08.14'te Adana TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekili Ahmet KARACA'yı arayarak bilgi verdiği, Aziz TAKCI olay günü nöbetçi olmadığı halde kendisine getirilen arama kararı üzerine, 01.01.2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da durdurulan TIR'ın daha önce MİT'e ait olduğunun tespit edilerek bırakılması ve terör örgütü ile ilgili olmadığının da bilinmesine, ayrıca, yukarıda açıklandığı şekilde Ankara'dan yapılan istihbari bilgi sonucu TIR'ların MİT'e ait olduğunun kesin olarak önceden öğrenilmesine karşın, '2014/2 sayılı soruşturma dosyası ile ilgisi olabilir' ibaresi düşerek gecikmesinde sakınca bulunan halin de ne olduğunu tam olarak açıklamadan, yapılan ihbar ses kaydı dökümünde 'patlayıcı madde' denilip herhangi bir terör örgütünden de bahsedilmediği halde, sonradan 'El kaide terör örgütü' ve 'silah ve mühimmat' ibareleri ilave edilen arama kararı talep yazısını kabul edip arama kararı verdiği, bu karardan sonra TIR'ların durdurulmasından sonra Ö.K. ve Ahmet KARACA ile de birçok kez telefonla konuşarak durum hakkında değerlendirmelerde bulundukları tespit olunmuştur.

...

19.01.2014 tarihinde TIR'ların Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI tarafından verilen yasal olmayan arama kararına istinaden saat 12:00 sularında durdurulduğu, şahısların verilen talimat doğrultusunda iletişim araçlarına derhal el konulduğu ve aşırı güç kullanılarak kelepçelendiği, hemen sonrasında durdurulan araçların MİT'e ait, şahısların da MİT personeli oldukları hususlarının ilgiliye, gerek araçların durdurulmasında görev alan Jandarma personeli, gerekse olay yerine gelen Adana Valisi, İl Emniyet Müdürü ile MİT Bölge başkanı tarafından söylenmesine, hatta Adana Valiliğinin personelin

MİT personeli, TIR'ların da MİT' ait olduğuna ilişkin yazısı ve ... devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç veya suç unsuru oluşturmadığının da açıkça anlaşılmasına rağmen verilen usulsüz arama kararının işlemsiz olarak geri alınması yerine, MİT'e ait faaliyet ile ilgili usulsüz olarak vermiş olduğu arama ve el koyma kararının icrasını sağlayarak TIR'lar içerisindeki malzemelerinin tespitini yaptırdığı, bu işlemler sırasında, TMK 10. madde ile yetkili Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı dönem içerisinde yürüttüğü diğer soruşturmaların tümünde arama ve tespit işlemlerine bizzat katılmadığı halde, önceki uygulamalarının aksine olay yerine bizzat giderek MİT'e ait TIR'ların üzerine çıktığı, kasaları açtırdığı ve elindeki cep telefonu ile TIR'larda bulunan malzemenin fotoğrafını çekip Jandarma personeline de kamera çekimi yaptırdığı, arama işlemleri devam ederken numune aldırarak ... TIR'ın kasasına bırakılan eşyanın incelenmesini ve fiziki inceleme raporu tanzim edilmesini istediği, ayrıca kendisine, numune alınarak Ankara Jandarma Kriminal Daire Başkanlığına gönderilmesi talimatları vererek bilirkişi raporları aldırıp dosya kapsamına eklemek suretiyle bilerek ve isteyerek görevi dışında, MİT'e ait olduğunu bildiği TIR'larda arama kararı vermek, yapmak ya da yaptırmak ve ilgili TIR'ları alıkoymak suretiyle planlanmış bir organizasyonun parçası ve örgütlü olarak Devletin gizli sırlarını ifşa etme kastı ile hareket ettiği sonucuna ulaşılmıştır."

C-5 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... [Başvurucunun, Süleyman Bağrıyanık tarafından] *... Telefon Görüşme Tespit Tutanağı ile kayıt altına* [alınan] *telefon görüşmelerine ilişkin yazının kendisine gelmesini müteakip, herhangi bir adli soruşturma işlemine geçmeden ya da yürüyen bir soruşturma kapsamına katmadan gereğinin ifası zımnında ... işlem yapmak üzere Başsavcı Vekili Ahmet KARACA'ya göndermesi yerine, Cumhuriyet savcısı olarak görev yaptığı sürelere göre olması gereken meslekî müktesebatıyla da bağdaşmayacak şekilde, ... Adalet Bakanı, ... Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile MİT mensuplarının, görev ve sıfatları gereği, ... Anayasanın 83. ve 100., 6087 sayılı Yasanın 38., 39. ve 2937 sayılı Yasanın 26. maddelerine açıkça aykırı olarak başlattığı 5237 sayılı TCK'nın 315. maddesi kapsamında terör örgütüne silah sağlama suçu kapsamındaki bir soruşturmaya dâhil ederek adı geçenlerin terör örgütünün üyesi oldukları algısının oluşmasına sebebiyet ver*[diği anlaşılmıştır]*."*

d. Başvurucu Özcan Şişman Yönünden

D-1 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... olayın, … 01.01.2014 günü saat 15:29:56'da, Hatay İl Jandarma Komutanlığı 156 Harekât Merkezine, hakkında ... 'Devletin Gizli Kalması Gereken Bilgilerini Siyasal veya Askeri Casusluk Amacıyla Temin Etme, Devletin Güvenliğine İlişkin Gizli Kalması Gereken Bilgileri Casusluk Maksadıyla Açıklama' suçlarından Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılan, Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma Astsubay Çavuş olarak görevli sanık H.A.nın herhangi bir terör örgütü ismini zikretmeden 'Reyhanlı'dan çıkıp İslâhiye üzerinden Kilis'e terör örgütüne silah gideceği' şeklindeki ihbarı ile başladığı, ihbarı alan [Jandarma personelinin], Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı ile Hatay İl Emniyet Müdürlüğüne iletmeleri üzerine TIR'ın, Hatay Bölge Trafik Şube Müdürlüğünde görevli Trafik Polisi tanık A.B. tarafından saat 16:00 sularında durdurulduğu, araçtan inen şahsa ihbar olduğunun söylenmesi üzerine şahsın MİT personeli olduğunu söylediği ve istek üzerine Trafik Polisi … A.B.ye kimliğini gösterdiği, A.B.nin bu durumu, Hatay Bölge Trafik Şube Müdürlüğüne ve bağlı olduğu Hatay Bölge Trafik Şube Müdürlüğünde görevli görevli Başkomiser M.A.ya bildirdiği, ayrıca Hatay İl Emniyet Müdürlüğü 155 Haber Merkezine iletildiği, böylece söz konusu ihbar üzerine durdurulan araçların, henüz herhangi bir soruşturma işlemi yapılması ihtiyacı ortaya çıkmadan MİT'e ait, şahısların da MİT personeli olduğu hususunun, şahsın Trafik Polisi … A.B.ye kimliğini göstermesi sonucu her türlü şüpheden uzak ve kesin bir şekilde belirlendiği, akabinde Trafik Polisi … A.B.yi arayan Hatay Bölge Trafik Şube Müdürlüğü görevlilerince araçların MİT'e ait, şahısların da MİT personeli olduğundan derhal serbest bırakması gerektiğinin söylendiği, bu esnada olay yerine Kırıkhan İlçe Jandarma Bölük Komutanlığında Astsb. Kıd. Başçvş. olarak görev yapan C.Ç.nin geldiği, Trafik Polisi … A.B.nin, C.Ç.ye araçların MİT'e ait, şahısların da MİT personeli olduğunu söylediği, C.Ç.nin bu durumu, Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanı Binbaşı K.A.ya telefonla saat 16:48'de bildirdiği, kısa bir süre sonra K.A.nın da olay yerine gelerek C.Ç.ye nöbetçi Cumhuriyet savcısını arayarak olayı bildirmesi ve arama talep edilmesi emrini verdiği, Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığında görevli Jandarma Üstçavuş İ.D.nin Kırıkhan nöbetçi Cumhuriyet Savcısı olan Y.A.yı telefonla aradığı, durdurulan araçların MİT'e ait, personelin de MİT mensubu olduğunu söylediği, Cumhuriyet Savcısı Y.A.nın, ilk anda herhangi bir talimat vermediği ve Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.yi arayarak olayı anlattığı, şahısların gözaltına

alınması ve arama kararı talep etmesini söylemesi üzerine Jandarma Üstçavuş İ.D.yi arayarak şahısların gözaltına alınması ve arama kararı talep yazısı hazırlanması şeklindeki talimatı üzerine, Jandarma Üstçavuş İ.D.nin karakola giderek Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben düzenlediği arama talep yazısı ile olay yerine geldiği ve Binbaşı K.A.ya imzalattırdığı, bu arada Binbaşı K.A. ile Cumhuriyet Savcısı Y.A.nın telefonla görüşmeleri sonucunda, şahısların MİT mensubu olmaları nedeniyle gözaltına alınamayacaklarına karar vermeleri üzerine Cumhuriyet Savcısı Y.A.nın tekrar Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.yi arayıp bilgi verdiği, bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.nin ilgiliyi [başvurucuyu] arayıp olayla ilgili bilgi verdiği, ilgilinin, olayın TMK 10. Maddesi kapsamında olduğundan görev ve yetkinin kendilerinde olduğunu söyleyerek Jandarma personelinin Adana TMK 10. Maddesi ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğine hitaben arama talebinin gönderilmesi talimatı vermesi üzerine Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığınca Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben yazılmış olan arama kararı talep yazısındaki 'Kırıkhan' ibaresinin üzerini çizilerek 'Adana' yazılıp fakslandığı, faks üzerine Adana TMK 10. maddesi ile görevli nöbetçi Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI tarafından, talep doğrultusunda arama kararı verilerek saat 18:39'da Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığına fakslandığı, olay yerine Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürü Binbaşı M.F. ile Jandarma Üsteğmenler G.B. ve H.Y. nin de geldikleri, … arama kararının gönderilmesinden sonra ilgilinin, tekrar Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.yi arayarak arama işlemine iştirak etmesi talimatı vermesi üzerine Cumhuriyet Başsavcısı Y.K. ile nöbetçi Cumhuriyet Savcısı Y.A.nın olay yerine gelerek MİT personeline arama kararı olduğu ve TIR'da arama yapılması gerektiğini ilettikleri, MİT görevlilerinin MİT Kanununun 26. maddesini gösterip arama işlemi hakkında Başbakanlıktan izin alınması gerektiğinden yasal engel olduğunu söyledikleri, bu andan itibaren Binbaşı K.A., Cumhuriyet Savcısı Y.A. ve Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.nin ilgili ile sürekli telefon görüşmesi yaptıkları, hatta Binbaşı K.A.nın, Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde görevli Jandarma Üsteğmen G.B.ye ait telefonla ilgiliyle yapmış olduğu telefon görüşmesinde ilgilinin 'Bu bir adli görevdir. Hiç kimsenin etkisinde kalmayın', aynı telefonla son görüşmesinde ise 'Seni Bakan dâhil kim ararsa arasın, cevap verme. Telefonunu kapat. Arayıp aksi yönde bir şey söyleyen olursa haklarında işlem yapacağımı kendilerine söyle', Y.A.nın MİT Kanununun 26. maddesini hatırlatmasına rağmen 'Kamera eşliğinde arama yapın' şeklinde talimatlar vererek arama yapılması hususunda ısrarcı olduğu, ancak MİT personelinin kararlı tavrı sonucu aramanın yapılamaması üzerine Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.nin ilgiliyi arayarak

durumdan haberdar ettiği ve ilgiliye olay yerine gelmesi gerektiğini söylediği, ilgilinin de 'Siz güvenlik tedbirlerini alın' talimatını vererek olay yerine geleceğini söylediği, ilgilinin olay yerine gelmesinin beklendiği sırada Hatay Valiliğinin 01/01/014 tarih ve ... sayılı alıkonulan personel ile aracın MİT'e ait olduğu, 2937 sayılı Kanuna göre personelin özel statüleri ve doğrudan Başbakanlık Makamına bağlı olarak çalıştıkları şeklindeki yazısının Kırkhan Kaymakamlığı Yazı İşleri Müdürü tarafından getirildiği ve Binbaşı K.A.ya tebliğ edildiği, Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürü Binbaşı M.F. ile Jandarma Üsteğmenler G.B. ve H.Y.nin olay yerinde kaldıkları, bir süre Kırıkhan istikametinde gittikten sonra Reyhanlı istikametine döndükleri, Jandarma Üsteğmen G.B.nin olay yeri inceleme ekibine ait araç ile takibe başladığı ve TIR'ı durdurduğu, bu sırada Hatay İl Emniyet Müdürlüğü TEM Şube Müdürlüğü ekiplerinin de ilgilinin talimatıyla TIR'ın ikinci kez durdurulduğu yere geldikleri ve Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü görevlileri ile birlikte ilgilinin olay yerine gelmesini beklemeye başladıkları, kısa bir süre sonra ilgilinin olay yerine geldiği, aracından iner inmez Hatay İl Emniyet Müdürlüğü TEM Şube Müdürlüğü ekiplerine 'Bu şahıslar gözaltına alınsın. Direnmeleri halinde kelepçe takın, telefonlarını toplayın.' şeklinde emirler verip levye isteyerek TIR'ın arkasına geçtiği, asma kilit bulunması nedeniyle Cumhuriyet Başsavıcısı Y.K.den çilingir bulunmasını istediği, Reyhanlı'ya daha yakın olunduğunun söylenmesi üzerine Y.K.ye ait cep telefonu ile Reyhanlı Başsavcısı ile görüşerek çilingir istediği, MİT personelinin direnerek 'Şu an bu TIR'a Başbakanın emri haricinde kimse müdahale edemez. Biz bu tırı size aratamayız. Çünkü bu bizim yetkimizde değil. Bölge başkanımızla görüştük 5 dakika sonra geliyor. O geldikten sonra yine bizim yetkimiz yok onunla ararsınız' demeleri üzerine 'Hayır kardeşim burada yetkili benim MİT bölge başkanını aramanızı istemiyorum. Kimseyi aramayın kardeşim, ben bekleyemem', 'Nerede bu kolluk, Terör Müdür, Jandarma' diyerek aramayı gerçekleştirmekte ısrar ettiği, Hatay İl Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesi görevlilerinin İl Emniyet Müdürünün telefonla verdiği talimat üzerine olay yerinden ayrılmaları sonucunda ilgilinin aramayı gerçekleştiremediği ve adli görevleri olmayan Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğü görevlilerince aramanın yapılamadığına dair tutanak tutarak olay yerinden ayrılmasından ibaret olduğu anlaşılmıştır.

...

... yasaya aykırı olarak MİT'e ait TIR'ın durdurulması ve arama yapılması eyleminin, ilgilinin de içerisinde bulunduğu organize bir ekip tarafından,

öncesi ve sonrasına ilişkin bütün aşamaları planlı bir şekilde kurgulanarak gerçekleştirildiği kanaatine varılmıştır."

D-2 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... ilgilinin [başvurucunun], Başbakanlık Makamından soruşturma izni alınmadan, usulsüz olarak başlatılmış olan soruşturmada, ancak kanuna uygun olarak başlatılmış bir soruşturma kapsamında kullanılabilecek koruma tedbirlerinden olan MİT personelinin gözaltına alınması ve cep telefonlarına el konulması talimatlarını vererek yukarıda açıklanan organize yapının, arama işlemini gerçekleştirmesini kolaylaştırmaya çalıştığı ... kanaatine varılmıştır."

D-3 Sayılı Soruşturma Maddesine İlişkin

"... ilgilinin [başvurucunun], *olay günü, Hatay İl Jandarma Komutanlığı 156 Harekât Merkezine, … Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma Astsubay Çavuş olarak görevli sanık H.A. tarafından yapılan, herhangi bir terör örgütü ismini zikretmeden 'Reyhanlı'dan çıkıp İslâhiye üzerinden Kilis'e terör örgütüne silah gideceği' şeklindeki ihbarı üzerine, Hatay Bölge Trafik Şube Müdürlüğünde görevli Trafik Polisi … A.B. tarafından saat 16:00 sularında durdurulan ve henüz herhangi bir soruşturma işlemi yapılması ihtiyacı ortaya çıkmadan MİT'e ait olduğu, her türlü şüpheden uzak ve kesin bir şekilde belirlenen TIR'da arama yapılması için verilen kararın icrasını sağlamak amacıyla, Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı tarafından tutulan ... tutanakta yer verilen suç isnatlarını, görev sınırlarını aşarak, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunun (Mülga) 10. maddesi kapsamında görüp Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.ye arama talimatı verdiği* [anlaşılmıştır]."

56. HSYK İkinci Dairesinin 4/6/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/331 sayılı kararı ile başvurucular hakkında verilen görevden uzaklaştırma tedbirinin iki ay süreyle uzatılmasına; başvuruculara isnat olunan eylemlere ilişkin soruşturma dosyasının incelenmesi sonucunda, soruşturma konusu edilen eylemleri nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğünden düzenlenecek iddianame ile birlikte Tarsus Ağır Ceza Mahkemesine verilmek üzere soruşturma evrakının Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

57. HSYK İkinci Dairesinin 9/7/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/380 sayılı; 3/9/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/390 sayılı; 22/10/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/472 sayılı; 17/12/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/600

sayılı kararları ile başvurucular hakkında verilen görevden uzaklaştırma tedbirinin (dört kez) iki ay süreyle uzatılmasına karar verilmiştir.

58. Başvurucuların görevden geçici uzaklaştırma kararlarına yönelik itirazları, HSYK Genel Kurulunun 9/9/2015 tarihli ve E.2014/3 (Tedbir), K. 2015/783 sayılı; 9/12/2015 tarihli ve E.2015/76, K.2015/1017 sayılı kararları ile reddedilmiştir.

59. Öte yandan HSYK İkinci Dairesi 4/6/2015 tarihinde, başvuruculların son savunmalarının yazılı olarak alınmasına karar vermiş; başvurucular da 23/7/2015 tarihinde avukatları aracılığıyla yazılı savunmalarını HSYK İkinci Dairesine sunmuşlardır.

60. HSYK İkinci Dairesinin 14/1/2016 tarihli ve E.2015/76, K.2016/28 sayılı kararı ile başvuruculların meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmalarına ve karar kesinleşinceye kadar görevden uzaklaştırılmalarına karar verilmiştir. Anılan kararda başvuruculara ilişkin olarak aşağıdaki değerlendirmelere yer verilmiştir.

"... ilgililerin [başvuruculların] genel olarak gerçekleştirdikleri eylem ve işlemlerin kesinlikle yargısal takdire ilişkin olmayıp planlı bir organizasyonun parçası olarak hukuk dışı amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olduğu izahtan varestedir. Zira söz konusu yargısal yetkiler, ihbarlar öncesinde planları yapılan ve gerçekleştirilmek istenen hukuk dışı amaca amade kılınmıştır ...

...

... tüm bu suçlamalar yasa dışı oluşturulan bir organizasyonun parçası olarak Jandarma içinde görevli bulunan bir kısım personelin MİT görevlilerini yapılan ihbarlardan çok önce yasa dışı dinleme kararları neticesinde takibe alarak yapılacak faaliyetten tümüyle haberdar olup yine bunu sıradan bir ihbar görüntüsü altında özellikle Hatay ve Adana Jandarma birimlerine iletikleri ve anılan Jandarma görevlilerinin edindikleri tüm bilgileri iletişim halinde oldukları Cumhuriyet savcıları ile ihbar öncesi ve sonrasında anbean paylaştıkları, ilgili Cumhuriyet savcılarının da belirtilen yasa dışı organizasyonun son halkası olarak her türlü yasal uyarıya rağmen gerçekleştirilmek istenen hukuk dışı amaca ulaşmak için yaptıkları iş ve işlemlerden doğmaktadır.

...

Burada değinilmesi önem arz eden konulardan biri de her iki olayda da soruşturma işlemlerini yürütmekle yetkili Cumhuriyet savcıları yerine başsavcıvekili tarafından hazırlanan ve başsavcı tarafından onaylanan nöbet çizelgesine göre nöbetçi veya yetkili olmayan ilgili Cumhuriyet savcılarının soruşturmaları yürütmeleri ve geçmişte uygulaması bulunmamasına rağmen olay yerine giderek ısrarla söz konusu tırları aramaya çalışmalarıdır.

...

... [başvuruculaların] yargı etik kurallarına uygun düşmeyen davranışları ile adalete olan güveni sarstıkları, hukuk zemininde kalmayan eylemleri ile adalet ülküsü dışında hareket ettikleri, adalet duygusu gözetmeden, başka amaçlar güderek yürüttükleri soruşturmalar ve aldıkları kararlar ile yargısal yetkilerini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükumetini, gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, El Kaide vb. terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukukî ve cezaî sorumluluk altına sokmak amacıyla kullandıkları ..."

3. Başvuruculaların Tutuklanma Süreci

61. HSYK Başmüfettişliği 5/5/2015 tarihinde, Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvurarak başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Ahmet Karaca, Aziz Takcı ve Özcan Şişman hakkında "Devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olan ve 2937 sayılı Yasa kapsamında MİT tarafından yasal olarak gerçekleştirilen faaliyete tahsis edilmiş TIR'larda 01.01.2014 ve 19.01.2014 tarihlerinde usul ve yasaya aykırı olarak arama yapmak, yaptırmak, yapmaya teşebbüs etmek ya da sessiz kalmak veya görüntü ve numune aldırmak suretiyle bu görüntü ve bilgilerin basın yayın organlarında yer almasına sebep olmak ve cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs şeklindeki eylemlerinin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini, gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, El Kaide vb. terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmaya yönelik olarak ... Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni terörle ilişkilendirmek kasıt ve iradesiyle belli bir mizansen çerçevesinde hareket edip devlet sırrı kapsamındaki faaliyetleri deşifre etmek" eylemlerinde bulundukları gerekçesiyle Türkiye

Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ve siyasal faaliyetlerine ilişkin bilgileri temin edip ifşa etme suçlarından yakalama kararı verilmesini talep etmiştir. Anılan talep yazısında başvuruculara isnat edilen eylemler şöyle ifade edilmiştir:

a. Başvurucu Süleyman Bağrıyanık Yönünden

"1- 01.01.2014 tarihinde, Hatay Kırıkhan'da MİT'e ait TIR ve ona eşlik eden otomobilin durdurulması olayı ile ilgili olarak; Adalet Bakanı ... ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı ... hakkındaki şikâyetini içerir ... yazıyı, doğrudan görevli ve yetkili birimlere gönderilmesi yerine, yapılan görüşme içeriğinin ve iddia edilen suçlamaların terör suçu ile ilgili olmamasına karşın Adalet Bakanı ve Müsteşarının terör örgütü üyesi olduğu algısını yaratacak şekilde ... TMK 10. maddesi ile görevli Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI'ya gereği ve ifası için yolladığı,

2- 01.01.2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da, 19.01.2014 tarihinde ise Adana Ceyhan Sirkeli Otoyol Gişelerinde MİT'e ait TIR ve ona eşlik eden otomobillerin kolluk tarafından durdurulmasının hemen sonrası, araçların MİT'e ait, ilgili personelin de MİT personeli olduğu ve gerçekleştirilen faaliyetin de suç teşkil etmediğinin gerek Hatay ve Adana Valilerinin yazılı ya da telefonla, gerekse … Adalet Bakanı ile … Adalet Bakanlığı Müsteşarı tarafından telefonla aranmak suretiyle kendisine bildirilip 2937 sayılı … Kanunun 'Soruşturma İzni' başlıklı 26. madde hükmünün hatırlatılmasına, ayrıca, MİT mensuplarının görevi sırasında ya da görevinden dolayı işledikleri suçlar nedeniyle Cumhuriyet savcısının doğrudan soruşturma yapamayacağına ilişkin düzenleme getiren 3713 sayılı Yasanın olay tarihinde yürürlükte olan mülga 10/b maddesinin açık hükmüne rağmen gözetim ve denetimi altındaki Cumhuriyet savcılarınca gerçekleştirilen kanun dışı eylem ve işlemlere karşı herhangi bir müdahalede bulunmadığı gibi ... ilgilinin, devlet sırrı niteliğinde olan TIR'lardaki malzemenin aramasını yapan ve yapmaya çalışan TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet savcılarının yasaya aykırı eylem ve işlemlerine doğrudan katılarak olayın gerçekleşmesine katkı sağladığı"

b. Başvurucu Ahmet Karaca Yönünden

"1- 01.01.20/4 tarihinde Kırıkhan'da MİT'e ait TIR ve ona eşlik eden otomobil ile 19.01.2014 tarihinde Adana Ceyhan Otoyol Gişelerinde MİT'e ait üç

adet TIR ve ona eşlik eden otomobilin durdurularak aranması ya da aranmaya çalışılması olaylarına ilişkin olarak TIR ve otomobillerin MİT'e ait, ilgili personelin de MİT personeli olduğunun anlaşılmasına ... rağmen ... Cumhuriyet Savcıları Aziz TAKÇİ ve Özcan ŞİŞMAN ile MİT'e ait TIR'ın ve otomobilin durdurulmasından hemen sonra birçok kez telefonla görüştüğü tespit edilen ilgilinin, usul ve yasaya aykırı arama kararı veren, arama kararını tatbik eden ve etmeye çalışan Cumhuriyet savcılarının eylem ve işlemlerinden haberdar olduğu halde, denetim ve gözetim yetkisine aykırı olacak şekilde arama gibi usulsüz soruşturma işlemlerinin yapılmasına sessiz kalarak devletin gizli sırlarının ifşa olmasına kasten sebebiyet verdiği,

2- 01.01.2014 tarihinde … Adalet Bakanı ... ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı[nın] ... yapılan usulsüz arama işleminin önlenmesini teminen … Adana Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yapan Süleyman BAGRIYANIK'ı telefonla arayıp gerekli yasal uyarıları yapmaları sonrasında, Süleyman BAGRIYANIK'ın kaleme aldığı, şikâyetini içerir ... yazı içeriğinde ileri sürülen iddialara [ilişkin] ... ilgilinin, anılan kişiler hakkında doğrudan soruşturma yapılamayacağına ilişkin yasal mevzuat gereğince uhdesine aldığı evrakla ilgili olarak, usulsüz olarak yürütülen soruşturmayı sonlandırıp adi suçlara ilişkin isnatlar içeren şikâyet dilekçesini de ... ilgili mercilere göndermesi yerine, hukuka aykırı bir şekilde başlatılan soruşturmayı TMK 10. maddesi kapsamında görüp Adalet Bakanı ... hakkında, ... terör suçlusu algısını yaratacak şekilde fezleke düzenlediği"

c. Başvurucu Aziz Takcı Yönünden

"1- ... Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı taralından tanzim edilen ... arama talep yazısının Adana Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi üzerine, şüpheli ya da şüphelilere isnat olunan eylemin 3713 sayılı ... Kanunun 10 maddesi ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğinin görevine girmediğini meslekî kıdemi gereği açıkça bilmesine karşın, evrakın suç yeri Cumhuriyet savcılığına işlemsiz olarak iade edilmek üzere gönderilmesi yerine, olayla ilgili bilgi alınması zımnında ihbar sonrası arama kararını talep eden kolluk birimiyle de herhangi bir temasa geçmeksizin Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/2 sayısına kayden başlattığı soruşturmada, Kırıkhan Jandarma Komutanlığınca tanzim edilen arama kararı talep yazısını yerinde görerek aynı tarihli verdiği arama kararını kolluğa gönderdiği,

2- 01.01.2014 tarihinde[ki] ... ihbar sonrası görev kapsamı dışında verdiği usulsüz arama kararı üzerine nöbetçi ve yetkili olmadığı halde teamüllere

aykırı olarak arama kararının icrası için olay yerine giden … Cumhuriyet Savcısı Özcan ŞİŞMAN ve ... Üsteğmen G.B. ile … Üsteğmen O.Ş.nin yılbaşı tatili olan 01.01.2014 gününün ilk saatlerinden başlayarak MİT'e ait TIR'ın durdurulmasının hemen öncesi ve sonrası ile olayın hitam bulduğu ana kadar yapılan birden çok telefon görüşmesine ilgilinin de iştiraki ile başından beri planlanan yasa dışı organizasyonun içerisinde olduğunun tespit olunduğu,

3- ... ilgilinin 01.01.2014 günü durdurulan TIR ve otomobilin MİT'e ait olduğunu her türlü şüpheden uzak kesin bir şekilde bilmesine, 3713 sayılı Yasa'nın (mülga) 10/b maddesi ile 2937 sayılı … Kanunun "soruşturma izni" başlıklı 26. maddesi açık hükümlerine ve MİT teşkilatının görevi kapsamında nakledilen ve devlet sırrı niteliğindeki malzemenin herhangi bir suça da konu olmadığının açıkça anlaşılmasına rağmen, verilen arama kararının derhal geri alınması ve ilgililerle irtibata geçilerek gerçekleştirilmek istenen arama faaliyetinin durdurulması yerine, olayın arka planında kalarak devlet sırrının ortaya çıkarılmasına yönelik yapılan yasa dışı uygulamaya zımnen destek verdiği,

4- 19.01.2014 günü Adana Ceyhan Sirkeli Otoyol Gişelerinde saat 12:00 civarında MİT'e ait 3 adet TIR ve ona eşlik eden otomobilin durdurulması öncesinde ...

...

İhbarın mahiyetine ilişkin bilgileri ... öğrenmesine rağmen, ilgilileri gerekli tedbirlerin alınması konusunda nöbetçi Cumhuriyet savcısı A.R.ye yönlendirmesi yerine, habersiz olduğu görüntüsü verebilmek için ihbarın yapılmasını beklediği, ihbarın yapılmasından sonra adı geçen nöbetçi savcıya yine herhangi bir bilgi dahi vermeden olayı kendi uhdesine alabilmek için arama kararı talep yazısı üzerine, 01.01.2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da durdurulan TIR'ın MİT'e ait olduğu ve terör örgütü ile ilgili olmadığının önceden bilinmesine karşın ... yapılan ihbar ses kaydı dökümünde 'patlayıcı madde' denilip herhangi bir terör örgütünden de bahsedilmediği halde, sonradan 'El kaide terör örgütü' ve 'silah ve mühimmat' ibareleri ilave edilen arama kararı talep yazısını kabul edip arama kararı verdiği, TIR'ların verilen arama kararına istinaden saat 12:00 sularında durdurulduğu, şahısların verilen talimat doğrultusunda iletişim araçlarına derhal el konulduğu ve aşırı güç kullanılarak kelepçelendiği, hemen sonrasında durdurulan araçların MİT'e ait, şahısların da MİT personeli oldukları hususlarının ilgiliye iletilmesi üzerine Adana'dan olay yerine geldiği, burada da durdurulan araçların MİT'e ait, şahısların da

MİT personeli olduklarının gerek araçların durdurulmasında görev alan Jandarma personeli, gerekse olay yerine gelen Adana Valisi, İl Emniyet Müdürü ile MİT Bölge başkanı tarafından söylenmesine ... devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç veya suç unsuru oluşturmadığının da açıkça anlaşılmasına rağmen verilen usulsüz arama kararının işlemsiz olarak geri alınması yerine, MİT'e ait faaliyet ile ilgili usulsüz olarak vermiş olduğu arama ve el koyma kararının icrasını sağlayarak TIR'lar içerisindeki malzemelerinin tespitini yaptırdığı ... önceki uygulamalarının aksine olay yerine bizzat giderek MİT'e ait TIR'ların üzerine çıktığı, kasaları açtırdığı ve elindeki cep telefonu ile TIR'larda bulunan malzemenin fotoğrafını çekip Jandarma personeline de kamera çekimi yaptırdığı, arama işlemleri devam ederken numune aldırarak 16:15 itibarıyla hemen olay yerinde bulunan Başçavuş C.B.den TIR'ın kasasına bırakılan eşyanın incelenmesini ve fiziki inceleme raporu tanzim edilmesini istediği, ayrıca, kendisine numune alınarak Ankara Jandarma Kriminal Daire Başkanlığına gönderilmesi talimatları vererek bilirkişi raporları aldırıp dosya kapsamına eklemek suretiyle, bilerek ve isteyerek görevi dışında, ihbar öncesi ve sonrası MİT'e ait olduğunu bildiği TIR'larda arama kararı vermek, yapmak ya da yaptırmak ve ilgili TIR'ları alıkoymak suretiyle bu bilgi ve görüntülerin basın yayın organlarında yer almasına sebep olacak şekilde devletin gizli sırlarını ifşa etme kastı ile hareket ettiği,

5- … Adalet Bakanı ... ile Adalet Bakanlığı Müsteşarının ... Adana Cumhuriyet Başsavcısı Süleyman BAĞRIYANIK'ı [araması sonrası] ... Süleyman BAGRIYANIK'ın ... kendi imzası ile düzenlediği ... yazıyı ...adı geçene göndermesi üzerine, ilgilinin söz konusu yazıda hiçbir araştırma ve inceleme yapmaksızın terör suçu ile yapılan irtibatlandırma doğrultusunda Adalet Bakanı ve Müsteşarı hakkında, terör örgütü üyesi algısı oluşturacak şekilde ... Adalet Bakanlığı Müsteşarı hakkında HSYK'ya suç ihbarında bulunduğu, Adalet Bakanı hakkında ise ... görev ve yetki kurallarına aykırı şekilde kendisini görevli görerek mülga TMK 10. maddesiyle görevli ve yetkili Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğinin 2014/54 sırasına kayden soruşturma başlattığı"

d. Başvurucu Özcan Şişman Yönünden

"1- 01.01.2014 tarihinde ... Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma Astsubay çavuş olarak görevli sanık H.A.nın ... Hatay İl Jandarma İstihbarat Müdürlüğünde görevli Üsteğmen G.B. ile irtibatlı olarak ... ismini T.K. olarak tanıtıp sıradan bir ihbar gibi, ismini vermediği terör örgütüne ait silahların, plakasını verdiği araçlar içerisinde Hatay'ın Reyhanlı,

Kırıkhan ve İslâhiye ilçeleri üzerinden Kilis iline götürüleceği şeklinde Jandarma 156 çağrı hattını saat 15:29:57 de arayarak ihbarda bulunduğu ... Adana İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde görevli olup olay tarihinde de izin alıp ziyaret bahanesiyle Kırıkhan'da bulunan ve Hatay İstihbarat Şube Müdürlüğünde görevli ve ihbarcı H.A. ile irtibatı tespit edilen diğer şüpheli Üsteğmen G.B. ile birlikte olay yerine giden Üsteğmen O.Ş.nin, yılbaşı tatili olan 01.01.2014 gününün ilk saatlerinden başlayarak MİT'e ait TIR'ın durdurulmasının hemen öncesi ve sonrası ile olayın hitam bulduğu ana kadar yapılan birden çok telefon görüşmesine ilgilinin de iştiraki ile başından beri planlanan yasa dışı organizasyon doğrultusunda, yılbaşı tatili olan 01.01.2014 günü nöbetçi olmadığı halde TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcısı Aziz TAKCI tarafından verilen arama kararının icrası amacıyla olay yerine giden ilgilinin ... 01.01.2014 günü durdurulan TIR ve otomobilin MİT'e ait olduğunu her türlü şüpheden uzak kesin bir şekilde bilmesine ... rağmen MİT teşkilatının görevi kapsamında nakledilen ve devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç ya da suç unsuru oluşturmadığının açıkça anlaşılmasına karşın, nöbetçi olmadığı ve yürüttüğü diğer soruşturmalarda da arama ve tespit işlemlerine bizzat katılmadığı halde, Adana'dan Kırıkhan'a gelerek MİT'e ait TIR'da bizzat arama yapmak isteyip bu konudaki ısrarcı davranışlarını devam ettirdiği, bu meyanda olay yeri görüntülerini içerir CD ile alınan HTS kayıtlarından da anlaşılacağı üzere; Cumhuriyet Başsavcısı Süleyman BAĞRIYANIK ile TIR'ın durdurulmasından sonra saat 20:45'te telefonla görüştüğü ve aynen '...burada görevliler açtıramayız gibi şeyler var, bizzat gereğini yapıyoruz Başsavcım, açacağız şimdi, tamam' şeklinde ifadeler kullanarak MİT'e ait olduğunu bildiği TIR'larda arama yapmak ya da yaptırmak, ilgili TIR'ları alıkoymak ve bu olaya ilişkin görüntülerin basın yayın organlarında yer almasına sebep olmak suretiyle devletin gizli sırlarını ifşa etme kastı ile hareket ettiği,

2- MİT personeli hakkında; ancak yapılmakta olan bir soruşturma sırasında kullanılabilecek koruma tedbirlerinden olan gözaltına alma ve üstleri ile irtibatlarını engellemek amacıyla cep telefonlarının toplatılması talimatlarını verdiği,

3- Kırıkhan İlçe Jandarma komutanlığı tarafından tutulan ... tutanakta yer verilen suç isnatlarını 3713 sayılı ... Kanunun (Mülga) 10. maddesi kapsamında görerek aynı suçlarla ilgili olarak Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı Y.K.ye tutanakta belirtilen araçların aranması için talimat verdiği"

62. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/5/2015 tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı kararı ile *"atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, şüphelilere isnat edilen suçların yasadaki alt ve üst sınırları dikkate alınarak ..."* talebin kabulüne karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

> *"Şüpheliler Süleyman Bağrıyanık, Ahmet Kararca, Aziz Takcı, Özcan Şişman ... hakkında TALEBİN KABULÜNE, 2802 Sayılı Yasanın 82, 85, 89/1, 5271 Sayılı CMK'nın 94 maddeleri gereğince tutuklama talepli olarak yakalanarak en geç 24 saat içerisinde Mahkememiz önüne çıkarılmasına, en geç 24 saat içerisinde mahkememiz önüne çıkarılamıyorsa aynı süre içerisinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede SEGBİS ile Mahkememizle irtibata geçilerek ... sorgusu yapılmak üzere hazır edilmesinin sağlanmasına ..."*

63. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 8/5/2015 tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı ifade sorgu zaptı ile başvurucuların sorguları yapılmış, sorgu sırasında başvurucuların müdafileri de hazır bulunmuştur. Mahkemece, HSYK Başmüfettişliğinin 5/5/2015 tarihli (yakalama kararı verilmesine ilişkin) talep yazısının ve Mahkemenin 6/5/2015 tarihli yakalama kararının sorgu öncesinde başvuruculara ve müdafilerine okunduğu görülmektedir. Sorgunun bir bölümünün Ses ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) üzerinden kayıt altına alındığı ve daha bu kayıtların çözümünün zabıt kâtipleri tarafından yapılarak tutanağa bağlandığı anlaşılmıştır. Mahkeme, başvuruculaların isnat edilen suçlardan tutuklanmalarına karar vermiştir. Kararda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

> *"... Şüpheliler[in] ... atılı suçları işlediklerine yönelik şüpheli beyanları, tanık ifadeleri, Adana CBS'nin [Cumhuriyet Başsavcılığının] 2014/2 ve 2014/54 sayılı dosya içerikleri, HTS kayıtları, nöbet listesi, inceleme tutanakları, görüntü CD lerine ait inceleme tutanakları, Adana ve Hatay Valilikleri cevabi yazıları ve tüm dosya kapsamının kuvvetli suç şüphesini oluşturduğu, atılı suçlardan TCK 312. md. de düzenlenen suçun CMK 100/3 de sayılan tutuklama nedeninin varsayılabileceği katalog suçlardan olması, işin önemi, şüpheliler için öngörülen cezaların alt ve üst sınırları nazara alındığında orantılılık ilkesinin mevcut bulunduğu anlaşılmakla, TCK 312/1 ve 327/1 md.lerinde atılı suçlardan CMK 100 ve devamı maddeleri uyarıca ayrı ayrı TUTUKLANMALARINA"*

64. Başvurucular 8/5/2015 tarihli dilekçeleri ile tutuklama kararına itiraz etmişlerdir. İtiraza ilişkin ilk incelemeyi yapan Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 11/5/2015 tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı kararı ile *"08.05.2015 tarihli ... kararın usul ve yasaya uygun olduğu, tutuklama gerekçelerinde herhangi bir değişiklik olmadığı"* gerekçesiyle kararı yerinde görmüş ve itirazın incelenmesi için dosyanın Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

65. Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/5/2015 tarihli ve 2015/509 Değişik İş sayılı kararı ile başvuruculara itirazlarının kesin olarak reddine karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"6087 Sayılı Kanun'un 17/2-b maddesindeki Kurul Müfettişlerinin yapacakları inceleme ve soruşturmalarda bu kanunda belirtilen yetkilere ilave olarak 5271 Sayılı Kanuna göre işlem yapılabileceğine ve kanunlarda kendilerine ve C.Savcısına soruşturmanın yürütülmesi ile ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabileceklerine ilişkin düzenleme,

İsnat edilen suç tarihleri itibariyle yürürlükte bulunan 3713 Sayılı yasanın mülga 10/b maddesindeki TCK'nın 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile C.Savcılığınca doğrudan soruşturma yapılacağına, 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanun'un 26. Maddesinin hükmünün saklı olduğuna ilişkin düzenleme,

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 88. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme de dikkate alındığında, aynı kanunun 88/1. maddesinde belirtilen yakalama, arama, sorgulama işlemlerine ilişkin kısıtlılığın, münhasıran kolluk kuvvetleri, amirleri ve memurlarınca yapılamayacak işlemlere yönelik olduğu değerlendirilerek,

Dosya kapsamına, şüphelilere isnat edilen TCK'nın 312/1 ve 327/1 maddelerindeki suçların niteliğine, şüphelilerin savunmalarına, bu suçların işlendiğine yönelik tanık beyanlarına, Adana C.Başsavcılığı'nca yürütülen soruşturma dosyası içeriklerine, HTS kayıtlarına, isnat edilen suç tarihleri itibariyle TMK 10. Maddesi gereğince görevli C.Savcılarının nöbet durumlarına ilişkin nöbet listelerine, inceleme ve görgü tespit tutanaklarına, Adana ve Hatay Valiliklerinin yazı cevaplarına göre, şüphelilerin isnat edilen suçları işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması,

isnat edilen suçlardan TCK'nın 312/1. Maddesinde düzenlenen suçun niteliği ve CMK'nın 100/2 maddesi delaletiyle aynı yasanın 100/3-11 maddesi kapsamında kalan suçlardan oluşu, isnat edilen suçlarlarla ilgili TCK'da öngörülen cezanın alt ve üst sınırları, itiraza konu Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 2015/339 D.iş sayılı tutuklama kararının gerekçesine göre, tutuklama kararlarına yönelik yapılan itirazların ayrı ayrı reddi ile şüphelilerin tutukluluk hallerinin devamına ... "

66. Başvurucular, anılan kararı 4/6/2015 tarihinde öğrendiklerini bildirmişlerdir.

67. Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 8/6/2015 tarihinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesine göre bir başka şüphelinin tutukluluğunun gözden geçirilmesi talebinde bulunulmuştur. Bu sırada başvurucular Aziz Takcı, Özcan Şişman ve Süleyman Bağrıyanık'ın da tutukluluğun gözden geçirilmesi talebiyle Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvurdukları anlaşılmıştır. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 9/6/2015 günü saat 14.00'te tutukluluğun incelenmesine ilişkin duruşma yapılacağını aynı gün sabah saatlerinde başvuruculların müdafilerine telefonla bildirmiştir. Başvuruculların müdafilerinin duruşmada hazır bulundukları görülmektedir. Başvuruculların müdafileri, duruşma sırasında ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan başvuruculların SEGBİS yoluyla beyanlarının alınmasını talep etmişlerdir. Mahkeme *"CMK 108/1 maddesi uyarınca tutukluluğun incelenmesi sırasında şüpheli veya müdafiinin dinlenmesi suretiyle karar verileceği açıkça yazılı olduğu anlaşılmakla şüpheli müdafii huzurda bulunduğundan şüphelinin bizzat dinlenmesi*[nin] *zorunlu olmadığı"* gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir. Mahkemenin anılan kararı üzerine başvurucu müdafileri duruşmadan ayrılmışlardır. Mahkemenin inceleme sonucunda başvuruculların tutukluluk hâlinin devamına karar verdiği görülmektedir.

4. Delillere Erişime İlişkin Süreç

68. Adana Cumhuriyet Başsavcılığı (TMK mülga 10. madde ile görevli bölümü) 4/2/2014 tarihinde, 2014/117 Soruşturma sayılı dosyaya ilişkin olarak *"soruşturma konusunun TCK madde 330 kapsamında (siyasi veya askeri casusluk maksadıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklama) suçuna ilişkin olduğu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Kanunu kapsamındaki konulara ilişkin çeşitli ihbarların kim ya da kimler tarafından ya-*

pıldığının araştırıldığı, bu yönüyle de dosyaya celbi istenecek bilgi ve belgelerin ve yapılacak araştırmaların gizlilik arz eden bir kısım hususları içerdiği, bu nedenle de CMK madde 153 uyarınca soruşturmanın amacının tehlikeye düşmemesi açısından gizlilik kararı gerektiğinin anlaşıldığı" gerekçesiyle müdafiin soruşturma evrakını incelemesi ve soruşturma dosyasındaki belgelerden suret alması hakkının kısıtlanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

69. Adana 3 No.lu Hâkimliğin (TMK mülga 10. madde ile görevli) 4/2/2014 tarihli ve 2014/19 Değişik İş sayılı kararı ile *"yürütülen soruşturmanın içeriği, suçun vasıf ve mahiyeti, dosyada gizliliği gerektiren bilgi ve belgeler bulunması, evrak kapsamı ve iddiaların ortaya konuluş biçimine göre soruşturma aşamasında soruşturmanın amacı tehlikeye düşebileceği"* gerekçesiyle talebin kabulü ile *"taraf vekillerinin ve müdafilerinin dosya içeriğini inceleme ve belgelerden örnek alma yetkilerinin CMK'nun 153/3 maddesindeki istisnalar saklı kalmak kaydıyla CMK'nun 153/2 maddesi gereğince kısıtlanmasına"* karar verilmiştir.

70. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin başvurucular hakkında verdiği yakalama kararı (bkz. § 62) sonrası, başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Aziz Takcı ve Özcan Şişman müdafileri 7/5/2015 tarihinde, anılan Mahkemeye başvurarak dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma talebinde bulunmuşlardır. Mahkeme 7/5/2014(5) tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı kararı ile *"Adana TMK 10. madde ile görevli Hâkimlikçe verilen 04/02/2014 tarih ve 2014/19 Değişik İş sayılı sayılı 'Gizlilik Kararı' ve Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesine açılan 2014/161, 533 ve 2015/99 esas sayılı dosyalarda 'devlet sırrı' niteliğinde olan bazı belgeler ile ilgili 'Gizlilik Kararları' verildiği"* gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.

71. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesince 8/5/2015 tarihinde gerçekleştirilen sorgu sırasında başvurucu Aziz Takcı müdafii, SEGBİS kayıtlarının flash bellek ile kendilerine verilmesini talep etmişse de Mahkeme sorgu sonucunda verdiği karar ile bu talebi *"Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı'nın 13775721-719.08-124/1769 sayılı 19.03.2015 sayılı yazısı*[nda] *'Ses ve görüntü kayıtları taraflara verilemez' şeklinde düzenleme* [bulunması]*"* gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme ayrıca başvuruculaların sorgu sırasında dile getirdikleri içeriği "devlet sırrı" niteliğindeki belgelerin incelenmesi taleplerinin de *"mahkeme*[nin] *2802 sayılı Kanun'un 89. maddesi gereğince son soruşturma makamı olduğu"* gerekçesiyle reddine karar vermiştir.

72. Başvuruculların SEGBİS kayıtlarının kendilerine verilmemesine yönelik karara ilişkin itirazları, Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/5/2015 tarihli ve 2015/509 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

73. Başvuruculların müdafileri SEGBİS kayıtlarının Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi gözetiminde başvurucular veya müdafiileri huzurunda izlenmesi talebinde bulunmuş, Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/6/2015 tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı kararı ile *"Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin 8/2 maddesine göre ancak soruşturma yada kovuşturma makamının gözetiminde izlenebileceğinin belirtilmesi ve soruşturmanın halen HSYK'ca yürütülmesi nedeniyle mahkeme*[nin] *bu konuda tasarrufta bulunma yetkisi*[nin olmadığı]*"* gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Anılan karar ile ayrıca başvuruculların tahliye talepleri de reddedilmiştir.

74. Başvuruculların Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/6/2015 tarihli kararına yönelik itirazlarının değerlendirildiği Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/6/2015 tarihli kararında, başvuruculların SEGBİS kayıtlarını izleme taleplerinin reddi kararına yönelik de itirazlarının bulunduğuna ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Kararda başvuruculların tutukluluğa ilişkin itirazları değerlendirilmiş ve Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/06/2015 tarihli (tutukluluğun devamı) kararına yönelik itiraz reddedilmiştir.

75. Başvuru formları ve eklerinde, SEGBİS kayıtlarının Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi gözetiminde izlenmesi talebinin anılan Mahkemece reddedilmesi üzerine başvuruculların, haklarındaki soruşturmayı yürüten HSYK Başmüfettişliğine ya da HSYK Üçüncü Dairesine söz konusu kayıtları izleme yönünde bir talepte bulunduklarına ve bu taleplerinin ilgili mercilerce kabul görmediğine ilişkin herhangi bir iddianın bulunmadığı görülmektedir.

76. Başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Aziz Takcı ve Özcan Şişman müdafileri, 29/6/2015 ve 30/6/2015 tarihli dilekçeleri ile dosyayı inceleme ve dosyaya 8/5/2015 tarihinden sonra konulan belgelerden örnek alma talebinde bulunmuşlardır. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 30/6/2015 tarihli ve 2015/339 Değişik İş sayılı kararı ile başvurucular müdafilerinin dosyayı fiziki olarak inceleme talepleri hususunda 7/5/2015 tarihinde karar verildiğinden bu konuda yeni bir karar verilmesine yer olmadığına,

dosyaya konulmuş olan belgelerden şüphelilerin ifadesini içeren tutanaklar ve adı geçenlerin bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakların birer suretlerinin başvurucular müdafilerine tebliğine karar verilmiştir.

77. SEGBİS çözümleri haricindeki dosya fotokopisinin 8/7/2015 tarihinde başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Aziz Takcı ve Özcan Şişman müdafilerine teslim edildiğine ilişkin düzenlenen 8/7/2015 tarihli tutanak, zabıt kâtibinin yanı sıra adı geçen başvuruculaların müdafileri tarafından da imzalanmıştır.

78. Başvurucular Özcan Şişman ve Aziz Takcı'nın başvuru formları ekinde, anılan SEGBİS kaydının çözümlerini Anayasa Mahkemesine sundukları görülmektedir.

5. Başvurucular Hakkında Ceza Davası Açılması Süreci

79. Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığının 3/7/2015 tarihli ve E.2015/2618 sayılı iddianamesi ile başvuruculaların "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme ve devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama" suçlarını işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları amacıyla Yargıtay ilgili Ceza Dairesinde haklarında kovuşturma açılıp yargılanmalarının yapılması için son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi talebinde bulunulmuştur. İddianame, doğrudan Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine hitaben düzenlenmiştir.

80. İddianameyle başvuruculara isnat edilen eylemlerin başvurucular hakkındaki soruşturma raporunda tespit edilen eylemler (bkz. § 55) ile aynı olduğu anlaşılmıştır. İddianamede başvuruculara isnat edilen eylemlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda başvuruculaın; haklarında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme, devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklama suçlarını işledikleri iddiasıyla Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılan bazı kamu görevlisi sanıklar ile birlikte planlı ve sistematik bir şekilde yürütülen organizasyonun parçası olarak ve örgütlü bir şekilde hareket ettikleri ifade edilmektedir. İddianameye göre başvurucular; Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükû-

metini gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, El Kaide vb. terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmak amacıyla devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olan ve MİT tarafından yasal olarak gerçekleştirilen, özünde devlet sırrı niteliğinde olan faaliyetleri ifşa etmişlerdir. Başvuruculların bu amaçla, yapılan ihbarlar öncesinde de suç unsuru içermediğini bildikleri hâlde MİT tarafından gerçekleştirilen yasal faaliyetlere tahsis edilmiş tırlarda, görevleri dışında usul ve yasaya aykırı olarak arama yapılması, yaptırılması, yapılmasına teşebbüs edilmesi, MİT mensuplarının gözaltına alınması ve cep telefonlarına el konulması talimatı vermek/verdirmek eylemlerinde bulundukları belirtilmektedir.

81. İddianamede, başvurucular hakkında HSYK Başmüfettişliği tarafından düzenlenen 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporundan alıntı yapılarak başvuruculların yaptıkları telefon görüşmelerine ilişkin tespitlere yer verilmiştir. Buna göre başvuruculların kendi aralarında yaptıkları çok sayıda telefon görüşmesinin yanı sıra 1/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak başvurucu Özcan Şişman'ın, Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma üsteğmen olarak görevli O.Ş. ile (Bu kişinin Hatay bölgesinde meydana gelen olayda herhangi bir yetkisinin bulunmadığı, on beş gün önce eşinin doğum yapması nedeniyle Ankara'dan yeni dönmesine rağmen yılbaşı tatili de olmasına karşın G.B.yi ziyaret etme bahanesiyle olay yerine gittiği ifade edilmektedir.) 31/12/2013 tarihinde saat 14.39 ve 18.53'te olmak üzere iki kez; 1/1/2014 tarihinde saat 00.55, 01.19.21, 01.19.58 ve 01.28'de, (ihbarın yapılmasından hemen önce) 14.19, 14.25, ve 14.29'da, (ihbarın yapılmasından sonra) 16.40, 16.42 ve 16.46'da, (olay esnasında) 20.27, 20.28, 21.54, 22.02, 22.09, 22.25, 22.39, 23.00, 23.09 ve 23.30'da olmak üzere toplam yirmi kez; Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma üsteğmen olarak görevli G.B. ile (Bu kişinin Antakya Köprübaşı'nda Künefeciler Kulübesine giderek kendi ismini T.K. olarak beyan edip 156 Jandarma Harekât Merkezine tırla ilgili ihbarda bulunduğu iddiasıyla hakkında kamu davası açılan Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma astsubay çavuş olarak görevli H.A. ile MİT'e ait tırın durdurulmasına ilişkin ihbarın yapıldığı 15.29.57'den yaklaşık 2 dakika önce 15.28.06'da telefon görüşmesi yaptığı ifade edilmektedir.) 1/1/2014 tarihinde saat 16.53, 17.39, 17.49, 17.50, 18.17, 18.22, 19.24, 20.20 ve 20.40'ta

olmak üzere toplam dokuz kez görüştüğü; 19/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak başvurucu Aziz Takcı'nın Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma üsteğmen olarak görevli Ö.K. ile (Bu kişinin tırlara ilişkin ihbarda bulunma organizasyonunu gerçekleştiren ve Ankara İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şubesinde yüzbaşı olarak görev yapan H.G. ile 1/1/2014 tarihinde saat 03.57, 06.01, 06.06, 06.15, 06.33, 06.55, 07.01, 07.02, 07.47, 08.43 ve 10.08'de görüşmeler yaptığı ifade edilmektedir.) 19/1/2014 tarihinde saat 05.57, 06.04, 12.05, 12.18, 12.26, 12.43, 13.16, 13.36, 13.46, 13.57 ve 14.13'te olmak üzere toplam on bir kez görüştüğü tespit edilmiştir.

82. İddianamede başvuruculların ve diğer kişilerin telefon görüşmelerine ilişkin olarak yapılan tespitler sonucunda aşağıdaki değerlendirmeye yer verilmiştir:

> *"... her iki olay birlikte değerlendirildiğinde, olay günü ve öncesinde, TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcıları Özcan ŞİŞMAN, Aziz TAKCI ve Başsavcı Vekili Ahmet KARACA ile Jandarma İstihbarat görevlileri G.B., O.Ş., Ö.K. ve ihbarı yapan H.A. arasında çok sayıda telefon görüşmesi yapıldığı, bu görüşmelerin O.Ş., Ö.K. ve G.B. merkezinde gerçekleştirildiği, olaya ilişkin bilgilerin bu şahıslar tarafından sürekli bir şekilde TMK 10. madde ile görevli Cumhuriyet Savcıları Özcan ŞİŞMAN ve Aziz TAKCI'ya aktarıldığı, her iki savcının da bu bilgileri Başsavcı Vekili Ahmet KARACA'ya ilettikleri ..."*

83. Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığının, başvuruculların üzerlerine atılı suçları işlediklerine dair delil olarak şüpheli savunmaları, tanık beyanları, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı ile TMK mülga 10. madde ile görevli Cumhuriyet Başsavcı Vekilliğinin kadro cetvelleri, izin ve rapor durumunu gösterir listeler ve nöbet çizelgeleri, iş bölümü çizelgeleri, Adana Cumhuriyet Başsavcılığının bir kısım soruşturma dosyasının içeriği, telefon görüşmelerine ilişkin HTS kayıtları ve bu kayıtlara ilişkin bilirkişi tarafından düzenlenen ilsak tabloları ve inceleme tutanakları, PTS kayıtları, Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesine ait bir kısım dava dosyası, 1/1/2014 günü Hatay Kırıkhan'da ve 19/1/2014 günü Adana Ceyhan Sirkeli otoyol gişelerinde durdurulan MİT tırlarına ilişkin görüntü CD'lerine ait inceleme tutanakları, Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesince verilen telefon dinleme kararları ve eklerine ilişkin inceleme tutanakları, Adana Cumhuriyet Başsavcılığının yazı cevapları, Hatay ve Adana Valilerinin yazılı beyanlarına dayandığı görülmektedir. Anılan delillerin tamamına yakınının HSYK

Başmüfettişliği tarafından yürütülen soruşturma sırasında toplandığı ve bu delillerin içeriğine HSYK Başmüfettişliğinin 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporunda aynen yer verildiği anlaşılmıştır.

84. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi 3/7/2015 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin 15/7/2015 tarihli ve E.2015/172, K.2015/176 sayılı kararı ile başvurucular hakkında *"Yargıtayın yetkili ve görevli Ceza Dairesinde yargılamalarının yapılması için son soruşturmanın açılmasına"* karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Soruşturma aşamasında toplanan tüm deliller nazara alındığında son soruşturmanın açılması kararının verilmesini gerektirir yeterli suç şüphesinin tüm şüpheliler yönünden oluştuğu, şüpheliler hakkında isnat edilen fiillerle ilgili olarak Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığının 03/07/2015 tarih, 2015/8143 Soruşturma sayılı dosyasına konu iddianamesine ve mahkememizce verilen son soruşturma kararına göre kovuşturma yapılarak delillerin kovuşturma makamı tarafından değerlendirmek üzere tüm şüpheliler yönünden son soruşturmanın açılması kararı verilmesine ve 2802 sayılı Kanunun 90.maddesi gereğince soruşturmanın Yargıtay'ın yetkili ve görevli Ceza Dairesinde açılmasına dair aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur."*

85. Başvurucular hakkında verilen son soruşturmanın açılması kararı sonrası, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin E.2015/1 sayılı dosyası ile başvurucuların yargılanmalarına başlanmıştır.

6. Bireysel Başvuru Süreci

86. Başvuruculardan Süleyman Bağrıyanık, Özcan Şişman ve Aziz Takcı 11/6/2015 tarihinde; Ahmet Karaca ise 18/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

87. Başvurucular hakkındaki dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 16. Ceza Dairesinde derdest olup (E.2015/1) başvurucuların tutukluluk hâli devam etmektedir.

7. İlgili Süreç

88. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 6/6/2016 tarihli ve E.2016/24769 sayılı iddianamesi ile "FETÖ/PDY"nin (Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması) kurucusu ve liderinin aralarında olduğu yetmiş üç

örgüt yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü kurma ve yönetme, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs, siyasi ve askerî casusluk yapma, zimmet, nitelikli dolandırıcılık, resmî belgede sahtecilik, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına verme, yayma, ele geçirme suçlarını işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmıştır. Anılan iddianamede söz konusu MİT'e ait tırların durdurulması ve aranması eylemlerinin FETÖ/PDY mensubu kişilerce bu yapılanmanın amaçları doğrultusunda gerçekleştirildiği ifade edilmiştir (AYM, E.2016/6 (Değişik İşler), K.2016/12, 4/8/2016, § 16).

89. Ülkemizde 15/7/2016 gecesi, Türk Silahlı Kuvvetleri içinde örgütlenmiş olan bir grup tarafından gerçekleştirilen darbe teşebbüsü sonrasında Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 20/7/2016 tarihinde, ülke genelinde 21/7/2016 Perşembe günü saat 01.00'den itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiştir. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 22/7/2016 tarihinde kararlaştırılan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesinde yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlardan "terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara" üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten çıkarılmalarına karar verileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda HSYK Genel Kurulunun 24/8/2016 tarihli ve K.2016/426 sayılı kararı ile *"FETÖ/PDY örgütü ile iltisak ve irtibatlarının olduğu sabit görüldüğünden"* başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Ahmet Karaca, Özcan Şişman ve Aziz Takcı'nın da aralarında olduğu çok sayıda hâkim ve savcının meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

90. Anayasa'nın *"Yasama dokunulmazlığı"* kenar başlıklı 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."*

91. Anayasa'nın *"Meclis soruşturması"* kenar başlıklı 100. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının ilgili bölümleri şöyledir:

"Başbakan veya bakanlar hakkında, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az onda birinin vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir. Meclis, bu istemi ... gizli oyla karara bağlar.

Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde ... kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclise sunar...

(Değişik: 3/10/2001-4709/31 md.) Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımından itibaren on gün içinde görüşülür ve gerek görüldüğü takdirde ilgilinin Yüce Divana sevkine karar verilir. Yüce Divana sevk kararı ancak üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla alınır."

92. Anayasa'nın *"Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"* kenar başlıklı 159. maddesinin dokuzuncu fıkrası şöyledir:

"Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir."

93. 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun *"Gözetim ve denetim hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"... ağır ceza Cumhuriyet başsavcıları, merkezdeki Cumhuriyet savcıları ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcıları ve Cumhuriyet savcıları üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahiptir."

94. 2802 sayılı Kanun'un *"Soruşturma"* kenar başlıklı 82. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hâkim ve savcıların görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçları, sıfat ve görevleri gereğine uymayan tutum ve davranışları nedeniyle, haklarında inceleme ve soruşturma yapılması Adalet Bakanlığının iznine bağlıdır. Adalet Bakanı inceleme ve soruşturmayı, adalet müfettişleri veya hakkında soruşturma yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle yaptırılabilir."

95. 2802 sayılı Kanun'un *"Tutuklama mercii"* kenar başlıklı 85. maddesi şöyledir:

"Soruşturma sırasındaki tutuklama istemleri, son soruşturma açılmasına karar vermeye yetkili merci tarafından incelenir ve karara bağlanır."

96. 2802 sayılı Kanun'un *"Yakalama ve sorgu usulü"* kenar başlıklı 88. maddesi şöyledir:

"Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcılar yakalanamaz, üzerleri ve konutları aranamaz, sorguya çekilemez. Ancak, durum Adalet Bakanlığına derhal bildirilir.

Birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılır."

97. 2802 sayılı Kanun'un *"Kovuşturma kararı ve ilk soruşturma"* kenar başlıklı 89. maddesi şöyledir:

"Hâkim ve savcılar hakkında görevden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlar nedeniyle kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde evrak, Adalet Bakanlığınca ilgilinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet savcılığına; Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında görevli hâkim ve savcılar hakkındaki evrak ise Ankara Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Cumhuriyet savcısı beş gün içinde iddianamesini düzenleyerek evrakı, son soruşturmanın açılmasına veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verir.

İddianamenin bir örneği Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, hakkında kovuşturma yapılana tebliğ olunur. Bu tebliğ üzerine ilgili, Kanunda yazılı

süre içinde delil toplanmasını ister veya kabul edilebilir istekte bulunursa bu husus göz önünde tutulur ve gerekirse soruşturma başkan tarafından derinleştirilir."

98. 2802 sayılı Kanun'un *"Son soruşturma merciileri"* kenar başlıklı 90. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden; birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtayın görevli ceza dairesinde görülür."

99. 2802 sayılı Kanun'un *"İlk soruşturmada itiraz usulü"* kenar başlıklı 92. maddesi şöyledir:

"89 uncu maddede yazılı mercilerin tutuklamaya ve salıvermeye veya son soruşturmanın açılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarına Cumhuriyet savcısı veya hakkında soruşturma yapılan tarafından genel hükümlere göre itiraz olunabilir. Bu itiraz, ilgilinin yargı çevresi içinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi hariç olmak üzere, kararı veren mahkemeye en yakın ağır ceza mahkemesinde incelenir."

100. 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun *"Başkanlık, görev ve yetkiler"* kenar başlıklı 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Başkanın görev ve yetkileri şunlardır:

...

ç) (Değişik: 15/2/2014-6524/23 md.) İlgili dairenin teklifi üzerine hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere olur vermek.

..."

101. 6087 sayılı Kanun'un *"Dairelerin görevleri"* kenar başlıklı 9. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının ilgili bölümü şöyledir:

"...

(2) İkinci Dairenin görevleri şunlardır:

a) Hâkim ve savcıların;

...

2) Görevlerinden dolayı veya görevleri sırasındaki suç soruşturması ile disiplin soruşturma ve kovuşturması sonucu hakkında karar vermek,

3) Disiplin veya suç soruşturma ve kovuşturması nedeniyle geçici yetkiyle yer değiştirmesine veya görevden uzaklaştırılmasına karar vermek,

...

(3) Üçüncü Dairenin görevleri şunlardır:

...

b) Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarına ilişkin denetleme işlemlerini Teftiş Kuruluna yaptırmak.

...

ç) Hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemler için teklifte bulunmak.

..."

102. 6087 sayılı Kanun'un *"Teftiş Kurulunun oluşumu ve görevleri"* kenar başlıklı 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Teftiş Kurulunun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek; görevlerinden dolayı veya görevle-

ri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerini yapmak

..."

103. 6087 sayılı Kanun'un *"Kurul müfettişlerinin görev ve yetkileri"* kenar başlıklı 17. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Kurul müfettişlerinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Hâkim ve savcıların görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetlemek.

b) Hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma yapmak.

(2) Kurul müfettişleri bu görevlerini yerine getirirken;

a) Yapacakları araştırma, inceleme ve soruşturmalarda, lüzum gördükleri kimseleri yeminle dinleyebilir, gerektiğinde istinabe yoluna başvurabilir, sübut delilleri ile gereken bilgileri kamu kurum, kurul ve kuruluşlarından doğrudan toplayabilir.

b) Yapacakları inceleme ve soruşturmalarda bu Kanunda verilen yetkilere ilave olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre işlem yapabilir; kanunlarda kendilerine ve Cumhuriyet savcısına, soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili tanınan tüm yetkileri kullanabilir. 5271 sayılı Kanunda gecikmesinde sakınca bulunan hâllere ilişkin olmak üzere Cumhuriyet savcısına tanınan yetkiler bu hükmün dışındadır."

104. 6087 sayılı Kanun'un *"Üyelerin adli suçlarıyla ilgili soruşturma ve kovuşturma usulü"* kenar başlıklı 38. maddesinin (1), (3), (4), (5), (6) ve (9) numaralı fıkralarının ilgili bölümleri şöyledir:

(1) (Değişik: 18/6/2014-6545/100 md.) Kurulun seçimle gelen üyelerinin görevleriyle ilgili suçları ile kişisel suçları hakkındaki soruşturma ve kovuş-

turma izni işlemleri Genel Kurul tarafından ... bu Kanun hükümleri uyarınca yapılır.

...

(3) (Değişik: 18/6/2014-6545/100 md.) Başkan suç ihbar veya şikâyetini doğrudan ya da inceleme yaptırdıktan sonra Genel Kurula sunar. Yapılan görüşme sonucunda; soruşturma açılmasına yer olmadığına ya da soruşturma açılmasına karar verilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi hâlinde, üyeler arasından, gizli oyla, üç kişilik bir soruşturma kurulu seçilir...

(4) Soruşturma kurulu, 5271 sayılı Kanuna göre işlem yapar ve kanunların Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkileri kullanır...

(5) (Değişik: 15/2/2014-6524/38 md.) Soruşturma kurulu, soruşturmayı tamamladıktan sonra kovuşturma açılmasına yer olup olmadığı hakkındaki kanaatini belirten bir rapor hazırlayarak, rapor ve eklerini Genel Kurula sunulmak üzere Başkana verir.

(6) Genel Kurul, dosyayı inceledikten ve varsa eksiklikleri tamamlattıktan sonra, kovuşturma yapılmasına gerek görmediği takdirde evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir; aksi hâlde kovuşturma yapılmasına izin verir.

...

(9) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür ve durum hemen Kurula bildirilir. Soruşturma sonucunda dosya, düzenlenen fezleke ile birlikte Kurula gönderilir."

105. 6087 sayılı Kanun'un *"Ortak hükümler"* kenar başlıklı 39. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Adalet Bakanlığı Müsteşarının, Kurul üyeliği görevi sebebiyle disiplin suçu oluşturan eylemlerine, Kurul üyeliği göreviyle ilgili suçlarına ve kişisel suçlarına ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanır."

106. 5237 sayılı Kanun'un *"Kanunun hükmü ve amirin emri"* kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur."

107. 5237 sayılı Kanun'un *"Hükûmete karşı suç"* kenar başlıklı 312. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir."

108. 5237 sayılı Kanun'un *"Silah sağlama"* kenar başlıklı 315. maddesi şöyledir:

"Yukarıdaki maddede tanımlanan örgütlerin faaliyetlerinde kullanılmak maksadıyla bunların amaçlarını bilerek, bu örgütlere üretmek, satın almak veya ülkeye sokmak suretiyle silah temin eden, nakleden veya depolayan kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. "

109. 5237 sayılı Kanun'un *"Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme"* kenar başlıklı 327. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

110. 5237 sayılı Kanun'un *"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."

111. 5271 sayılı Kanun'un *"Tanımlar"* kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

...

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

...

j) Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suçu,

2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu,

3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu,

...

İfade eder."

112. 5271 sayılı Kanun'un *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık"* kenar başlıklı 47. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.

(2) Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir."

113. 5271 sayılı Kanun'un *"Yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesi"* kenar başlıklı 94. maddesi şöyledir:

"(1) Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır.

(2) Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır. "

114. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

…

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

115. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 101. maddesinin (1), (2) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) (Değişik: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususta ki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

...

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir."

116. 5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri"* kenar başlıklı 104. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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. Ret kararına itiraz edilebilir."

117. 5271 sayılı Kanun'un *"Usul"* kenar başlıklı 105. maddesi şöyledir:

"103 ve 104 üncü maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adlî kontrol uygulanmasına karar verilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/15 md.) Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiinin görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir. "

118. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutukluluğun incelenmesi"* kenar başlıklı 108. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir."

119.5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanıkla ilgili arama"* kenar başlıklı 116. maddesi şöyledir:

"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

120. 5271 sayılı Kanun'un *"Diğer kişilerle ilgili arama"* kenar başlıklı 117. maddesi şöyledir:

"(1) Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin de üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

(2) Bu hâllerde aramanın yapılması, aranılan kişinin veya suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğunun kabul edilebilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır.

(3) Bu sınırlama, şüphelinin veya sanığın bulunduğu yerler ile, izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir."

121. 5271 sayılı Kanun'un *"Arama kararı"* kenar başlıklı 119. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.

(2) Arama karar veya emrinde;

a) Aramanın nedenini oluşturan fiil,

b) Aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya,

c) Karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi,

Açıkça gösterilir."

122. 5271 sayılı Kanun'un *"İçeriği Devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi"* kenar başlıklı 125. maddesi şöyledir:

"(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

(2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir.

(3) Bu madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır."

123. 5271 sayılı Kanun'un *"İfade ve sorgunun tarzı"* kenar başlıklı 147. maddesinin (1) numaralı fıkrasının(h) bendi şöyledir:

"İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır."

124. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

...

(3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."

(4) Müdafi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir."

125. 5271 sayılı Kanun'un *"Soruşturmanın gizliliği"* kenar başlıklı 157. maddesi şöyledir:

"Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir."

126. 5271 sayılı Kanun'un *"İhbar ve şikâyet"* kenar başlıklı 158. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir.

(5) İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir."

127. 5271 sayılı Kanun'un "Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi" kenar başlıklı 160. maddesi şöyledir:

"(1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."

128. 5271 sayılı Kanun'un *"Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri"* kenar başlıklı 161. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (8) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adlî görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

(2) Adlî kolluk görevlileri, elkoydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.

(3) Cumhuriyet savcısı, adlî kolluk görevlilerine emirleri yazılı; acele hâllerde, sözlü olarak verir. (Ek cümle: 25/5/2005 - 5353/24 md.) Sözlü emir, en kısa sürede yazılı olarak da bildirilir.

(4) Diğer kamu görevlileri de, yürütülmekte olan soruşturma kapsamında ihtiyaç duyulan bilgi ve belgeleri, talep eden Cumhuriyet savcısına vakit geçirmeksizin temin etmekle yükümlüdür.

...

(8) (Ek:21/2/2014–6526/15 md.) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, gö-

rev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır."

129. 5271 sayılı Kanun'un *"Adli kolluk ve görevi"* kenar başlıklı 164. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Adlî kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir."

130. 5271 sayılı Kanun'un *"Diğer kolluk birimlerinin adlî kolluk görevi"* kenar başlıklı 165. maddesi şöyledir:

"Gerektiğinde veya Cumhuriyet savcısının talebi halinde, diğer kolluk birimleri de adlî kolluk görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda, kolluk görevlileri hakkında, adlî görevleri dolayısıyla bu Kanun hükümleri uygulanır."

131. 5271 sayılı Kanun'un *"Adli kolluğun olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması hâlinde yetkisi"* kenar başlıklı 168. maddesi şöyledir:

"Olay yerinde görevine ait işlemlere başlayan adlî kolluk görevlisi, bunların yapılmasına engel olan veya yetkisi içinde aldığı tedbirlere aykırı davranan kişileri, işlemler sonuçlanıncaya kadar ve gerektiğinde zor kullanarak bundan men eder."

132. 5271 sayılı Kanun'un *"İtiraz olunabilecek kararlar"* kenar başlıklı 267. maddesi şöyledir:

"Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."

133. 5271 sayılı Kanun'un *"İtiraz usulü ve inceleme mercileri"* kenar başlıklı 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

...

c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir

..."

134. 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un *"Ceza mahkemelerinin kuruluşu"* kenar başlıklı 9. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. (Ek cümleler: 2/12/2014-6572/39 md.) Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar, Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmakla yükümlüdür. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca iş dağılımının yapıldığı tarih itibarıyla görülmekte olan davalarda daireler, iş bölümü gerekçesiyle dosyaları diğer bir daireye gönderemez."

135. 5235 sayılı Kanun'un *"Cumhuriyet başsavcısının görevleri"* kenar başlıklı 18. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Cumhuriyet başsavcısının görevleri şunlardır:

...

2. Başsavcılığın verimli, uyumlu ve düzenli bir şekilde çalışmasını sağlamak, iş bölümünü yapmak,

3. Gerektiğinde adlî göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,

...

Ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcısının; ağır ceza mahkemesinin yargı çevresinde görevli Cumhuriyet başsavcıları, Cumhuriyet başsavcıvekilleri, Cumhuriyet savcıları ile bağlı birimler üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır."

136. 5235 sayılı Kanun'un *"Cumhuriyet başsavcıvekilinin görevleri"* kenar başlıklı 19. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Cumhuriyet başsavcıvekilinin görevleri şunlardır:

1. Cumhuriyet başsavcısının verdiği görevleri yerine getirmek,

2. Cumhuriyet savcılarının adlî ve idarî görevlerine ilişkin işlemlerini inceleyip Cumhuriyet başsavcısına bilgi vermek,

3. Gerektiğinde adlî göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,

..."

137. 5235 sayılı Kanun'un *"Cumhuriyet savcısının görevleri"* kenar başlıklı 20. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Cumhuriyet savcısının görevleri şunlardır:

1. Adlî göreve ilişkin işlemleri yapmak, duruşmalara katılmak ve kanun yollarına başvurmak,

2. Cumhuriyet başsavcısı tarafından verilen adlî ve idarî görevleri yerine getirmek,

..."

138. 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un *"Olayın yetkili mercie iletilmesi, işleme konulmayacak ihbar ve şikâyetler"* kenar başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikayet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler. "

139. 2937 sayılı Kanun'un *"Tanımlar"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunda geçen deyimlerden;

a) MİT: İstihbarat Teşkilatının kısaltılmış adını,

b) MİT mensubu: Bu Kanun veya bu Kanuna göre çıkarılmış yönetmelikler de yazılı görevleri yerine getirmekle

görevlendirilmiş MİT personeli ile diğer görevlileri,

c) MİT personeli;

1. MİT'in kadrosuna dahil memurları,

2. Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında olup MİT'de görevlendirilenleri,

3. MİT'de çalıştırılan sözleşmeli personeli,

İfade eder."

140. 2937 sayılı Kanun'un *"Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri"* kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"Milli 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 milli güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin milli güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Milli Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Milli Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

h) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.

i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) 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.

j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez..."

141. 2937 sayılı Kanun'un *"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri"* kenar başlıklı 5. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"MİT mensuplarına hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruşları gereken her türlü yardım ve kolaylığı göstermekle yükümlüdürler."

142. 2937 sayılı Kanun'un *"Soruşturma izni"* kenar başlıklı 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.

(Ek fıkra: 17/4/2014-6532/6 md.) Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir. "

143. 2937 sayılı Kanun'un *"Cezai hükümler"* kenar başlıklı (17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklikten önceki hâli ile) 27. maddesi şöyledir:

"Milli İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine teallük eden evrak veya malumatı istihsal eden kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa iki seneden sekiz seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Birinci fıkrada yazılı suçun icrası, resmi sıfat ve memuriyeti sona ermiş olsa dahi görevi gereği bu evrak veya malumatı elinde bulunduran veya malumata malik olan kimsenin taksiri neticesi mümkün kılınmış veya sadece kolaylaştırılmış olursa malumatı elinde bulunduran hakkında bir seneden beş seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur.

Bu evrak ve vesikaların münderecatı ile malumatı ifşa eden kimse, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmiyorsa, beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis ile cezalandırılır. Eğer fiil suçlunun taksiri neticesi vukubulmuş ise, altı aydan iki seneye kadar hapis cezası verilir.

İfşa suçunun yayın vasıtaları ile işlenmesi halinde verilecek ceza 1/2 nispetinde artırılır."

144. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) *"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."

145. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör amacı ile işlenen suçlar"* kenar başlıklı 4. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

...

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar.

..."

146. 3713 sayılı Kanunu'nun *"Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi, soruşturma ve kovuşturma usulü"* kenar başlıklı mülga 10. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayabilecek şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür ...

...

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;

a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

b) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.

c) Yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir

..."

147. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği'nin *"Olur ve kapsamı"* kenar başlıklı 37. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçları ile sıfat ve görevleri icaplarına uymayan hâl ve eylemleri nedeniyle haklarında araştırma ve gerektiğinde inceleme ve soruşturma yapılması, Üçüncü Dairenin teklifi üzerine Kurul Başkanının oluruna bağlıdır.

(2) Müfettişlerin denetim sırasında, denetlenen yerdeki (burada görev yapıp ayrılanlar da dahil olmak üzere) tüm hâkim ve savcılar hakkında; araştırma, inceleme veya soruşturma sırasında ise olur yazısında bulunan kişi veya konularla ilgili olarak; re'sen tespit ettikleri ya da ihbar veya şikâyet almak suretiyle öğrendikleri ve gecikmesinde sakınca bulunan hususlarda araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması için önceden olur alınması gerekmez. Ancak soruşturmaya geçildiğinde durum inandırıcı nedenler açık şekilde belirtilip, bu kanaati oluşturan bilgi ve belgelerden lüzumlu görülenler de eklenerek, Başkanlık aracılığıyla Kurul Başkanına sunulmak için Üçüncü Daireye iletilmek üzere Genel Sekreterliğe bildirilir. Soruşturmanın devam etmemesi yönünde bir karar verilmedikçe işlemlere devam edilir."

148. Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in *"Yazılı tutanağa dönüştürme"* kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir:

"(1) SEGBİS ile elde edilen kayıtlar, ilgili mevzuatta öngörülen usule göre UYAP Bilişim Sisteminde yazılı tutanağa dönüştürülüp, elektronik imza ile imzalanır. Yazılı tutanağa dönüştürme işlemleri için yazılım veya donanım araçları kullanılabilir.

(2) Bu kayıtların tutanağa dönüştürülmesi işlemi; soruşturma aşamasında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet başsavcılığı veya hâkim tarafından, kovuşturma aşamasında ise esas mahkemesince yapılır."

149. Anılan Yönetmelik'in *"Kayıtların taraflara verilmesi ve izlenmesi"* kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Ses ve görüntü kayıtları taraflara verilmez ancak yazılı tutanağa dönüştürülen kayıtlar kanunlarda öngörülen şartlara uygun olarak verilebilir.

(2) Talep veya itiraz halinde ses ve görüntü kayıtları, kanunlarda öngörülen şartlara uygun olarak soruşturma ve kovuşturma makamı gözetiminde ilgilisine izletilebilir."

150. HSYK Birinci Dairesinin 12/2/2015 tarihli ve 224 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

"Anayasamızın 37 nci maddesinde düzenlenen ve teminat altına alınan "Kanuni hâkim güvencesi" ilkesine uygun olarak, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen usûl ve esaslarla yargılama yapan ihtisas mahkemelerinin oluşturulduğu; bu mahkemelerin görev ve yetkilerinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilen kurallara tâbi olacağı, özel yetkili yeni mahkemelerin kurulmasının söz konusu olmadığı, aksine ceza mahkemelerinde ihtisaslaşmanın sağlanmasının amaçlandığı, bu bağlamda; ihtisaslaşma ile mahkemelerin kanunla belirlenmiş görevlerinin değiştirilmesi söz konusu olmadan mahkemeler arasında sadece "iş bölümü" esasının getirildiği, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mülga 250 ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun mülga 10 uncu maddesiyle görevlendirilen, bilahare (02/07/2012 tarihli ve 6352 ile 21/02/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'larla) kaldırılan ağır ceza mahkemelerinde olduğu gibi birden fazla mahallin tek bir mahallin yargı alanına bağlanmasının söz konusu olmadığı, bir başka ifadeyle

yargı çevresiyle ilgili bir değişikliğin yapılmadığı, keza usûl hükümleri bakımından da özel bir düzenlemenin getirilmediği, genel hükümlerin uygulanmasına devam edileceği,

...

Bu çerçevede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç), örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar bakımından ihtisaslaşmanın getirildiği, böylelikle anılan suçlarla mücadelede önemli bir adımın atıldığı ve hâkimlerin belli alanlarda uzmanlaşmasının sağlanarak yargılamanın daha hızlı bir biçimde bitirilmesinin söz konusu olabileceği,

...

Bu itibarla,

A-) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısmının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılacak davalara;

a-) İki veya daha fazla ağır ceza mahkemesi olan yerlerde 2 nci ağır ceza mahkemesinin,

...

Bakmasına ..."

151. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığının 19/3/2015 tarihli ve*"SEGBİS Cihazlarının Etkin Kullanılması"* konulu Genelge'sinin ilgili bölümü şöyledir:

"UYAP kapsamında geliştirilen Ses ve Görüntü İtilişim Sistemi (SEGBİS) ile soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkemece dinlenilmesine gerek görülen kişilerin (sanık, tanık, mağdur, bilirkişi vb.) sesli vc görüntülü iletişim teknikleri kullanılarak ifadelerinin alınması, bu ifadelerin kaydedilmesi ile duruşmaların tümüyle kayda alınması için gerekli teknik altyapının kurulması amaçlanmıştır.

SEGBİS ile etkin soruşturma ve adil yargılama, makul sürede hâkim önüne çıkarılma ve makul sürede yargılama ilkelerinin etkin bir şekilde uygulanması; kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin kurallara uyan bir ceza yargılaması ile maddi gerçeğin hızlı bir şekilde ortaya çıkarılmasına katkı sağlanması hedeflenmektedir.

...

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 52, 58, 94, 147/1-h, 180, 196vc 219 uncu maddelerinde öngörülen ifade alma, sorgu ve duruşma işlemlerinde teknik imkânlardan yararlanma, sesli ve görüntülü iletişim tekniğini kullanma ve teknik araçlarla kayda almaya dair düzenlemelerin etkin bir şekilde uygulanması; ifadesi ya da savunması alınacak kişilerin bizzat mahkemesince dinlenilmesi ya da sorgulanması, bunun sonucu olarak dosyaya, kişiye ve olaya göre daha sağlıklı ifade alınması yanında mahkemece duruşmaların daha etkin yönetimi ve mahkemenin, duruşma sırasında gerçekleşen olaylara ve tarafların beyanlarına daha iyi vukûfiyeti ayrıca yol tutuklaması uygulamasından kaynaklanan mağduriyetlerin ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

...

SEGBİS'in çalışma şekli; UYAP'ın içinde, katip yönetiminde, konuşan kişiye odaklanan kamera görüntüleri LCD ekranlar aracılığıyla taraflara yansıtılır. LCD ekranlara yansıtılan görüntüler duruşma salonunda bulunan bilgisayara kaydedilir.

...

SEGBİS kayıtlarına UYAP'taki yetki kurallarına göre erişilebilmektedir...

Duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde, bu kayıtlar vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt katibi tarafından imzalanır...

Ses ve görüntü kayıtları taraflara verilmez ancak yazılı tutanağa dönüştürülen kayıtlar mevzuatta öngörülen şartlara uygun olarak verilebilir. Talep veya itiraz halinde ses vc görüntü kayıtları, kanunlarda öngörülen şartlara uygun olarak soruşturma ve kovuşturma makamı gözetiminde ilgili kişiye izletilebilir.

..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

152. Mahkemenin 16/11/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

153. Başvurucular;

i. Yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıklarını ve bu nedenle tutuklamanın keyfî olduğunu, somut olayda kanunların tanımladığı anlamda bir suçun bulunmadığını, isnat edilen ve tutuklama kararı verilen suçlar yönünden makul veya kuvvetli suç şüphesinin mevcut olmadığını, tutuklama kararının kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenlerinin bulunduğuna dair ilgili ve yeterli gerekçeden yoksun olduğunu ve kararda adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin somut bulgulara dayalı olarak açıklanmadığını, tutuklama nedeni olarak isnat edilen suçun katalog suçlardan olmasına dayanıldığını, bizzat Adliyeye gelerek teslim olmaları dolayısıyla olayda kaçma veya delilleri etkileme ihtimalinin bulunmadığını, birinci sınıf hâkim (savcı) olmalarına ve olayda suçüstü hâli koşullarının bulunmamasına rağmen 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine aykırı şekilde haklarında yakalama kararı çıkarıldığını ve sorgulanıp tutuklanmalarına karar verildiğini, tutuklama koşulları oluşmaksızın verilen tutuklama kararı dolayısıyla bir gün bile tutuklu kalınsa tutukluluğun makul süreyi aştığının kabul edilmesi gerektiğini, HSYK tarafından belirli suçlara ilişkin davalara bakma hususunda görevlendirilen ihtisas mahkemelerinin bu yetki ve görevlerinin soruşturma aşamasını kapsamadığını, bu nedenle "doğal hâkim" ilkesinin bir gereği olarak birinci sınıf hâkim ve savcılar hakkında görevleri nedeniyle işledikleri iddia edilen suçlara ilişkin tutuklama isteminin 2802 sayılı Kanun'un 85. ve devamı maddeleri gereğince nöbetçi ağır ceza mahkemesince karara bağlanması gerekirken haklarındaki yakalama ve tutuklama kararlarının nöbetçi Tarsus 1. Ağır Ceza Mahkemesi yerine Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verildiğini, Mahkemece talebe ekli yirmi üç klasörden oluşan belgeler incelenmeksizin haklarında bir gün içinde yakalama kararı verilmesi ile henüz sorgu süreci devam ederken Adliyeye infaz savcısının ve kelepçeleriyle birlikte çok sayıda polis görevlisinin gelmesinin sorgu öncesinde tutuklama kanaatinin ortaya konulduğuna ve bunun bir takım kişilere açıklandığına işaret ettiğini, bu durumun tutuklama kararı veren Mahkemenin

tarafsız olmadığını gösterdiğini, HSYK'nın seçim süreci ve mevcut yapısı ile bazı HSYK üyelerinin açıklamaları ve kişisel konumları dikkate alındığında yargı organlarının bir bütün olarak yargısal karar alırken artık bağımsızlığını yitirdiklerinin kabul edilmesi gerektiğini, sorgu sırasında alınan ifadelere ilişkin SEGBİS yoluyla yapılan kayıtların imajlarının kendilerine verilmemesi, gizlilik (kısıtlama) kararı nedeniyle suçlamalara ilişkin delillere erişememeleri, 9/6/2015 tarihli tutukluluk incelemesinin SEGBİS yoluyla beyanları alınmadan yapılması ve saat 14.00'te yapılan bu incelemenin müdafilerine aynı gün sabah saatlerinde haber verilmesi nedeniyle savunma haklarının kısıtlandığını belirterek Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinin,

ii. Suçlamaya konu kanun maddelerinin açık, net, öngörülebilir ve belirgin olmadığını, Türk yargı organlarının bu maddeleri geniş yorumlayıp her türlü eylemi bu suçların kapsamına soktuklarını, bu kapsamda savcılık görevlerini yerine getirmekten ibaret eylemlerinin de kanun hükümlerinin keyfî yorumlanması sonucu suçlamaya konu edildiğini, olayda yürütülen faaliyetin Hükûmetin görev ve yetkisi kapsamında bulunmaması nedeniyle isnat edilen suçun unsurları itibarıyla gerçekleşmediğini, böylece *"Kanunsuz suç ve ceza olmaz."* ilkesine riayet edilmediğini, haklarında yürütülen adli ve idari işlemler sürecinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Hükûmet üyeleri, siyasetçiler, bazı yargı mensupları ve bir kısım medya organının açıklama ve yorumları ile suçlu ve terörist olarak ilan edildiklerini, bu suretle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini belirterek Anayasa'nın 38. maddesinin,

iii. Görevleri gereği verdikleri kararlarda ve resmî metinlerde açıkladıkları görüşleri nedeniyle ve hâkimlik teminatına bağlı şekilde yaptıkları yargısal görevlerinden dolayı soruşturulduklarını ve tutuklandıklarını belirterek Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler, tedbir kararı verilmesi istemi ile birlikte hak ihlalinin tespiti ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

154. 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, § 16). Bu itibarla başvurucuların;

i. Haklarında yürütülen adli ve idari işlemler sürecinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Hükûmet üyeleri, siyasetçiler, bazı yargı mensupları ve bir kısım medya organının açıklama ve yorumları kapsamında suçlu ve terörist olarak ilan edildikleri ve masumiyet karinesinin ihlal edildiği şikâyetlerinin Anayasa'nın 38. maddesi,

ii. Yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıkları, savcılık görevlerini yerine getirmekten ibaret eylemlerinin kanun hükümlerinin keyfî yorumlanması sonucu suçlamaya konu edildiği, isnat edilen suçun unsurlarının oluşmadığı, görevleri gereği verdikleri kararlarda ve resmî metinlerde açıkladıkları görüşleri nedeniyle tutuklandıkları, somut olayda kanunların tanımladığı anlamda bir suçun bulunmadığı, tutuklama kararı verilen suçlar yönünden makul veya kuvvetli suç şüphesinin olmadığı, bizzat Adliyeye gelerek teslim olmaları dolayısıyla olayda kaçma veya delilleri etkileme ihtimalinin bulunmadığı, tutuklama kararının kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri yönünden ilgili ve yeterli gerekçeden yoksun olduğu ve kararda adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin açıklanmadığı, birinci sınıf hâkim (savcı) olmalarına ve olayda suç üstü hâli koşullarının bulunmamasına rağmen kanuna aykırı olarak "doğal hâkim" ilkesine aykırı bir şekilde nöbetçi olmayan mahkeme tarafından tutuklanmalarına karar verildiği ve bu mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığı; sorgu sırasında alınan ifadelere ilişkin SEGBİS yoluyla yapılan kayıtların imajlarının kendilerine verilmemesi, kısıtlama kararı nedeniyle suçlamalara ilişkin delillere erişememeleri, 9/6/2015 tarihli tutukluluk incelemesi sırasında beyanlarının alınmaması ve incelemenin yapılacağının müdafilerine aynı gün sabah saatlerinde bildirilmesi nedenleriyle savunma haklarının kısıtlandığı şikâyetlerinin Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

155. Öte yandan başvurucular başvuru formlarında, koşulları oluşmaksızın verilen tutuklama kararı dolayısıyla -bir gün bile tutuklu kalınsa- tutukluluğun makul süreyi aştığının kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüş ve Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında tutukluluğun makul süreyi aştığına dair iddialarını tekrarlamışlarsa da Anayasa Mahkemesince, ilk tutuklama kararına ilişkin olağan itiraz kanun yolu tüketiltikten sonra yapılan bireysel başvuruda Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında tutuklamanın hukukiliği ile sınırlı bir inceleme yapılması gerektiği sonucuna varılmıştır.

156. Bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma durumunda tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurunun başvurucular hakkında soruşturma veya ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra veya serbest bırakılmadan itibaren başvuru süresi içinde yapılması gerekir (*Mehmet Emin Kılıç*, B. No: 2013/5267, 7/3/2014, § 28). Buna göre ilk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay 16. Ceza Dairesinde yargılamaları devam eden başvurucuların, haklarında ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra başvuru süresi içinde yeniden bireysel başvuruda bulunarak -yeni bir bireysel başvuru formu doldurulması, başvuru harcının yatırılması gibi usul yükümlülükleri yerine getirilmek koşuluyla- tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetlerini bireysel başvuru konusu etmeleri mümkündür. Anayasa Mahkemesi ancak bu durumda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası kapsamında başvurucuların tutukluluğunun makul süreyi aşıp aşmadığı yönünde bir inceleme yapabilir.

Başvurucuların Ön İtirazı Hakkında

157. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, Bakanlığın görüşünün Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü (İçtüzük) ile belirlenen otuz günlük süre geçtikten sonra Anayasa Mahkemesine sunulduğunu, süresinde bildirilmeyen Bakanlık görüşüne muvafakat etmediklerini, Anayasa Mahkemesinin bu durumda dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar vermesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

158. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Esas hakkındaki inceleme"* kenar başlıklı 49. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(2) Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.*
>
> *(3) Komisyonlar ve bölümler bireysel başvuruları incelerken bir temel hakkın ihlal edilip edilmediğine yönelik her türlü araştırma ve incelemeyi yapabilir. Başvuruyla ilgili gerekli görülen bilgi, belge ve deliller ilgililerden istenir."*

159. İçtüzük'ün *"Bilgi, belge isteme ve tebliğ"* kenar başlıklı 70. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir."

160. İçtüzük'ün *"Adalet Bakanlığına bildirim"* kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir:

"(1) Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hâllerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir.

(2) (Değişik: 05/03/2014 günlü ve 28932 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İçtüzüğün 10. maddesi ile) Adalet Bakanlığı başvuruya ilişkin görüşünü otuz günlük süre içinde bildirir. Talep hâlinde Bölüm Başkanınca bu süre otuz güne kadar uzatılabilir. Başvurunun Adalet Bakanlığına bildiriminden itibaren belirtilen sürelerde cevap verilmediği takdirde, Mahkeme dosyadaki bilgi ve belgelere göre kararını verir. Mahkeme, içtihadın oluştuğu alanlarda veya ivedilikle karar verilmesi gereken durumlarda Bakanlık cevabını beklemeden başvurunun kabul edilebilirlik ve esası hakkında karar verebilir.

(3) Adalet Bakanlığının cevabı başvurucuya tebliğ edilir. Başvurucunun tebliğ tarihinden itibaren varsa karşı beyanlarını, onbeş gün içinde Mahkemeye sunması gerekir."

161. Bakanlık, 6216 Sayılı Kanun'un 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesi uyarınca, bildirim yapılan başvurularda gerekli görmesi hâlinde görüşünü yazılı olarak Anayasa Mahkemesine bildirecektir. Bu bağlamda Bakanlığın bildirim yapılan tüm başvurularda görüş bildirmesinin zorunlu olmadığı görülmektedir.

162. Kendisine verilen görevleri yerine getirmesi sırasında ve bu itibarla bireysel başvuruların incelenip karara bağlanması sürecinde Anayasa Mahkemesinin; 6216 Sayılı Kanun'un 49. maddesinin (3) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün 70. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca her türlü araştırma ve incelemeyi yapma, gerekli görülen bilgi, belge ve delilleri ilgililerden isteme, bu kapsamda yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişi-

lerle doğrudan yazışma yapma, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceleme, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırma, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteme yetkisi bulunmaktadır.

163. İçtüzük'ün 70. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Bakanlığın süresinde görüş bildirmediği durumlarda Mahkemenin dosyadaki bilgi ve belgelere göre kararını vereceği ifade edilmektedir. Bakanlığın öngörülen süre içinde görüş bildirmemesi hâlinde Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuruyu karara bağlamak için Bakanlık görüşünün sunulmasını beklemesinin gerekmediğine işaret eden bu kuralın öngörülen süre geçtikten sonra fakat bireysel başvurunun henüz incelendiği aşamada sunulan Bakanlık görüşünün başvuruculara bildirilmesini, başvuruculara da bu görüşlere karşı cevaplarını sunmalarını yasakladığı söylenemez. Yukarıda da açıklandığı üzere Bakanlık görüşü sunulsun ya da sunulmasın Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruları incelerken her türlü araştırma ve incelemeyi yapma yetkisi bulunmaktadır.

164. Somut olayda Anayasa Mahkemesi İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 20/10/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına; Bölüm Başkanı tarafından da 25/2/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Bakanlığa gönderilmiştir.

165. Anayasa Mahkemesince Bakanlığa gönderilen bildirim yazısının UYAP üzerinden 26/2/2016 tarihinde onaylandığı, anılan yazıda gerekli görülmesi hâlinde yazılı görüşün otuz gün içinde bildirilmesinin ifade edildiği görülmektedir. Bakanlık, görüşünü bildirmek için ek süre isteminde bulunmamış ve başvuruya ilişkin yazılı görüşünü bireysel başvurucunun incelendiği süre içinde 27/4/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur. Bakanlık tarafından sunulan görüş yazısı başvuruculara tebliğ edilmiş, başvurucular da Bakanlık görüşüne karşı cevaplarını Anayasa Mahkemesine sunmuşlardır. Bu bağlamda başvuruculara başvuru formları ve eklerinde dile getirdikleri masumiyet karinesinin ihlal edildiğine yönelik bazı iddialarını Bakanlık görüşüne karşı cevaplarında etraflıca açıkladıkları görülmektedir.

166. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, eldeki bireysel başvuruyu incelerken başvurucular tarafından başvuru formları ve eklerinde ifade edilen

bilgilerin yanı sıra UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelerden de faydalanmış, ayrıca başvurucular hakkındaki disiplin soruşturmasına ve yargılamaya ilişkin dosyalardan bir kısım belgenin temini yoluna gitmiştir (bkz. § 10). Bakanlık görüşünde, başvuru ile ilgili yeni bir olgu veya delilin sunulmadığı, yalnızca başvuruda ileri sürülen şikâyetlerin hukuki nitelendirmesinde Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına atıf yapılarak gözönüne alınması önerilen hususların ifade edildiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya konu olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisinin takdir ettiği (bkz. § 154) dikkate alındığında, Bakanlık görüşünde bildirilen önerilerin başvuruda ileri sürülen şikâyetlerin nitelendirilmesi bakımından belirleyici olmadığı açıktır.

167. Açıklanan nedenlerle başvurucuların ön itirazlarının kabul edilmesi mümkün görülmemiştir.

1. Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

168. Başvurucular, haklarında yürütülen adli ve idari işlemler sürecinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Hükûmet üyeleri, siyasetçiler, bazı yargı mensupları ve bir kısım medya organının açıklama ve yorumları ile suçlu ve terörist olarak ilan edildiklerini, masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

169. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararları hatırlatılmış ve masumiyet karinesinin kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına aldığı, anılan karinenin hukuka uygun olmak koşuluyla kişilerin tutuklanmasına engel teşkil etmediği, somut olayda başvuruculara masumiyet karinesinin ihlali iddialarını yer, zaman ve içerik unsurlarını belirtmeden dile getirdikleri; öte yandan bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddiaların Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği, başvuruculara masumiyet karinesini ihlal ettiğini ileri sürdükleri medya organları ile diğer kişiler hakkında olağan hukuk yollarını tükettiklerine, örneğin ilgililer hakkında tazminat davası açtıklarına ve mağduriyetlerinin giderilmediğine dair bir bilgi olmadığı ifade edilmiştir.

170. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, Cumhurbaşkanı tarafından masumiyet karinesinin birçok kez ihlal edildiğini, kendi-

leri hakkında"paralel yapı mensubu" ve"casus" gibi ithamlarda bulunulduğunu; Adalet Bakanı tarafından da farklı tarihlerde yapılan açıklamalar ile masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular cevap dilekçelerinde Adalet Bakanı'nın açıklamalarına ilişkin olarak ulusal bir gazetede ve iki ayrı İnternet sitesinde yayımlanan haberlerin içeriğine ve Adalet Bakanı'nın bir sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımlara atıf yapmışlardır. Öte yandan başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Özcan Şişman ve Aziz Takcı'nın cevap dilekçelerinde, Cumhurbaşkanı'nın açıklamalarına ilişkin olarak yurt dışına yaptığı bir seyahat öncesinde 20/1/2014 tarihinde (Başbakan olarakgörev yaptığı dönemde) hava limanında yaptığı konuşmaya ve 31/5/2015 tarihinde bir televizyon programında yaptığı konuşmaya atıf yaptıkları görülmektedir.

171. Başvurucular tarafından Bakanlık görüşüne karşı cevap dilekçesinde belirtildiği şekliyle;

i. Cumhurbaşkanı'nın (Başbakan olarak görev yaptığı) 20/1/2014 tarihinde yurt dışı seyahati öncesi havalimanında yaptığı konuşmanın ilgili bölümü şöyledir:

"... Bir defa Savcı benim iznim olmadan kalkıp böyle bir müdahalenin içine giremez. Adalet Bakanlığının haberi olmadan böyle bir müdahalenin içine giremez ve Milli İstihbarat Teşkilatının ne getirip ne götürdüğüne bakamaz. Bu paralel yapılanmanın işte bir diğer versiyonudur. Biliyorsunuz daha önce şurada kısa bir zaman önce atılan adımın bir başka devamıdır. Ne yazık ki burada Jandarmamız da kullanılmıştır. Tabii burada gerek bu savcıyla ilgili gerekse Jandarmayla ilgili tabi komuta kademesini kastediyorum oradaki eratı kastetmiyorum hepsiyle hukuki süreç başlatılmıştır, gereği de bunlarla ilgili yapılacaktır ..."

ii. Cumhurbaşkanı'nın 31/5/2015 tarihinde bir televizyon programında yaptığı konuşmanın ilgili bölümü şöyledir:

"İnsani yardımı, lojistik destek noktasında şu anda Milli İstihbarat Teşkilatımız, Bayırbucak Türkmenlerine bu desteği vermektedir. Milli İstihbarat Teşkilatına atılan bu iftiralar, yapılan gayrimeşru operasyon, bir yer de bu ajan ve casusluk faaliyetidir. Bu casusluk faaliyetinin içine bu gazete de girmiştir. Orada rakamlar falan veriliyor. Bu rakamların kaynağı nedir? Kimden aldın sen bu rakamları? Paralel Yapıdan ..."

iii. Adalet Bakanı'nın yaptığı açıklamalara ilişkin olarak 28/1/2015 tarihinde ulusal bir gazetede yayımlanan haberin içeriğine göre konuşmanın ilgili bölümü şöyledir:

"... MİT tırlarıyla ilgili konu bana göre hukukun bilerek ve isteyerek çiğnendiği, kötüye kullanıldığı bir hadisedir. Ben ihanet olarak görüyorum Türkiye ve Türkiye'ninhukukuna ... Reyhanlı'da bir terör saldırılısında onlarca vatandaşımız şehit oldu ve onlarcası da yaralandı. Hatay Reyhanlı özel yetkili savcılık bakımından Adana'ya bağlı. Bu soruşturmayı yapanlar tıra gittiler, başka yerde tırın üzerine çıktılar, ellerindeki kameralarla görüntüler çektiler ama Hatay Reyhanlı'da bu kadar insanımız hayatını kaybetti, bunlardan hiçbirisi Adana'dan kalkıp olay yerinde bir inceleme yapmadı. Çok ilginç ... Bütün bunların sebebinini vatandaş olarak Adalet Bakanı olarak soruyorum. Sadece muhbiri doğru yerine koyup hareket eden, kanunu bir tarafa atıp kendi keyfine göre hareket etmesini sağlayan güç nedir? Türkiye'yi teröre yardım eden eden bir ülke olarak göstermek için yapılmıştır. Birinci nedeni budur. İkinci nedeni Türkiye'nin Başbakanlığını, hükûmetini uluslararası mahkemelerde yargılatacak bir süreci başlatmak, orada yargılanmasını sağlamak. Üçüncü bir nedeni de MİT uluslararası bir boyut kazandı. Türkiye'nin istihbarat teşkilatına güvenenlere bir mesaj verilmek istendi: 'Siz Türklere güvenmeyin, onlar kendi ülkelerinde bir yerden bir yere TIR dahi sevkedemiyorlar' dedirtmek gibi birtakım hedefleri var.Bunların her biri bu ülkeye ihanettir. MİT tırları hadisesi bu ülkenin Anayasa, yasasına ve hukuka bağlı vicdanla hareket eden bir yargı görev[lisinin] yapacağı bir işve işlem asla değildir. MİT tırları hadisesini ülkeye dönük bir ihanet olarak gördüğümü her zaman ifade etmek isterim. Milletimiz de bunu görmüştür, hukuku birkılıca çevrilmesine yargı görevi yapan da olsa bu, buna asla biz müsaade etmeyiz.Bizim demokrasimiz de hukuk devleti anlayışımız da buna müsaade etmez, etmesi demümkün değildir ..."

iv. Adalet Bakanı'nın yaptığı açıklamalara ilişkin olarak 23/1/2014 tarihinde bir İnternet sitesinde yer alan haberin içeriğine göre konuşmanın ilgili bölümü şöyledir:

"... Bir ülke düşünün ki, milli istihbarat teşkilatı yasalarla verilmiş rutin görevlerini yapma noktasında böyle bir muameleye maruz kalsın. Şimdi herkes 'Devlet MİT'in güvenliğini sağlayamaz mı, gerekli tedbirlerini alamaz mı?' diye düşünüyor. Elbette alır. Yasalar ne görev veriyorsa o görevler yapılıyor ... Birileri Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni veya hükümetini terör örgütlerine yardım ediyormuş gibi gösterme gayretinin içine giriyorlarsa bilsinler ki, bun-

lar beyhude çabalar. Bir netice almaları mümkün değildir. Çünkü böyle bir yardım asla yapılmamıştır, yapılması da söz konusu değildir ... "

v. Adalet Bakanı'nın yaptığı açıklamalara ilişkin olarak 18/12/2015 tarihinde bir İnternet sitesinde yer alan haberin içeriğine göre konuşmanın ilgili bölümü şöyledir:

"... MİT tırları hadisesi sırasında Adalet Bakanıydım. MİT tırları hadisesi Türkiye'ye dönük çok büyük bir ihanettir. Türkiye'de yargı görevi yapanlar, bu görevin dışına çıkamazlar hukuka uygun görevler yapmaları gerekir. MİT mensuplarının nasıl yargılanacağı belli. Ama o yasayı takmıyorsunuz. Ben bunu yargısal faaliyet olarak görmüyorum savcı eliyle yapılması o noktaya getirmez. Türkiye'yi terör örgütlerine yardım eden bir ülke haline sokmak için yargı eliyle yapılmış hukuk dışı bir suç eylemi olarak gördüğümü ifade ettim. Canlı yayında soruşturmayı izlerken Başsavcıyı aradım. Benimle ilgili dosya açtırdılar. Keşke ne dediğimi yayınlasalar Türkiye görse. Anayasayı yasayı ayaklar altına alan güç hukuka bağlı değil Türkiye'yi DEAŞ terör örgütüne destek vermekle suçluyorlar. Bunu söyleyenler yalan söylüyorlar. Türk hükümetine Türk milletine ihanet ediyorlar ..."

vi. Adalet Bakanı'nın bir sosyal medya hesabından 20/11/2015 tarihinde yaptığı paylaşımların ilgili bölümü şöyledir:

"Bugüne dek Suriye Bayırbucak Türkmen'lerinin yanında olan ve onları destekleyen Türkiye, bundan sonra da onların yanındadır ve destekçisidir. Suriye'deki Bayırbucak Türkmen'lerine yardım götüren MİT tırları üzerinden Türkiye'yi teröre destek vermekle suçlayan hainler ile Ak Parti düşmanlığı yüzünden bu iftirayı yayanlar,bu defa utanmadan Türkiye'yi Bayırbucak Türkmen'lerini yalnız bırakmakla suçluyorlar. Sırf Ak Parti'nin zarar görme ihtimali var diye şeytanla dahi işbirliği yapabilecek tıynette olan bu binbir surat hainleri iyi tanımalıyız."

172. Masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti "asıl" olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz Bu çerçeve-

de masumiyet karinesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 26, 27).

173. Anılan karine, bir kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kamu yetkilileri tarafından suçlu ilan edilmesine karşı koruma sağlamaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini engellemez. Ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğundan Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası, bilginin gereken bütün dikkat ve ihtiyat gösterilerek verilmesini gerekli kılar (*Nihat Özdemir*, B. No: 2013/1997, 8/4/2015, § 22).

174. AİHM de masumiyet karinesinin suç isnadı altında olan veya ceza yargılaması sonucu beraat eden kişinin hukuk karşısında masum olduğu ve kendisine buna uygun olarak muamele edilmesi gerektiği anlamına geldiğini ifade etmiştir. Anılan karine, ceza yargılaması kapsamında bir usul güvencesi olmasına rağmen buna ilişkin korumanın uygulanabilir ve etkili şekilde sağlanabilmesi için beraat eden veya hakkındaki ceza davası bir şekilde mahkûmiyet ile sonuçlanmayan kişilere, kamu görevlileri veya otoriteleri tarafından gerçekte suçlularmış gibi muamele edilmesinin önlenmesi gerekir (*Allen/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 25424/09, 12/7/2013, §§ 92-105).

175. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İçtüzük'ün 59. maddesinin ilgili fıkraları uyarınca 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 başvuru dilekçesinde belirtmesi şarttır. Başvuru dilekçesinde kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükler-

den hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

176. Somut olayda başvuruculaların, başvuru formları ve eklerinde Cumhurbaşkanı, Başbakan, Hükûmet üyeleri, siyasetçiler, yargı mensupları ve bir kısım medya organının hangi açıklama ve yorumları ile kendilerinin suçlu ve terörist olarak ilan edilmesi suretiyle masumiyet karinesini ihlal ettiklerini belirtmedikleri görülmektedir. Bunun yanı sıra başvurucular, masumiyet karinesini ihlal ettiklerini ileri sürdükleri Hükûmet üyeleri (Başbakan haricinde), siyasetçiler, yargı mensupları ve medya organlarına yönelik hiçbir belirleyici ya da ayırt edici ifade de kullanmamış; başvuru formunda anılan iddialarını somut bir olgu veya olay belirtmeksizin soyut olarak dile getirmiş; iddialarına ilişkin başvuru formları ve eklerinde bilgi, belge veya kanıt sunmamışlardır.

177. Bununla birlikte başvuruculaların Bakanlık görüşüne karşı sundukları cevap dilekçelerinde masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarını Cumhurbaşkanı tarafından yapılan iki ayrı açıklamanın içeriğine, Adalet Bakanı tarafından yapılan açıklamalara ilişkin bir gazetede ve iki ayrı İnternet sitesinde yayımlanan haberlerin içeriğine ve bir sosyal medya hesabından yapılan paylaşımlara dayandırdıkları görülmektedir.

178. Dolayısıyla başvuruculaların, masumiyet karinesini ihlal ettiklerini ileri sürdükleri Başbakan, (Adalet Bakanı dışındaki) Hükûmet üyeleri, siyasetçiler, yargı mensupları ve bir kısım medya organı yönünden başvuruya konu ihlal iddialarıyla ilgili deliller sunarak olaylara ilişkin iddialarını kanıtlama ve hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını ortaya koyma yükümlülüklerini yerine getirmedikleri anlaşılmıştır.

179. Başvuruculaların masumiyet karinesinin kamu makamları tarafından ihlal edildiğine yönelik tek somut bilgi, Bakanlık görüşüne karşı cevap dilekçelerinde belirttikleri Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı'nın açıklamalarıdır. Bu itibarla başvuruculaların şikâyetleri değerlendirilirken başvurucular tarafından somut olarak bildirilen bu açıklamalar ile sınırlı bir inceleme yapılmıştır.

180. MİT'e ait tırların durdurulması sonrasında yaşananlar kamuoyu tarafından yakından takip edilmiş ve uzun bir süre ülke gündeminde yer almıştır. Siyasi çevrelerde durdurulan tırlardaki malzemelerin içeriğine

ve tırların güzergâhına dair çeşitli yorum ve değerlendirmelerde bulunulmuş, konu üzerinde yoğun siyasi tartışmalar yaşanmıştır.

181. Cumhurbaşkanı'nın ve Adalet Bakanı'nın, başvuruculaların isimlerini zikretmeden, ulusal güvenliğe ve hükûmete yönelik bir eylem olarak değerlendirdikleri söz konusu faaliyetlere ve bu faaliyetlerin icra ediliş şekline yönelik eleştiri ve açıklamalarının bağlam ve şartları ile içeriği birlikte değerlendirildiğinde ve MİT'e ait tırların durdurulmasına ve aranmasına yönelik tartışmaların güncelliği nedeniyle ortaya çıkan kamusal yarar dikkate alındığında bu açıklama ve eleştiriler ile başvuruculaların suçlu olarak nitelendirilmesinin ya da suçlu muamelesine tabi tutulmasının söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

182. Açıklanan nedenlerle başvuruculaların masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Doğal Hâkim, Bağımsız ve Tarafsız Hâkim İlkelerine Aykırı Olarak ve Yetkisiz Mahkemece Tutuklandıklarına İlişkin İddia

183. Başvurucular, birinci sınıf hâkim (savcı) olmalarına ve olayda suç üstü hâli koşullarının bulunmamasına rağmen kanuna aykırı olarak "doğal hâkim" ilkesine aykırı bir şekilde nöbetçi olmayan Mahkeme tarafından tutuklanmalarına karar verildiğini ve bu Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığını ileri sürmüşlerdir.

184. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararları hatırlatılmış ve başvuruculaların tutuklanmasına karar veren Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 6572 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen hükme dayanılarak ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi amacıyla HSYK Birinci Dairesi kararıyla terör suçlarına ilişkin davalara bakmak hususunda başvuruculaların tutuklandıkları tarihten önce yetkilendirilmiş olduğu, başvuruculara isnat edilen suçların bu yetki kapsamındaki suçlardan olduğu, 2802 sayılı Kanun'un 85. ve 89. maddelerine göre anılan Mahkemenin başvuruculaların tutuklama istemlerini karara bağlamada yetkili olduğu ifade edilmiştir.

185. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, HSYK tarafından terör suçlarına ilişkin davalara bakmak üzereihtisas mahkemesi olarak görevlendirilen Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bu görevinin yargılama aşaması ile sınırlı olduğunu ve soruşturma aşamasını kapsamadığını dolayısıyla anılan Mahkemenin soruşturma işlemi niteliğinde bulunan yakalama ve tutuklama kararı vermeye yetkili olmadığını iddia etmişlerdir. Diğer yandan başvurucular Süleyman Bağrıyanık, Aziz Takcı ve Özcan Şişman HSYK tarafından kendilerinin tutuklanması amacına hizmet edeceği düşünülen hâkimlerin Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine atandığını, bu itibarla anılan Mahkemenin doğal hâkim ilkesine aykırı olarak teşekkül ettiğini ileri sürmüşlerdir.

186. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirtildiği gibi doğal hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Doğal hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına, başka bir anlatımla sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

187. Bununla birlikte kanuni (doğal) hâkim güvencesi, yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin, önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılamaz. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin, kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakmaları kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

188. Bu kapsamda bir kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması hâlinde doğal hâkim ilkesine aykırılık söz konusu olamaz (AYM, E.2009/52, K.2010/16, 21/1/2010).

189. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında*

mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz." Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

190. Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

191. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından açıkça söz edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

192. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Öncelikle mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin, bunların nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

193. Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin, davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan, hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk

düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tabi kılınmıştır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

194. Somut olayda 5235 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına dayanılarak, ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi amacıyla HSYK Birinci Dairesinin 12/2/2015 tarihli kararı ile Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine genel hükümlere göre baktığı davaların yanı sıra 5237 sayılı Kanun'un ikinci kitap dördüncü kısmının dört, beş, altı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlar (318., 319., 323., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlara ilişkin açılacak davalara bakma görevi verilmiştir. Başvuruculaların tutuklanmasına karar veren Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinde görev yapan hâkimler de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadırlar. Dolayısıyla HSYK tarafından belirli suçlara ilişkin davalara bakmak hususunda başvuruculaların tutuklandıkları tarihlerden önce ihtisas mahkemesi olarak yetki verildiğinden bahisle anılan mahkemenin "doğal hâkim" ilkesine aykırı olarak kurulduğunun kabulü mümkün olmadığı gibi bu mahkemede görev yapan hâkimlerin Tarsus Adliyesinde bulunan diğer ağır ceza mahkemelerinde görev yapan hâkimlerden "mahkemelerin bağımsızlığı" yönünden farklı bir konuma yerleştirilmelerini gerektiren herhangi bir neden de bulunmamaktadır. Öte yandan Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinde görev yapan hâkimler, diğer tüm hâkimler gibi Anayasa ve kanun hükümlerinde yer alan ve bağımsızlığı öngören ve tarafsızlığı temin eden güvencelere sahiptirler. Bu nedenle anılan mahkemede görev yapan hâkimlerin nesnel açıdan tarafsızlıklarının bulunmadığı ileri sürülemez (Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, § 130).

195. Genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından ihtisaslaşmanın sağlanabilmesi amacıyla terör suçlarına ilişkin davalara bakmakla yetkilendirilen Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinde görev yapmakta olan hâkimlerin; gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle başvuruculara yönelik somut ön yargılı bir işlem ve tutumları gösterilmeksizin sübjektif değerlendirmelere ve varsayımlara dayalı olarak siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, § 131).

196. Öte yandan HSYK Başmüfettişliği tarafından başvurucular hakkında (tutuklamaya yönelik) yakalama kararı verilmesi talebiyle Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Anılan Mahkeme, HSYK Birinci Dairesi tarafından 12/2/2015 tarihli kararla 5235 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına dayanılarak terör suçları olarak ifade edilen belirli suçlara ilişkin davalara bakma konusunda ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilmiştir. HSYK Birinci Dairesi tarafından yapılan bu görevlendirmenin, terör suçları kapsamında yapılan soruşturmalarda ilgili kanun gereği ağır ceza mahkemesi tarafından verilecek koruma tedbirlerini kapsayıp kapsamadığı hususunda mevzuatta bir belirsizlik bulunmaktadır. Olay tarihinde Adana Cumhuriyet Başsavcısı, Adana Cumhuriyet Başsavcıvekili ve Adana Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapan başvuruculaın görevlerinden (konumlarından) kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanarak işledikleri iddia olunan suçlara ilişkin son soruşturmanın açılmasına karar verme yetkisi, en yakın ağır ceza mahkemesi olarak Tarsus ağır ceza mahkemelerine aittir. HSYK tarafından başvurucular hakkında kovuşturma izni verilirken ayrıca Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığınca iddianamenin Tarsus Ağır Ceza Mahkemesine hitaben düzenlenmesi karara bağlanmıştır. Başsavcılık tarafından düzenlenen iddianame doğrudan Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiş ve anılan Mahkemece başvurucular hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verilmiştir (bkz. §§ 79, 84). Başvuruculara isnat edilen ve başvuruculaın tutuklanmalarına karar verilen 5237 sayılı Kanun'un 312. maddesinde düzenlenen "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasına kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme" ve aynı Kanun'un 327. maddesinde düzenlenen "devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme" suçları, HSYK Birinci Dairesinin 12/2/2015 tarihli kararında belirtilen ve (iki veya daha fazla ağır ceza mahkemesi olan yerlerde) ihtisas mahkemesi olarak (2) numaralı Ağır Ceza Mahkemesinin bakması gereken suçlar arasındadır (bkz. § 150). Dolayısıyla başvurucular hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi amacıyla iddianamenin (doğrudan) Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine hitaben düzenlenmesinde, başvuruculara isnat edilen suçların HSYK Birinci Dairesinin 12/2/2015 tarihli kararında belirtilen ve ihtisas mahkemesi olarak anılan Mahkemece bakılması gereken "terör suçları" arasında olmasına dayanıldığı görülmektedir. Bu itibarla Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 2802 sayılı Kanun'un 89. maddesinin birinci fıkrası uyarınca başvurucular hakkında son soruşturmanın açılmasına karar verme-

ye yetkili mahkeme olduğundan aynı Kanun'un 85. maddesinde uyarınca Mahkemenin başvurucuların tutuklama istemlerini karara bağlama hususunda yetkili olduğuna yönelik kabulde bariz takdir hatası ya da açık bir keyfîlik bulunduğu söylenemez (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, § 132).

197. Açıklanan nedenlerle başvurucuların "doğal hâkim" ilkesine aykırı olarak kurulan, bağımsız ve tarafsız olmayan yetkisiz mahkemece tutuklandıkları iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

198. Başvurucular, yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıklarını, savcılık görevlerini yerine getirmekten ibaret eylemlerinin kanun hükümlerinin keyfî yorumlanması sonucu suçlamaya konu edildiğini, isnat edilen suçun unsurlarının oluşmadığını, somut olayda kanunların tanımladığı anlamda bir suçun bulunmadığını, tutuklama kararı verilen suçlar yönünden makul veya kuvvetli suç şüphesinin olmadığını, bizzat Adliyeye gelerek teslim olmaları dolayısıyla olayda kaçma veya delilleri etkileme ihtimalinin bulunmadığını, tutuklama kararının kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri yönünden ilgili ve yeterli gerekçeden yoksun olduğunu ve kararda adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin açıklanmadığını, birinci sınıf hâkim (savcı) olmalarına ve olayda suçüstü hâli koşullarının bulunmamasına rağmen 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine aykırı şekilde haklarında yakalama kararı çıkarıldığını ve sorgulanıp tutuklanmalarına karar verildiğini ileri sürmüşlerdir.

199. Öte yandan başvurucular, görevleri gereği verdikleri kararlarda ve resmî metinlerde açıkladıkları görüşleri nedeniyle ve hâkimlik teminatına bağlı şekilde yaptıkları yargısal görevlerinden dolayı soruşturulduklarını ve tutuklandıklarını belirterek Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular hakkında (Süleyman Bağrıyanık yönünden) Cumhuriyet başsavcılığı, (Ahmet Karaca yönünden) Cumhuriyet başsavcıvekilliği, (Aziz Takcı ve Özcan Şişman yönünden) Cumhuriyet savcılığı görevlerinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanarak yetkili olmadıkları hâlde verdikleri arama kararları ve yaptıkları/yaptırdıkları soruşturma işlemleri ile (haklarında kamu davası açılan bir kısım kamu görevlisiyle birlikte) planlı ve sistematik bir şekilde yürütülen organizasyonun parçası olarak

devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgiler olan ve MİT tarafından yasal olarak gerçekleştirilen, özünde devlet sırrı niteliğinde olan faaliyetleri ifşa ettikleri iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında tutuklama kararı verilmiş; başvurucular bu tutuklamanın hukuki olmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara isnat edilen eylemler, herhangi bir olaya ilişkin kişisel düşünce ve kanaatlerini ortaya koymaları değil kamusal bir yetki olan Cumhuriyet başsavcılığı, Cumhuriyet başsavcıvekilliği ve Cumhuriyet savcılığı görevleri nedeniyle verdikleri ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli arama kararları ve yine yaptıkları/yaptırdıkları soruşturma işlemlerine ilişkindir. Başvurucuların yetki ve görevleri olmaksızın söz konusu arama kararlarını verirken ve soruşturma işlemlerini yaparken/yaptırırken Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmak amacıyla hareket ettikleri iddiası, başvuruculara isnat edilen ve tutuklanmalarına karar verilen suçlamanın temelini oluşturmaktadır. Bu itibarla başvurucuların anılan iddialarının, tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin şikâyetleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir (Benzer yönde bir değerlendirme için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik,* § 135).

200. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararları hatırlatılmış ve suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için ilgilinin atılı suçu işlediği yönünde makul şüphenin ya da inandırıcı nedenlerin bulunmasının yeterli olduğu, makul şüphenin varlığının elde edilen deliller ve somut olayın koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerektiği, gözaltına alma anında veya nezarette iken bir kişiye suç isnadında bulunmak için yeterli delil elde edilmiş olmasının aranmadığı, öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 17/11/2010 tarihli ve "Hâkimler; bağımsızlık, etkililik ve sorumluluklar" konulu tavsiye kararının 68. maddesinde *"davaların karara bağlanması için hâkimler tarafından kanunun yorumlanması, olayların değerlendirilmesi ve delillerin tartışılmasının kötü niyet hâli dışında hâkimin cezai sorumluluğuna yol açmaması gerektiğinin"* belirtildiği, bu durumda bir hâkimin yargısal faaliyet sırasında sergilediği eylemi kötü niyetli ise görünürdeki yargısal faaliyete rağmen hâkimin ceza soruşturmasına muhatap olabileceği dolayısıyla bir soruşturma sürecinin doğal seyrinde bulunan

arama, el koyma, yakalama ve tutuklama tedbirlerinin kanun ile öngörülen koşulların oluşması durumunda hâkimler için de uygulanabileceği, başvurucular hakkında HSYK Başmüfettişliğinin tutuklama amaçlı yakalama emri düzenlenmesi talepli yazısında her bir başvurucu yönünden değerlendirmeler yapıldığı ve ilgili delillerin sıralandığı, sonrasında da başvurucular hakkında Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede suçlamaya ilişkin delillerin belirtildiği, böylece başvuruculara atılı suçu işlemiş olabileceklerine ilişkin ciddi belirtiler bulunduğu ifade edilmiştir.

201. Bakanlık görüşünde devamla, 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinde, hâkim ve savcıların Kanun'da öngörülen usule göre verilmiş bir inceleme ve soruşturma izni bulunmadan tutuklanamayacağının, yakalanamayacağının, sorguya çekilemeyeceğinin ve aranamayacağının düzenlendiği ancak ağır cezalık suçüstü hâlinin bu usulden ayrı tutulduğu, buna göre ağır cezalık bir suçüstü hâli mevcutsa soruşturma izni beklenmeden anılan tedbirlerin uygulanabileceği, işlenen suç ağır cezalık olsa bile suçüstü hâli yoksa veya ağır cezalık olmayan bir başka suç söz konusu ise hâkim ve savcı hakkındaki soruşturmanın (suç görevden kaynaklanmış veya görev sırasında işlenmiş olmak şartıyla) HSYK Üçüncü Dairesinin teklifi ve Kurul Başkanı'nın "olur"u ile yapılabileceği ve bu usul tamamlandığında yani izin verildiğinde hâkim ve savcıların sorgusunun yapılmasının ve haklarında koruma tedbirlerine başvurulmasının mümkün olduğu, somut olayda başvurucular hakkında soruşturma izninin verilmiş olduğu belirtilmiştir.

202. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinin görev suçu ve kişisel suç ayrımı yapmaksızın ağır cezalık suçüstü hâlleri dışında hâkim ve savcıların tutuklanmasına izin vermediğini, kuralda soruşturma izni verilmesi hâlinde tutuklama kararı verilebileceğine ilişkin bir ibarenin olmadığını, HSYK müfettişlerinin yürüttükleri soruşturmalarda tutuklama ya da tutuklama amaçlı yakalama kararı verilmesini talep etme yetkilerinin bulunmadığını, 5271 sayılı Kanun'un 98. ve 100. maddelerinde belirtilen koşullar bulunmadan haklarında yakalama ve tutuklama kararı verildiğini, tutuklama kararının tutuklama şartları ve nedenleri yönünden gerekçeden yoksun olduğunu iddia etmişlerdir. Diğer yandan başvurucu Ahmet Karaca; kendisine isnat edilen suçların yasal unsurlarının oluşmadığını, Cumhuriyet savcılarının yaptığı soruşturma işlemlerine yönelik olarak bir denetim ve gözetim yet-

kisinin bulunmadığını, Cumhuriyet savcıları Aziz Takcı ve Özcan Şişman ile yürütülen soruşturmalar hakkında bilgilendirme amaçlı telefon görüşmesi yaptığını ve savcıların ilettikleri kadarıyla bilgi sahibi olduğunu, edindiği bu bilgileri de Cumhuriyet Başsavcısı olan Süleyman Bağrıyanık'a ilettiğini ileri sürmüştür.

203. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).

204. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan 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).

205. Anayasa'da yer alan kurallara benzer şekilde Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, anılan fıkranın (a)-(f) bentlerinde belirtilen hâller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 42).

206. Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfî bir şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların maddenin amacına uygun olması gerekir (*Abdullah Ünal*, B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 38).

207. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

> *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir."*

208. Anılan fıkrada, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

209. Ancak bu nitelemeye bağlı olarak kişinin suçla itham edilebilmesi için yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüphelere dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 73).

210. Tutukluluk, 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 100. maddeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabilir. Maddede tutuklama nedenlerinin neler olduğu da belirtilmiştir. Buna göre (a) şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa, (b) şüpheli veya sanığın davranışları; 1) delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2) tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması hâlinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste hâlinde belirtilmiştir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46).

211. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bir kişi -suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmak koşuluyla- hakkında dava açmak için gerekli delillerin tespiti amacıyla tutulabilir. Tutmanın amacı ayrıca kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87).

212. Öte yandan ciddi ve ağır bir tedbir olan tutuklama, ancak daha hafif başka bir tedbirin bireyin ve kamunun yararını korumak için yeterli olmayacağının ortaya konulması hâlinde makul kabul edilebilir. Bu bağlamda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygun olması tutuklama tedbirinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Tutuklama tedbiri somut olayın koşulları altında "gerekli" de olmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar,* § 68). Bu, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütleri arasında sayılan "ölçülülük" ilkesinin unsurlarından biri olan "gereklilik" unsurunun (AYM, E.2015/40, K.2016/5, 28/1/2016) da bir gereğidir. Tutukluluğa ilişkin kararlarda hedeflenen meşru amaçla yapılan müdahale arasında gözetilmesi gereken denge açısından öncelikle adli kontrol tedbirleri değerlendirilmeli ve adli kontrolün neden yetersiz kalacağı gerekçelendirilmelidir (*Engin Demir* [GK], B. No: 2013/2947, 17/12/2015, § 69).

213. Bununla birlikte Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (*Abdullah Ünal,* § 39). Ancak Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan koşulların bireysel başvuru konusu yapılmış olan tutuklama kararlarının gerekçelerinde gösterilmiş olup olmadığını ve somut olayın koşulları altında tutuklama tedbirine başvurulurken Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer alan ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevidir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 69).

214. Diğer taraftan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Dinç ve Çakır/Türkiye,* B. No: 66066/09, 9/7/2013, § 46).

215. Bir kişinin gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması kabul edilemez. Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir şüpheli ya da sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutukla-

ma kararı vermek, bu çerçevede değerlendirilmemelidir (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 70).

216. Somut olayda başvurucular hakkında yürütülen soruşturmada, 6087 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca soruşturmanın yürütülmesiyle ilgili olarak Cumhuriyet savcısına tanınan yetkileri kullanan HSYK Başmüfettişliği tarafından başvurucuların; haklarında dava açılan ve tutuklama tedbiri uygulanan bir kısım kamu görevlisi şüpheli/sanık ile planlı ve sistematik bir şekilde yürütülen organizasyonun parçası olarak eylem ve fikir birliği içinde hareket ettikleri; bu kişilerle koordineli bir biçimde sahte ihbar ve delil uydurmak suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmak amacıyla ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni terörle ilişkilendirmek kasıt ve iradesiyle belirli bir mizansen çerçevesinde hareket edip devlet sırrı kapsamındaki faaliyetleri deşifre ettikleri; devletin güvenliğine ve siyasal faaliyetlerine ilişkin bilgileri temin edip ifşa etmek amacıyla (yapılan ihbarlar öncesinde baştan beri faaliyetin niteliğini bildikleri hâlde) bu faaliyetlere tahsis edilmiş tırlarda usul ve yasaya aykırı olarak arama yapmak, yaptırmak, yapmaya teşebbüs etmek ya da sessiz kalmak veya görüntü ve numune aldırmak suretiyle bu görüntü ve bilgilerin basın ve yayın organlarında yer almasına sebep oldukları belirtilerek başvurucular hakkında "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ve siyasal faaliyetlerine ilişkin bilgileri temin edip ifşa etme" suçlarını işledikleri iddiasıyla tutuklamaya yönelik yakalama emri çıkartılması talebinde bulunulmuştur.

217. Söz konusu talep yazısında başvurucuların isnat konusu suçlamalara ilişkin eylemleri belirtilirken;

i. Başvurucu Süleyman Bağrıyanık'ın 1/1/2014 tarihinde Hatay Kırıkhan'da MİT'e ait tırın ve ona eşlik eden aracın durdurulması üzerine Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı ile yaptığı telefon görüşmelerine ilişkin olarak düzenlediği tutanağı (tek imzalı belgeyi) doğrudan görevli ve yetkili birimlere göndermek yerine bu kişilerin terör örgütü üyesi olduğu algısını yaratacak şekilde TMK mülga 10. madde ile görevli Cumhuriyet savcısına gereğinin ifası için göndermesi, her iki olayda tırların

ve tırlara eşlik eden otomobillerin durdurulmasının hemen sonrasında araçların MİT'e ait, ilgili personelin de MİT personeli olduğunu ve gerçekleştirilen faaliyetin suç teşkil etmediğini (Adalet Bakanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarı, Adana ve Hatay Valileri, ilgili diğer kamu görevlileri ile yaptığı görüşmeler sonucunda) bilmesine rağmen gözetim ve denetimi altındaki Cumhuriyet savcılarınca kanun dışı olarak gerçekleştirilen (devlet sırrı niteliğindeki tırlarda bulunan malzemenin aranmasına ilişkin) eylem ve işlemlere karşı herhangi bir müdahalede bulunmaması,

ii. Başvurucu Ahmet Karaca'nın, Süleyman Bağrıyanık tarafından kaleme alınan yazıda belirtilen Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı hakkındaki şikâyetlerine ilişkin olarak hukuka aykırı bir şekilde başlatılan soruşturmayı TMK mülga 10. madde kapsamında görüp Adalet Bakanı hakkında terör suçlusu algısını yaratacak şekilde fezleke düzenlemesi, her iki olayda tırların ve tırlara eşlik eden otomobillerin durdurulmasının hemen sonrasında Cumhuriyet savcıları Aziz Takcı ve Özcan Şişman ile birçok kez telefonla görüşmesi ve dolayısıyla usul ve kanuna aykırı arama kararı veren, arama kararını tatbik eden ve etmeye çalışan Cumhuriyet savcılarının eylem ve işlemlerinden haberdar olduğu hâlde denetim ve gözetim yetkisine aykırı olacak şekilde arama gibi usulsüz soruşturma işlemlerinin yapılmasına sessiz kalması,

iii. Başvurucu Aziz Takcı'nın 1/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak kolluk görevlilerince yapılan arama talebinin kendi görev alanı kapsamında olmadığını bilmesine rağmen söz konusu MİT'e ait tırda arama yapılmasına karar vermesi, ihbarı yapan kişiyle irtibatlı olan ve olay yerinde bulunan (haklarında dava açılan) bazı kamu görevlisi kişiler ile Özcan Şişman arasında sabah saatlerinden başlayarak MİT'e ait tırın durdurulmasının hemen öncesi ve sonrası ile olayın hitam bulduğu ana kadar yapılan birden çok telefon görüşmesine iştirak etmesi, tır ve otomobilin MİT'e ait olduğunu bilmesine ve MİT'in görevi kapsamında nakledilen devlet sırrı niteliğindeki malzemenin herhangi bir suça konu olmadığının açıkça anlaşılmasına rağmen verilen arama kararını geri almaması ve ilgililerle irtibata geçmeden olayın arka planında kalması; 19/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak ihbarı yapan kişiyle irtibatlı olan ve olay yerinde bulunan (hakkında dava açılan) bazı kamu görevlisi kişiler ile ihbarın öncesinde yaptığı görüşmeler dolayısıyla ihbarın mahiyetine ilişkin bilgileri önceden öğrenmesine rağmen ilgilileri gerekli tedbirlerin alınması konusunda nöbetçi Cumhuriyet savcısına yönlendirmek yerine habersiz olduğu görüntüsü

verebilmek için ihbarın yapılmasını beklemesi, ihbarın yapılmasından sonra da nöbetçi Cumhuriyet savcısına bilgi vermeden arama kararı vermesi, arama kararına istinaden durdurulan tırların ve otomobilin MİT'e ait ve araçlarda bulunan kişilerin de MİT personeli olduğunu bilmesine ve devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç unsuru oluşturmadığının anlaşılmasına rağmen verilen usulsüz arama kararının işlemsiz olarak geri almaması, MİT'e ait faaliyet ile ilgili usulsüz olarak vermiş olduğu arama ve elkoyma kararının icrasını sağlaması, tırlar içindeki malzemelerin tespitini yaptırması, önceki uygulamalarının aksine olay yerine bizzat giderek MİT'e ait tırların üzerine çıkması, kasaları açtırıp cep telefonuyla tırlarda bulunan malzemenin fotoğrafını çekmesi ve Jandarma personeline de kamera çekimi yaptırması, arama işlemleri devam ederken aldırdığı numuneler üzerinde olay yerinde inceleme yaptırması ve sonrasında bilirkişi raporları aldırması, Süleyman Bağrıyanık tarafından kaleme alınan yazıda belirtilen Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı hakkındaki şikâyetlerine ilişkin olarak hiçbir araştırma ve inceleme yapmaksızın terör suçu ile yapılan irtibatlandırma doğrultusunda terör örgütü üyesi algısı oluşturacak şekilde Adalet Bakanlığı Müsteşarı hakkında HSYK'ya suç ihbarında bulunması, Adalet Bakanı hakkında ise görev ve yetki kurallarına aykırı şekilde kendisini görevli görerek soruşturma başlatması,

iv. Başvurucu Özcan Şişman'ın 1/1/2014 tarihli olaya ilişkin ihbarı yapan kişiyle irtibatlı olan ve olay yerinde bulunan (haklarında dava açılan) bazı kamu görevlisi kişiler ile sabah saatlerinden başlayarak MİT'e ait tırın durdurulmasının hemen öncesi ve sonrası ile olayın hitam bulduğu ana kadar telefon görüşmeleri yapması, nöbetçi olmadığı hâlde (Aziz Takcı tarafından verilen) arama kararının icrası amacıyla olay yerine gitmesi, durdurulan tırın ve otomobilin MİT'e ait olduğunu bilmesine ve MİT teşkilatının görevi kapsamında nakledilen ve devlet sırrı niteliğindeki faaliyetin herhangi bir suç unsuru oluşturmadığının anlaşılmasına rağmen bizzat arama yapmak isteyip bu konuda ısrarcı davranışlarda bulunması, MİT personeli hakkında sadece yapılmakta olan bir soruşturma sırasında kullanılabilecek koruma tedbirlerinden olan gözaltına alma ve üstleri ile irtibatlarını engellemek amacıyla cep telefonlarının toplatılması talimatlarını vermesi, Kırıkhan İlçe Jandarma Komutanlığı tarafından tutulan tutanakta yer verilen suç isnatlarını TMK mülga 10. madde kapsamında görerek aynı suçlarla ilgili olarak Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcısı'na tutanakta belirtilen araçların aranması için talimat vermesi olgularına dayanıldığı görülmektedir (bkz.§ 61).

218. Başvurucular, Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 8/5/2015 tarihli kararı ile "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ve siyasal faaliyetlerine ilişkin bilgileri temin edip ifşa etme" suçlarından tutuklanmışlardır. Mahkemece anılan karar ile başvurucuların tutuklanmalarına karar verilirken şüpheli beyanları, tanık ifadeleri, Adana Cumhuriyet Başsavcılığının bir kısım soruşturma dosyasının içerikleri, HTS kayıtları, nöbet listesi, inceleme tutanakları, görüntü CD'lerine ait inceleme tutanakları, Adana ve Hatay Valiliklerinin cevap yazıları gibi delillere dayanarak başvurucuların isnat edilen suçlar yönünden kuvvetli suç şüphesi altında bulunduklarını kabul etmiştir (bkz. § 63). Tutuklama kararına itirazı inceleyen Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi de itirazın reddine karar verirken aynı delillere vurgu yaparak başvurucuların kuvvetli suç şüphesi altında bulunduklarını ifade etmiştir (bkz. § 65).

219. HSYK Başmüfettişliğinin 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporu ile tespit edilen eylemlerin disiplin yaptırımlarının yanı sıra başvurucular hakkında yapılan ceza soruşturmasının da asıl dayanağını oluşturduğu ve bu temelde yürütülen soruşturmada tutuklama tedbirinin uygulandığı anlaşılmıştır. Anılan raporda belirtilen suçlamalara konu eylemlerin, HSYK Başmüfettişliğinin tutuklamaya yönelik yakalama emri verilmesi talep yazısında başvuruculara isnat edilen eylemlerle de aynı olduğu görülmektedir (bkz. §§ 55, 61).

220. Öte yandan Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen iddianamede başvurucuların Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçlarını işledikleri iddiası ortaya konulurken de anılan rapordaki tespit ve değerlendirmeler temel alınmıştır. Buna göre iddianamede başvurucuların, yapılan ihbarlar öncesinde suç unsuru içermediğini bildikleri hâlde MİT tarafından gerçekleştirilen kanuna uygun faaliyetlere tahsis edilmiş tırlarda, görevleri dışında usul ve kanuna aykırı olarak arama yapılması, yaptırılması, yapılmasına teşebbüs edilmesi, MİT mensuplarının gözaltına alınması ve cep telefonlarına elkonulması talimatı vermek/verdirmek eylemlerinde bulundukları; başvurucuların anılan eylemleri, haklarında kamu davası açılan bir kısım kamu görevlisi

sanık ile birlikte planlı ve sistematik bir şekilde yürütülen organizasyonun parçası olarak gerçekleştirdikleri; bu kapsamda Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmak amacıyla devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken ve MİT tarafından gerçekleştirilip özünde devlet sırrı niteliğinde olan faaliyetleri ifşa ettikleri belirtilmektedir (bkz. § 80). Başsavcılığın bu sonuca varırken genel olarak HSYK Başmüfettişliğinin 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporunda belirtilen delillere dayandığı görülmektedir (bkz. § 83).

221. İddianamede, başvurucular hakkında HSYK Başmüfettişliği tarafından düzenlenen 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporundan alıntı yapılarak başvurucuların kendi aralarında yaptıkları çok sayıdaki telefon görüşmesinin yanı sıra her iki olayda ihbarda bulunan kişilerle irtibat içinde olan ve haklarında dava açılan bir kısım kamu görevlisi sanık ile yaptıkları telefon görüşmelerine de değinilmiştir. Bu telefon görüşmelerine ilişkin HTS kayıtlarının başvurucular hakkında tutuklama kararı verilirken kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu yönünden dayanılan deliller arasında olduğu görülmektedir (bkz. § 63). Buna göre 1/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak başvurucu Özcan Şişman'ın, Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde jandarma üsteğmen olarak görevli O.Ş. ile (Bu kişinin Hatay bölgesinde meydana gelen olayda herhangi bir yetkisi bulunmamasına rağmen G.B.yi ziyaret bahanesiyle olay yerine gittiği ifade edilmektedir.) ihbarın yapılmasından önceki gün iki kez, ihbarın yapıldığı gün gece saatlerinde dört kez, ihbardan kısa süre önce üç kez, ihbardan kısa süre sonra üç kez, olay esnasında ve sonrasında on kez olmak üzere toplam yirmi iki kez telefon görüşmesi yaptığı; Hatay İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde jandarma üsteğmen olarak görevli G.B. ile (Bu kişinin tırla ilgili ihbarda bulunduğu iddiasıyla hakkında kamu davası açılan Hatay İl Jandarma İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma astsubay çavuş olarak görevli H.A. ile ihbarın yapılmasından 2 dakika önce telefon görüşmesi yaptığı ifade edilmektedir.) ihbarın yapıldığı gün ihbarın yapılmasından sonra ve olay esnasında dokuz kez telefon görüşmesi yaptığı; 19/1/2014 tarihli olaya ilişkin olarak ise başvurucu Aziz Takcı'nın Adana İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şube Müdürlüğünde Jandarma üsteğmen olarak görevli Ö.K. ile (Bu kişinin tırlara ilişkin ihbarda bulunma organizasyonunu gerçekleştiren ve

Ankara İl Jandarma Komutanlığı İstihbarat Şubesinde yüzbaşı olarak görev yapan H.G. ile ihbarın yapıldığı gün saat 03.57-10.18 arasında birçok kez telefon görüşmesi yaptığı ifade edilmektedir.) ihbarın yapıldığı gün ihbardan önce sabahın erken saatlerinde iki kez telefonla görüştüğü, sonra evinde yüz yüze görüşme yaptığı, ihbarın yapılmasından sonra ve olay esnasında da dokuz kez telefon görüşmesi yaptığı tespit edilmiştir.

222. Başsavcılık, her iki olaya ilişkin telefon görüşmelerinin Jandarma istihbarat görevlileri O.Ş., G.B. ve Ö.K. merkezinde gerçekleştirildiği, olaylara ilişkin bilgilerin bu kişiler tarafından sürekli bir şekilde başvurucular Özcan Şişman ve Aziz Takcı'ya aktarıldığı, bu başvuruculaların da edindikleri bilgileri başvurucu Ahmet Karaca'ya ilettikleri değerlendirmesinde bulunmuştur. Öte yandan iddianamede, her iki olaya ilişkin süreç içerisinde başvurucu Süleyman Bağrıyanık'ın başvurucu Ahmet Karaca'dan bilgi aldığının ifade edildiği görülmektedir.

223. Suç isnadı, bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirilmesidir (*Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 32). Başvuruculara isnat edilen ve yukarıda açıklanan eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, başvurucular yönünden atılı suçun/suçların kanuni unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve başvuruculaların isnat konusu suçları işleyip işlemedikleri bir bütünlük içinde yapılacak yargılama sonucunda toplanan delillere göre yargılama süreçlerini yürüten adli mercilerce belirlenebilir. Yine bu belirlemeye göre varılacak sonucun hukuka uygun olup olmadığı kanun yolu incelemesi ile tespit edilebilir. Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açık keyfîlik hâlinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren durumlar hariç olmak üzere isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, tutuklamaya ilişkin olanlar da dâhil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 77).

224. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin, öncelikle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı hususunda yapılması gerekir. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 84).

225. Başvurucular hakkında verilen tutuklama ve tutuklamaya itirazın reddi kararlarında açıklanan gerekçeler ile bu gerekçelerde dayanılan delillerin (inceleme ve soruşturma raporu ve iddianamede açıklanan) içeriği, HSYK Başmüfettişliğinin 14/5/2015 tarihli inceleme ve soruşturma raporunda başvuruculara ilişkin yer alan tespit ve değerlendirmeler, iddianame ile başvuruculara isnat edilen ve yukarıda özetlenen eylemler ile bu eylemlere ilişkin olarak dayanılan ve genel olarak HSYK Başmüfettişliği tarafından yürütülen soruşturma sırasında elde edilmiş olan deliller birlikte değerlendirildiğinde başvurucular yönünden suç işlemiş olabileceklerinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

226. Diğer taraftan tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütlerden biri olan ölçülülük ilkesi kapsamında "gerekli" olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, bu hususlara ilişkin anayasal denetimi, başvurucular hakkında hâlen devam eden bir yargılama olduğunu gözönünde tutarak sadece tutuklamaya ilişkin süreç ile tutuklama gerekçeleri üzerinden yapacaktır.

227. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen tutuklama kararında, başvuruculara isnat edilen *"TCK 312. md. de düzenlenen suçun CMK 100/3 de sayılan tutuklama nedeninin varsayılabileceği katalog suçlardan olmasına, şüpheliler için öngörülen cezaların alt ve üst sınırları nazara alındığında orantılılık ilkesinin mevcut bulunduğuna"* değinilerek tutuklama nedenleri açıklanmıştır. Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen tutukluluğa itirazın reddi kararında da aynı gerekçeler tekrarlanarak tutuklama nedenleri belirtilmiştir. Başvuruculara isnat edilen Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasına kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçu, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olduğundan olayda bir tutuklama nedeninin bulunduğu görülmektedir (Benzer bir değerlendirme için bkz. *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 164). Öte yandan kişinin mahkûmiyeti hâlinde alacağı hapis cezanın ağırlığı, kaçma şüphesinin varlığına işaret eden durumlardan biridir (*Hüseyin Burçak,* B. No: 2014/474, 3/2/2016 § 61).

228. Başvuruculara yönelik suçlamaların temelini oluşturan MİT'e ait tırların durdurulması ve aranması olayları 1/1/2014 ve 19/1/2014 tarihle-

rinde yaşanmıştır. Bu olaylara ilişkin HSYK Üçüncü Dairesinin 28/1/2014 tarihinde inceleme izni verdiği ve bu iznin HSYK Başkanı tarafından 12/3/2014 tarihinde "olur" verilerek uygun bulunduğu, HSYK Teftiş Kurulu Başkanlığının 16/3/2014 tarihinde denetim emri verdiği anlaşılmıştır. Başvuruculaların tutuklanmasına dayanak olan olaylara ilişkin olarak olay tarihlerinden kısa bir süre sonra başlayan incelemede HSYK Başmüfettişliğince 6/8/2014 tarihinde başvurucular hakkında soruşturma izni verilmesi talep olunmuş; HSYK Üçüncü Dairesinin 23/12/2014 tarihli inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin kararına Kurul Başkanı tarafından 26/2/2015 tarihinde "olur" verilmiştir. Öte yandan bir kısım iddiaya ilişkin HSYK Genel Kurulunun 5/1/2015 tarihli ve 2015/23 sayılı "Kurul Başkanı'nın itirazının kabulü ile inceleme ve soruşturma izni verilmesi kararı"na da Kurul Başkanı tarafından 28/3/2015 tarihinde "olur" verilmiştir.

229. Başvurucular hakkındaki inceleme ve soruşturma sürecinde HSYK Başmüfettişliği tarafından, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı ve Kırıkhan Cumhuriyet Başsavcılığına ait kadro cetvelleri ile izin ve rapor durumları tespit edilmiş ve iş bölümü çizelgeleri alınmış; olaylara ilişkin Adana Cumhuriyet Başsavcılığının bir kısım soruşturma dosyası ile Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesindeki bir kısım dava dosyası incelenmiş ve bu incelemeler tutanağa bağlanmış; başvuruculaların telefon görüşmelerine ilişkin kayıtlar ilgili kurumlardan temin edilmiş; ilgili diğer kişilerin görüşme kayıtları ise haklarındaki soruşturma dosyalarından alınmış; tırlarda bulunan MİT personeli hakkında verildiği belirtilen dinleme kararlarına ilişkin belgeler incelenmiş; ihbarların yapılış süreçlerine ilişkin ilgili kurumlardan bilgi sorulmuş; aynı olaylar dolayısıyla Mülkiye başmüfettişleri ile Jandarma müfettişleri tarafından düzenlenen raporlar incelenmiş; tırların durdurulması ve aranması olaylarının medyada ve İnternet'te yayımlanan görüntü ve fotoğraflarına ilişkin bu görüntü ve fotoğrafların kim ya da kimler tarafından, hangi bilgisayar ya da iletişim aracından, ne zaman, ne şekilde ve nasıl verildiğinin tespitine yönelik araştırma yaptırılmış; Adana ve Hatay Valilerinin yazılı beyanları, başvuruculaların yazılı savunmaları ile 49 tanığın ifadeleri alınmış; tırların durdurulması ve aranması olaylarına ilişkin görüntüler incelenmiştir. Başvurucular hakkındaki inceleme ve soruşturma süresi içinde HSYK Başmüfettişliğinin 25/12/2014 tarihli ve HSYK Teftiş Kurulu Başkanlığının 29/12/2014 tarihli bildirimleri üzerine HSYK İkinci Dairesinin 15/1/2015 tarihli kararı ile başvurucular tedbiren görevden uzaklaştırılmışlardır. HSYK İkinci Dairesi daha sonra-

dan da başvurucular hakkında verilen görevden uzaklaştırma tedbirinin uzatılmasına dair kararlar vermiştir.

230. HSYK Başmüfettişliği; soruşturma sürecinde 5/5/2015 tarihinde, Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvurarak başvurucular hakkında tutuklamaya yönelik yakalama kararı verilmesini talep etmiştir. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi 6/5/2015 tarihli kararı ile anılan talebin kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin 8/5/2015 tarihli kararı ile başvurucuların sorguları yapılmış ve tutuklanmalarına karar verilmiştir. Başvurucuların tutuklanmasından çok kısa bir süre sonra 14/5/2015 tarihinde tamamlanan HSYK Başmüfettişliğinin inceleme ve soruşturma raporu ile başvurucular hakkında meslekten çıkarma cezasının uygulanması ve kovuşturma yapılması gerektiği ifade edilmiştir. HSYK İkinci Dairesi, 4/6/2015 tarihli kararı ile *"soruşturma konusu edilen eylemleri nedeniyle başvurucular hakkında kovuşturma yapılması gerekli görüldüğünden düzenlenecek iddianame ile birlikte Tarsus Ağır Ceza Mahkemesine verilmek üzere soruşturma evrakının Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine"*; 14/1/2016 tarihli kararı ile de başvurucuların "meslekten çıkarma" cezası ile cezalandırılmalarına karar vermiştir.

231. Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığının 3/7/2015 tarihli iddianamesi ile başvurucuların Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini cebir şiddet kullanarak ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme, devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçlarını işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları amacıyla Yargıtay ilgili Ceza Dairesinde haklarında kovuşturma açılıp yargılamalarının yapılması için son soruşturmanın açılmasına karar verilmesi talebinde bulunulmuş; Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi 3/7/2015 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiştir. Mahkemenin 15/7/2015 tarihli ve E.2015/172, K.2015/176 sayılı kararı ile başvurucular hakkında Yargıtayın yetkili ve görevli ceza dairesinde yargılamalarının yapılması için son soruşturmanın açılmasına karar verilmiştir. Başvurucular hakkında verilen son soruşturmanın açılması kararı sonrası Yargıtay 16. Ceza Dairesinin E.2015/1 sayılı dosyası ile başlayan yargılama, bireysel başvurunun incelendiği tarihte tutuklu olarak devam etmektedir.

232. Buna göre başvurucular hakkındaki soruşturmada bir tutuklama nedeninin bulunmadığı söylenemez. Ayrıca soruşturma süreci gözönüne

alındığında tutuklamanın gerekli olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı anlaşılmıştır.

233. Öte yandan başvurucular; yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıklarını, savcılık görevlerini yerine getirmekten ibaret eylemlerinin kanun hükümlerinin keyfî yorumlanması sonucu suçlamaya konu edildiğini iddia etmektedirler.

234. Adaletin kendisinin ve dağıtılmasının toplumdaki öneminin bir yansıması olarak hâkimlik mesleğinin yanı sıra Cumhuriyet savcılığa da toplum hayatında önemli bir görevi yerine getirmektedir. Ülkemizdeki yargı sisteminde hâkim ve savcıların mesleğe kabulleri, atamaları, terfileri, soruşturma ve disiplin işlemleri aynı kurul (HSYK) tarafından yerine getirilmekte; özlük hakları yönünden de aralarında bir fark bulunmamaktadır. Kaldı ki HSYK'nın uygun bulmasıyla hâkimlerin savcı, savcıların hâkim olarak atanmaları mümkündür. Ceza muhakemesi hukuku sistemimizde savcıların şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamalarının zorunlu olması nedeniyle taşımaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları açısından hâkimler ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmadığı söylenebilir. Bu nedenle Anayasa'da hâkimlik mesleğinin yanı sıra savcılık da özel bir statü olarak belirtilmiş ve Anayasa'nın 139. maddesinde "hâkimlik ve savcılık teminatı" birlikte düzenlenmiştir. Buna göre hâkimler gibi savcıların da azlolunması, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılması, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınmaları yasaklanmıştır. Anayasa'nın 140. maddesinde ise "hâkimlik ve savcılık mesleği" hakkında bu güvenceler doğrultusunda düzenlemeler getirilmiştir.

235. Hâkim ve savcıların da suç işlemeleri hâlinde cezai sorumluluklarının bulunduğu, çağdaş hukuk sistemlerinin ortak kabulüdür. Bir hâkim veya savcının göreviyle ilgili bir suç işlemesi mümkün olup bu durumda kişinin hâkim veya savcı olması nedeniyle işlediği suçun yaptırımsız kalması düşünülemez. Bu nedenledir ki hukuk sistemimiz içinde hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının görevleriyle ilgili işleyebilecekleri suç oluşturan eylemlere ilişkin Anayasa, 2802 ve 6087 sayılı Kanunlar ile özel soruşturma ve kovuşturma usulleri ve mercileri öngörülmüştür (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, § 159).

236. Somut olayda Cumhuriyet başsavcılığı, Cumhuriyet başsavcıvekilliği ve Cumhuriyet savcılığı görevlerinde bulunan başvurucular soruşturma makamlarınca, bir kısım kamu görevlisi ile birlikte planlı ve sistematik bir şekilde yürütülen organizasyonun parçası olarak ve örgütlü bir şekilde hareket ederek görevlerinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle yetkili olmadıkları hâlde verdikleri arama kararları ve talimatlar ile yaptıkları/yaptırdıkları soruşturma işlemleriyle devletin güvenliği veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken ve MİT tarafından gerçekleştirilip özünde devlet sırrı niteliğinde olan faaliyetleri ifşa etmekle suçlanmaktadırlar. Başvurucular hakkında verilen tutuklama kararının, onların Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet başsavcıvekili ve Cumhuriyet savcısı olarak soruşturma işlemleri yapma ya da yaptırma yetkileri kapsamında verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle değil yetkileri olmadığı hâlde kasıtlı bir şekilde mesleki konumlarını ve mesleklerinden kaynaklanan yetkilerini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini zor durumda bırakmak ve itibarsızlaştırmak, terör örgütlerine yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmak amacıyla kullandıkları iddiasıyla verildiği görülmektedir. Dolayısıyla başvuruculaların görevleri kapsamında yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıkları iddiası yerinde değildir.

237. Başvurucular, son olarak birinci sınıf hâkim (savcı) olmalarına ve olayda suçüstü hâli koşullarının bulunmamasına rağmen 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesine aykırı şekilde haklarında yakalama kararı çıkarıldığını ve sorgulanıp tutuklanmalarına karar verildiğini iddia etmektedirler.

238. Anayasa'nın 159. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkındaki inceleme ve soruşturma işlemlerinin ilgili dairenin teklifi ve HSYK başkanının "olur"u ile Kurul müfettişleri tarafından yaptırılacağı, bu işlemlerin hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabileceği düzenleneme altına alınmıştır.

239. 6087 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca hâkim ve savcıların görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarına ilişkin denetleme işlemlerini Teftiş Kuruluna yaptırmak, hâkim ve savcıların görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hâl ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup

uymadığını Kurul müfettişleri veya müfettiş yetkilerini haiz kıdemli hâkim veya savcı eliyle araştırmak ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemler için teklifte bulunmak görev ve yetkileri HSYK Üçüncü Dairesine aittir. Anılan Kanun'un 6. maddesinde ise ilgili dairenin teklifi üzerine hâkim ve savcılar hakkında denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapılması işlemleri ile inceleme ve soruşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin işlemlere "olur" vermek HSYK başkanının görevleri arasında sayılmıştır.

240. 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesinin birinci fıkrasında suç işlediği ileri sürülen hâkim ve savcıların ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri dışında yakalanamayacağı, konutlarının aranamayacağı, sorguya çekilemeyecekleri ancak durumun Adalet Bakanlığına derhâl bildirileceği belirtilmiş; maddenin ikinci fıkrasında ise birinci fıkra hükümlerine aykırı hareket eden kolluk kuvvetleri amir ve memurları hakkında yetkili Cumhuriyet savcılığı tarafından genel hükümlere göre doğrudan doğruya soruşturma ve kovuşturma yapılacağı ifade edilmiştir. Bununla birlikte görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerine ilişkin inceleme ve soruşturma yapılması usulü tamamlandıktan ve Kanun ile görevlendirilen merciler tarafından soruşturma izni verildikten sonra hâkim ve Cumhuriyet savcıları hakkında koruma tedbirlerinin uygulanmasını yasaklayan bir kanun hükmünün bulunmadığı görülmektedir.

241. Somut olayda başvurucular hakkında görevlerinden doğan suçlamalara ilişkin olarak HSYK Üçüncü Dairesinin 23/12/2014 tarihli inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin kararına Kurul Başkanı tarafından 26/2/2015 tarihinde "olur" verildiği; yine bir kısım iddiaya ilişkin HSYK Genel Kurulunun 5/1/2015 tarihli "Kurul Başkanı'nın itirazının kabulü ile inceleme ve soruşturma izni verilmesi kararı"na da Kurul Başkanı tarafından 28/3/2015 tarihinde "olur" verildiği görülmektedir. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 6/5/2015 tarihli kararı ile başvurucular hakkında yakalama emri çıkartılmış ve başvurucular anılan Mahkemenin 8/5/2015 tarihli kararı ile tutuklanmışlardır. Dolayısıyla başvurucular hakkında yakalama ve tutuklama kararlarının verildiği tarihler itibarıyla Kanun ile öngörülen inceleme ve soruşturma yapılmasına ilişkin usulün tamamlandığı ve yetkili mercilerce başvurucular hakkında soruşturma izni verilmiş olduğu anlaşılmıştır.

242. Başvuruculaların anılan şikâyetlerine ilişkin olarak Mersin 2. Ağır Ceza Mahkemesince başvuruculaların tutuklamaya yönelik itirazlarının reddine karar verilirken *"2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunun 88. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme de dikkate alındığında, aynı kanunun 88/1. maddesinde belirtilen yakalama, arama, sorgulama işlemlerine ilişkin kısıtlılığın, münhasıran kolluk kuvvetleri, amirleri ve memurlarınca yapılamayacak işlemlere yönelik olduğu"* değerlendirmesinde bulunulmuştur. Anılan Mahkemece yapılan değerlendirmeye göre hâkim ve savcılar hakkında bir kısım koruma tedbirinin uygulanmasına dair sınırlamalar getiren 2802 sayılı Kanun'un 88. maddesi, yalnızca kolluk amir ve memurlarının işlemlerine ilişkin olup diğer adli makamlarca uygulanacak koruma tedbirlerine engel oluşturmamaktadır. Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna ya da maddi veya hukuki hatalara dair hususlar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. 2808 sayılı Kanun'un 88. maddesinde öngörülen sınırlayıcı hükümlerin uygulama koşullarının belirlenmesi ve bu itibarla hukuk kurallarının yorumu ve somut olaylara uygulanması soruşturma makamları ile derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır.

243. Bu itibarla soruşturma mercilerinin ve derece mahkemelerinin -ağır cezalık suçüstü hâlinin bulunmadığı hiçbir durumda- hâkim ve savcılar hakkında yakalama, arama, sorguya çekme işlemlerinin ve dolayısıyla tutuklama tedbirinin uygulanamayacağını kabul etmenin mümkün olmadığı, Kanun ile öngörülen usul hükümlerine riayet edilerek yetkili makamlarca soruşturma izni verilmiş olması koşuluyla tutuklama da dâhil olmak üzere hâkim ve savcılar hakkında koruma tedbirlerinin uygulanabileceği yönündeki kabul ve değerlendirmelerinde bariz takdir hatasının ya da açık bir keyfîliğin bulunduğu söylenemez.

244. Açıklanan nedenlerle başvuruculaların tutuklama kararı verilen suçlar yönünden makul veya kuvvetli suç şüphesinin olmadığı, tutuklamaya esas eylemin hukuk düzenince suç olarak düzenlenmediği, olayda tutuklama nedenlerinin bulunmadığı ve yürüttükleri yargısal bir faaliyet nedeniyle tutuklandıkları, birinci sınıf hâkim (savcı) olmaları nedeniyle suçüstü hâli olmadan tutuklanmalarının hukuki olmadığı iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılamadığına İlişkin İddia

245. Başvurucular, gizlilik (kısıtlama) kararı nedeniyle suçlamalara ilişkin delillere erişememeleri ve sorgu sırasında alınan ifadelere ilişkin SEGBİS yoluyla yapılan kayıtların imajlarının kendilerine verilmemesi nedenleriyle savunma haklarının kısıtlandığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculların anılan şikâyetlerinin hürriyetlerinden yoksun bırakılmaya karşı itiraz haklarını etkili bir şekilde kullanma imkânlarının bulunup bulunmadığı yönünden incelenmesi gerekmektedir.

246. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in benzer kararları hatırlatılmış; belirli durumlarda ve gerektiği ölçüde çelişmeli dava hakkının kısıtlanabileceği, başvuruculların SEGBİS kayıtlarına ilişkin tutulan tutanağın içeriğine ilişkin bir itirazda bulunmadıkları gibi ses ve görüntü kayıtlarını izleme yönünde bir taleplerinin de bulunmadığı, soruşturma süreci devam ederken başvuruculların haklarındaki suçlamaları öğrendikleri ve HSYK Başmüfettişliğine verdikleri yazılı savunma dilekçelerinde ayrıntılı olarak savunma yaptıkları, başvurucular hakkındaki yakalama talep yazısında isnat edilen suçlamaların delilleriyle birlikte açıklandığı ifade edilmiştir.

247. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında anılan iddialarına ilişkin ek bir açıklamada bulunmamışlardır.

248. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası yakalanan veya tutuklanan kişiye, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl; toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

249. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"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."

250. Anayasa'nın anılan hükmü uyarınca hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir

yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değil ise de iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal,* §§122, 123).

251. Tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yaygın,* B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30).

252. 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 gelmektedir. Taraflardan birine tanınıp diğerine tanınmayan avantajın fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır (*Bülent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, § 70).

253. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. 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 (*Bülent Karataş,* § 71).

254. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adlî makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafiinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM. E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

255. AİHM, müdafiinin dosya içeriğini incelemesinden mahrum bırakılmasını silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir

(*Ceviz/Türkiye*, B. No: 8140/08, 17/7/2012, § 41). Ancak AİHM'e göre millî güvenlik, suçların araştırılmasına ilişkin polisiye yöntemlerin gizli kalma gerekliliği ya da üçüncü bir kişinin temel haklarının ve kamu düzeninin korunması için gerektiği ölçüde çelişmeli yargılama ilkesi kısıtlanabilir. Bununla birlikte savunma haklarının kısıtlanması nedeniyle karşılaşılan zorlukların yargılama sırasında yeteri kadar giderilmesi gerekir (*A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 3455/05, 19/2/2009, § 205).

256. Yakalanan bir kişiye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı, böylece kişi, eğer uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, § 175).

257. İfadesi ya da savunması alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş ve başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda, başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, § 107).

258. Somut olayda, başvurucular hakkında yürütülen soruşturma sırasında HSYK Başmüfettişliğince başvurucuların savunmalarının yazılı olarak istendiği, bu amaçla başvuruculara gönderilen yazılarda, isnat edilen suçlamalara ilişkin olarak ayrıntılı şekilde açıklamalarda bulunulduğu ve dayanak delillerin belirtildiği ayrıca belge isteminde bulunan başvuruculara bir kısım soruşturma belgelerinin gönderildiği; başvuruculardan Süleyman Bağrıyanık'ın 18/3/2015 tarihinde, Aziz Takcı ve Özcan Şişman'ın 24/3/2015 tarihinde, Ahmet Karaca'nın ise 13/4/2015 tarihinde yazılı savunmalarını HSYK Başmüfettişliğine bildirdikleri; başvuruculara yazılı savunmalarında isnat edilen her bir suçlama konusuna ilişkin ayrıntılı

şekilde savunma yaptıkları ve bu savunmalarında suçlamalara dayanak yapılan delillere ilişkin vasıflandırmada bulundukları görülmektedir.

259. Diğer yandan HSYK Başmüfettişliğinin 5/5/2015 tarihli tutuklamaya yönelik yakalama kararı verilmesi talepli yazısında, her bir başvurucu yönünden hangi eylemler nedeniyle suçlamada bulunulduğu, suçlamaya esas alınan olayların ve delillerin (genel olarak içerikleriyle birlikte) neler olduğu detaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Anılan yazı, Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesinde 8/5/2015 tarihinde yapılan sorgu sırasında başvuruculara ifade alma işlemi öncesinde ve müdafilerinin huzurunda okunmuştur. Başvuruculara sorgu sırasında alınan savunmaları incelendiğinde, haklarındaki suçlamaya konu olaylara ilişkin etraflıca savunma yaptıkları, her bir eylem yönünden bu eyleme ilişkin dayanılan delillerle ilgili açıklamalarda bulundukları, SEGBİS yoluyla alınan ifadelerin çözüm tutanaklarının yaklaşık 70 sayfa olduğu görülmektedir. Yine başvuruculara tutuklama kararı sonrası sundukları 25/5/2015, 28/5/2015, 8/6/2015, 15/6/2015, 18/6/2015, 8/7/2015, 10/7/2015 ve 14/7/2015 tarihli tahliye talepli dilekçelerinde tutukluluğa ilişkin hem usul hem de esas yönünden itirazlarını dile getirdikleri anlaşılmıştır. Başvuruculara 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak kuralda belirtilen ifadelerini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklara erişimlerinin kısıtlandığı yönünde bir şikâyetleri de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvuruculara ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

260. Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı itibarıyla suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvuruculara ve müdafilerine bildirilmiş olması ayrıca başvuruculara bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında, salt kısıtlılık kararı nedeniyle başvuruculara soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldıklarının ve bu itibarla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğinin kabulü mümkün değildir.

261. Öte yandan başvurucular sorgu sırasında alınan ifadelere ilişkin SEGBİS yoluyla yapılan kayıtların imajlarının kendilerine verilmediğini ileri sürmüşlerdir.

262. SEGBİS, UYAP siteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemidir. SEGBİS ile ilgili olarak mevzuatta gerekli düzenlemeler yapılmıştır (bkz. §§ 148, 149, 151). Böylece sistemin nasıl işleyeceği açıklığa kavuşturulmuştur. Bu çerçevede hangi durumlarda bu sistemin uygulanabileceği, hangi merciin bu kararı verme yetkisine sahip olduğu ve ses-görüntü bağlantısının kurulması için gerekli teknik düzenleme hususları Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'te açıklanmıştır. SEGBİS ile ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması, Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikâyetçi, katılan vs.) video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin kayda alınması imkânını sağlamıştır. Ses ve görüntü kaydı sonrası yazılı tutanağa dönüştürülen kayıtların ilgililere verilebileceği, talep veya itiraz hâlinde ise ses ve görüntü kayıtlarının, soruşturma ve kovuşturma makamı gözetiminde ilgilisine izletilebileceği öngörülmüştür (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, B. No: 2013/2653, 18/11/2015 §§ 99, 100).

263. Somut olayda başvuruculaların sorgu işlemlerinin bir bölümünün SEGBİS üzerinden kayıt altına alındığı ve daha sonra bu kayıtların çözümünün zabıt kâtipleri tarafından yapılarak tutanağa bağlandığı görülmektedir. Başvurucu Aziz Takcı müdafisinin sorgu sırasında yapılan SEGBİS kayıtlarının flash bellek ile kendilerine verilmesi talebi Mahkemece, Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığının 19/3/2015 tarihli Genelge'sine dayanılarak reddedilmiştir. Sorgu işlemine ilişkin SEGBİS üzerinden yapılan kayıtların dijital ortamda başvuruculara verilmediği anlaşılmakla birlikte anılan sistem üzerinden yapılan kayıtların çözümlerinin başvuruculaların erişimlerine açık tutulduğu ve başvurucular Özcan Şişman ve Aziz Takcı'nın bireysel başvuru formları ekinde söz konusu kayıt çözümlerini Anayasa Mahkemesine sundukları anlaşılmıştır (bkz. § 78). SEGBİS kayıtlarının Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi gözetiminde izlenmesi talebinin anılan Mahkeme tarafından yetkili olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine başvuruculaların, haklarındaki soruşturmayı yürüten HSYK Başmüfettişliğine ya da HSYK Üçüncü Dairesine söz konusu kayıtları izleme yönünde bir talepte bulunduklarına ve bu taleplerinin ilgili mercilerce kabul görmediğine ilişkinbaşvuru formları ve eklerinde herhangi bir iddianın bulunmadığı görülmektedir (bkz. § 75). Kaldı ki SEGBİS üzerinden yapılan kayıtlar, başvuruculaların sorgu işlemlerine

ilişkin olup bu kayıtlarda genel olarak başvurucuların sorgu sırasında dile getirdikleri savunmaların bulunduğu gözönüne alındığında çözümlerine erişim imkânı sağlanan kayıtların salt dijital ortamda başvuruculara verilmemesinin, hürriyetten yoksun bırakılmanın hukuka aykırı olduğunun ileri sürülmesi bakımından itiraz hakkının etkili bir şekilde kullanılmasını engellediği ya da kısıtladığı söylenemez.

264. Açıklanan nedenlerle başvurucuların kısıtlama kararı nedeniyle suçlamalara ilişkin delillere erişememeleri ve sorgu sırasında alınan ifadelere ilişkin SEGBİS yoluyla yapılan kayıtların imajlarının kendilerine verilmemesi nedenleriyle itiraz haklarını etkili bir şekilde kullanamadıkları iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

d. Tutukluluk İncelemesinde Duruşmaya Katılımın Kısıtlandığına İlişkin İddia

265. Başvurucular 9/6/2015 tarihinde yapılan tutukluluk incelemesinde SEGBİS yoluyla beyanlarının alınmadığını ve saat 14.00'te yapılan incelemenin müdafilerine aynı gün sabah saatlerinde haber verildiğini ileri sürmüşlerdir.

266. Bakanlık görüşünde, başvurucuların bu iddialarına ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

267. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasından kaynaklanan temel güvencelerden biri de tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkıdır (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 66). Kişi bu haktan düzenli bir şekilde yararlanarak makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmelidir.

268. Tutukluluk hâline karşı yapılan her itirazda veya her tahliye talebinin değerlendirilmesinde duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirebilecektir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen inceleme usulüne ilişkin güvenceler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmez (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 73).

269. Tutukluluğa ilişkin inceleme usulünün belirlendiği 5271 sayılı Kanun'un 104. ve 105. maddelerinde, şüpheli veya sanığın soruşturma ve

kovuşturma evrelerinin her aşamasında herhangi bir süre beklemeksizin salıverilmesini talep edebileceği, bu kişilerin salıverilme istemleri karara bağlanırken duruşmada karar verilecek ise merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiin görüşünün alınacağı ancak duruşma dışında bu karar verilirken anılan kişilerin görüşlerinin alınmayacağı belirtilmiş; aynı Kanun'un 108. maddesinde de soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verileceği düzenlenmiştir. Buna göre tutukluluğa ilişkin incelemenin duruşma açılması suretiyle yapılması hâlinde şüpheli,sanık veya müdafiinin dinlenmesi gerekmektedir. Aynı Kanun'un 101. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 267. maddesine göre ise resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar mahkeme önünde itiraza konu olabilmektedir.

270. AİHM, tutukluluğun incelendiği bazı duruşmalarda sadece tutuklu kişinin avukatının hazır bulunmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında talep edilen gerekliliklerin yerine getirilmesi açısından yeterli olabileceğine ve bu durumun çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı olmadığına karar vermiştir (*Rahbar-Pagard/Bulgaristan*, B. No: 45466/99 ve 29903/02, 6/4/2006, § 67; *Depa / Polonya*, B. No: 62324/00, 12/12/2006, §§ 48, 49; *Saghinadze ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 18768/05, 27/5/2010, §150).

271. Somut olayda başvurucular Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesince 8/5/2015 tarihinde yapılan sorgu sonucunda tutuklanmışlardır. Başvuruculaın sorgu sırasında haklarında isnat edilen suçlamalara ve tutuklama talebine karşı savunmalarını müdafileriyle birlikte yaklaşık on iki saat boyunca sözlü olarak dile getirdikleri, başvurucuların sözlü savunmalarının SEGBİS yoluyla kayıt altına alındığı ve daha sonra bu kayıtların çözümünün zabıt kâtiplerince yapıldığı anlaşılmaktadır. Başvurucuların, haklarında tutuklama kararı verilmesinden sonra birçok kez tahliye talebinde bulundukları görülmektedir (bkz. § 259).

272. Tarsus Cumhuriyet Başsavcılığınca 8/6/2015 tarihinde, 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre bir başka şüphelinin tutukluluğunun gözden geçirilmesi talebinde bulunulduğu,bu sırada başvurucular Aziz Takcı, Özcan Şişman ve Süleyman Bağrıyanık'ın da tutukluluğun gözden geçirilmesi talebiyle Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesine başvurdukları anlaşılmıştır. Anılan Mahkemenin 9/6/2015 tarihinde saat 14.00'te

tutukluluk incelenmesine ilişkin duruşma yapılacağını aynı gün sabah saatlerinde başvuruculara müdafilerine telefonla bildirdiği ve Cumhuriyet savcısının katılmadığı bu duruşmada başvurucuların müdafilerinin hazır bulundukları görülmektedir. Başvurucu müdafilerinin duruşmada dile getirdikleri "ceza infaz kurumunda tutuklu bulunan başvurucuların beyanlarının SEGBİS yoluyla alınması" talepleri, Mahkemece, 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesinde yer alan *"şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verileceği"* kuralına dayanarak ve başvurucular müdafilerinin duruşmada hazır bulunması nedeniyle başvuruculara bizzat dinlenilmelerinin zorunlu olmadığını belirterek reddedilmiştir. Mahkemenin bu kararı üzerine başvuruculara müdafilerinin duruşmadan ayrıldıkları ve Mahkemenin inceleme sonucunda başvuruculara tutukluluk hâlinin devamına karar verdiği görülmektedir.

273. Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği kararlarda tutukluluğa itiraz incelemesinin başvuruculara dinlenilmesinden 1 ay 2 gün sonra (*Hikmet Yayğın,* § 35); 1 ay 28 gün sonra (*Mehmet Haberal,* § 128) duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

274. Tarsus 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, başvuruculara sözlü olarak dinlenilmeleri suretiyle haklarındaki suçlamalar ile birlikte tutuklama talebine ilişkin savunmalarının ayrıntılı bir şekilde alındığı ve tutuklanmalarına karar verildiği 8/5/2015 tarihi ile başvuruculara şikâyetlerine konu olan tutukluluk incelemesinin yapıldığı 9/6/2015 tarihi arasında yaklaşık 1 aylık bir süre bulunmaktadır. Bu sürenin aşırı uzun olmaması, başvuruculara tutukluluk incelemesinin duruşmalı olarak yapılacağının müdafilerine aynı gün sabah saatlerinde telefonla bildirilmesi, saat 14.00 sıralarında yapılan tutukluluk incelemesine ilişkin duruşmaya başvuruculara müdafilerin katılımlarının sağlanması, duruşma sırasında müdafilere tutukluluğa ilişkin talep ve itirazlarını sözlü olarak ileri sürme imkânı tanınması, anılan duruşmaya Cumhuriyet savcısının katılmamış olması olguları birlikte değerlendirildiğinde başvuruculara duruşmada bizzat dinlenilmemelerinin tutuklunun makul aralıklarla dinlenilmesi yönündeki kuralı ihlal ettiği, tutukluluğa ilişkin itirazı etkisiz kıldığı ve silahların eşitliği ile çelişmeli yargılama ilkelerini ihlal ettiği söylenemez.

275. Açıklanan nedenlerle başvuruculara tutukluluk incelemesinde duruşmaya katılımlarının kısıtlandığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin

olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Doğal hâkim ilkesine aykırı olarak kurulan, bağımsız ve tarafsız olmayan yetkisiz mahkemece tutuklama kararı verilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. İtiraz hakkının etkin bir şekilde kullanılamaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Tutukluluk incelemesinde duruşmaya katılımın kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA 16/11/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (MD. 20)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FATMA JULIA EKİNCİLER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2758)

Karar Tarihi: 17/2/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 5/4/2016-29675

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	:	Fatma Julia EKİNCİLER
Vekili	:	Av. Filiz KERESTECİOĞLU
		Av. Umut YENİOCAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; veraset ilamının iptali ile murisin mirasçıları arasında gösterilme talebininin reddedilmesi nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının ve yargılamanın makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 19/4/2013 tarihinde İstanbul 15. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 18/7/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 19/9/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 1/10/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 15/10/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, 23/9/1970 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) dünyaya gelmiştir. Başvurucunun, biyolojik babası olduğunu belirttiği F.E. (muris) nüfus kayıtlarına göre Türk vatandaşı olan S.E. isimli şahısla evli olup bu evlilikten üç çocukları bulunmaktadır.

9. Muris ABD'de Maine Yüksek Mahkemesinin 29/6/1966 tarihli ve 7685 sayılı kararı ile S.E.den boşanarak akabinde yabancı uyruklu U.B. isimli şahısla evlenmiş olmakla birlikte S.E. ile boşanmalarına ilişkin yabancı mahkeme ilamı tenfiz edilmemiştir. Nüfus kayıtları uyarınca muris, S.E. ile evli gözükmektedir. Ayrıca U.B. ve muris arasındaki evlilik de boşanma ile neticelenmiştir.

10. Muris tarafından İstanbul 11. Noterliğinin 11/9/1975 tarihli ve 10029 yevmiye numaralı vasiyetnamesinde; turist olarak ABD'ye gittiği, doktor olması nedeniyle sözleşmeli olarak orada çalıştığı, daha sonra Amerika vatandaşı olan U.B. ile evlendiği, bu evlilikten 1967 doğumlu F.W.E, 1968 doğumlu K.F.E. ve 23/9/1970 doğumlu başvurucu Fatma Julia Ekinciler'in dünyaya geldiği, hâlen doktor olarak çalıştığı Amerika'da belirtilen eşi ve çocukları ile yaşadığı beyan edilmiş ve Kayseri ilinde bulunan bir kısım taşınmazların ölümü hâlinde 1/4'er hisse itibarıyla bu şahıslara ait olacağı belirtilmiştir.

11. Murisin 1999 yılında vefat etmesi üzerine Türkiye'de geçerli olan nüfus kayıtlarına göre eşi olan S.E. ve bu kişi ile olan evliliğinden doğan çocukları, Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin E.1999/857, K.1999/970 sayılı kararı ile başvurucunun mirasçılar arasında yer almadığı bir mirasçılık

belgesi edinmişlerdir. Söz konusu belgede mirasçı olarak, murisin Türk olan eşi S.E. ve bu evlilikten doğan çocuklar yer almıştır.

12. S.E. ve muris ile evliliğinden doğan çocuklar tarafından İstanbul 11. Noterliğinin 1/9/1975 tarihli ve 10029 yevmiye numaralı vasiyetnamesinin iptali istemi ile açılan dava, Şişli 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin 26/2/2004 tarihli ve E.2000/1123, K.2004/47 sayılı karar ile reddedilmiştir. Ret gerekçesinde; vasiyetnamenin, içeriğinde yer verilen "*eşim ve çocuklarım*" ibarelerinin kanuna ve ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceği, murisin Türk olan eşi S.E.den boşandığı ve Amerika vatandaşı olan U.B ile evlendiği ve bu evliliğinden üç çocuğunun olduğu, çocukların zina ürünü olduğu ve tanınamayacağı şeklindeki iddianın yasal dayanağının bulunmadığı, murisin S.E.den boşandığına ilişkin yabancı mahkeme ilamının her zaman tenfizinin mümkün olduğu, bu nedenle muris tarafından vasiyetnamede U.B ve onunla olan birlikteliğinden dünyaya gelen çocuklar için "*eşim ve çocuklarım*" ibarelerine yer verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı ve vasiyetnamenin kanunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmiş olduğu tespitlerine yer verilmiştir.

13. Temyiz başvurusu üzerine söz konusu ret kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 26/10/2004 tarihli ve E.2004/10094, K.2004/12542 sayılı ilamı ile onanmış, karar düzeltme talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31/5/2005 tarihli ve E.2004/16942, K.2004/992 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

14. Başvurucunun, Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin E.1999/857, K.1999/970 sayılı dosyası kapsamında verilen mirasçılık belgesinin iptali istemi ile Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinde açmış olduğu dava, Mahkemenin 13/5/2010 tarihli ve E.2003/1415, K.2010/337 sayılı kararı ile kabul edilerek murisin eşi S.E. de dâhil olmak üzere başvurucu ile birlikte murisin ölüm tarihinde sağ olan tüm çocuklarının miras payları yeniden belirlenmiştir. Karar gerekçesinde; murisin 24/5/1999 tarihinde evli ve çocuklu olarak vefat ettiği, bu nedenle miras paylarının belirlenmesinde 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 439. ve 444. maddelerine göre değerlendirme yapılması gerektiği, nüfus kaydına göre murisin mirasçıları olarak eşi S.E. ve bu evlilikten olan üç çocuğunun bulunduğu ancak murisin Amerika'da eşi S.E.den boşanarak Amerikan vatandaşı olan U.B. ile evlendiği ve bu evlilikten üç çocuğunun dünyaya geldiği, murisin S.E.den Amerikan makamları önünde boşandığına dair ilam ten-

fiz edilmediğinden Türk hukuku açısından uygulanabilirlik niteliği bulunmadığı, bu nedenle U.B. ile yaptığı evliliğin de Türk hukuku açısından geçerli olmadığı, bu kapsamda başvurucu da dâhil söz konusu evlilikten dünyaya gelen çocukların evlilik dışı olduğu kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, belirtilen çocuklar evlilik dışı çocuk olmakla birlikte, murisin vefat tarihi itibarıyla yürürlükte olan 743 sayılı Kanun'un 291. maddesi uyarınca evlilik dışı çocuğun babası tarafından tanınması suretiyle nesep bağının kurulmasının mümkün olduğu, bu kapsamda muris tarafından düzenlenen vasiyetname ile söz konusu evlilikten olan çocukların tanındığı, yargılama aşamasında ayrıca, Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından yapılan araştırma sonucuna göre çocukların babaları ile nesep bağlarının kurulması nedeniyle Türk vatandaşlığını kazandıkları ve nüfusa kaydedildiklerinin tespit edildiği belirtilerek Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesinin E.1999/857, K.1999/970 sayılı veraset ilamının iptaline ve murisin mirasının S.E. ve murisle evliliklerinden doğan üç çocuğu ile başvurucu arasında paylaştırılmasına hükmedilmiştir.

15. Mirasçılık belgesinin iptali hakkındaki kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 17/2/2011 tarihli ve E.2010/6031, K.2011/792 sayılı kararı ile yerel mahkeme hükmünün bozulmasına hükmedilmiştir. Bozma ilamı gerekçesinde; İlk Derece Mahkemesi tarafından oluşturulan hükmün yasal düzenlemelere uygun düşmediği, mirasçılık ve mirasın geçişinin, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan yasal duruma göre belirlenmesi gerektiği, bu kapsamda, 743 sayılı Kanun'un 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haiz olduğu, bunların baba tarafından mirasçı olabilmelerinin ise babalarının kendilerini tanımış olmasına veya babalığa hükmedilmiş olmasına bağlı olduğu, bununla birlikte 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda başvurucunun, 2005 yılında Türk vatandaşlığına alınarak murisin nüfus hanesi dışında müstakil olarak nüfusa kaydedildiği, başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında, murisin evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı, ancak vasiyet alacaklısı

olarak atanması mümkün olduğundan kendisine vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir bir belge verilmesi olanağı bulunduğu belirtilmiştir.

16. Temyiz mercii kararına karşı karar düzeltme talebinde bulunulmuş, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 6/10/2011 tarihli ve E.2011/3605, K.2011/5783 sayılı kararı ile karar düzeltme talebinin reddine hükmedilmiş ancak ilamda, her ne kadar bozma ilamında 743 sayılı Kanun'un 292. maddesine dayanılmış ise de söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile kısmen iptal edildiği, bu bağlamda evli olan baba ile evli olmayan annenin birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınması veya babalığa hükmedilmesinin yolunun açıldığı, bu nedenle bozma ilamında gösterilen gerekçenin yerinde olmadığı ancak başvurucunun nüfusta murisin kızı olarak kayıtlı olmadığı, miras bırakan tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi suretiyle aralarında soy bağının da kurulmamış olduğu gözetildiğinde bozma ilamının sonucu bakımından doğru olduğu ifade edilmiştir.

17. Bozma ilamı sonrasında yürütülen yargılamada, İstanbul 14. Sulh Hukuk Mahkemesinin (kapatılan Şişli 3. Sulh Hukuk Mahkemesi yerine) 31/5/2012 tarihli ve E.2012/149, K.2012/320 sayılı kararı ile başvurucunun mirasçılar arasında yer almadığı veraset ilamının iptali ile mirasçılık durumunun yeniden tanzimi isteminin reddine ve başvurucuya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı belirtilmiş; bu kapsamda başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında, başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı belirtilerek kendisine vasiyet alacaklısı belgesi verilebileceği ifade edilmiştir.

18. Başvurucunun temyiz istemi Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 13/2/2013 tarihli ve E.2012/7846, K.2013/963 sayılı kararı ile yerinde görülmeyerek İlk Derece Mahkemesi hükmü onanmıştır.

19. Onama kararı başvurucu vekiline 20/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup 19/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

20. Belirtilen yargılama sürecinde başvurucu ve murisin U.B. ile birlikteliğinden dünyaya gelen kardeşlerinin talebi sonrasında İstanbul

Valiliğinin 16/4/2001 tarihli yazısı ile Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden başvurucu ve kardeşlerinin vatandaşlık durumlarının incelenmesinin talep edilmiştir. Bunun üzerine Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 29/3/2004 tarihli yazısı kapsamında, belirtilen kişilerin vatandaşlık durumlarının incelenmesi yapılmıştır. Bunun sonucunda Türk vatandaşı olduklarının anlaşıldığı belirtilmiş ve yazı ekinde gönderilen VGF-56 No.lu forma göre (Kanun Yolu ile Türk Vatandaşlığını Kazanma Bildirim Formu) yeniden doğum tutanaklarının düzenlenmesi ve nüfus kütüklerine tescillerinin yapılması talep edilmiştir.

21. Başvurucunun, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 29/3/2004 tarihli yazısı ekindeki VGF-56 formuna göre düzenlendiği belirtilen doğum formunda, baba hanesinde murisin kimlik bilgileri yer almıştır.

22. Murisin eşi S.E. ve müşterek çocukları tarafından Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün, başvurucunun vatandaşlığa alınması ile ilgili işleminin iptali hususunda açılan dava, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 10/10/2006 tarihli ve E.2005/2550, K.2006/2229 sayılı kararı reddedilmiştir. Karar gerekçesinde; idare tarafından babasınca tanınan başvurucunun doğumundan itibaren Türk vatandaşlığını kazanacağı savunmasında bulunulduğu, olay tarihinde yürürlükte bulunan 11/2/1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuğun; nesebinin tashihi, babalığın hükümle tahakkuk etmesi veya tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlanması durumunda, doğumundan başlayarak Türk vatandaşı olacağının hüküm altına alındığı, murisin U.B. ile evliliğinden başvurucunun da aralarında bulunduğu üç çocuğunun dünyaya geldiği, murisin İstanbul 11. Noterliğinin 11/9/1975 tarihli vasiyetnamesi kapsamında çocuklarını tanımak suretiyle vasiyette bulunduğu, başvurucunun ve kardeşlerinin Türk vatandaşlığına kabullerinin yapılarak nüfus aile kütüklerine tescillerinin yapılmasını talep etmeleri üzerine dava konusu işlemin tesis edildiği, murisin U.B. ile evliliği mutlak butlanla malul olmasına rağmen bu evlilikten doğan ve vasiyetname ile tanınan çocukların, anılan Kanun hükümleri uyarınca Türk vatandaşlığına kabulünde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

B. İlgili Hukuk

23. 743 sayılı Kanun'un 290. maddesi şöyledir:

"Nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır. Babası, tanıma veya bir hüküm ile tahakkuk eder."

24. 743 sayılı Kanun'un 291. maddesi şöyledir:

"Evlilik haricinde doğan çocuk babası tarafından veya babasının vefatı veya temyiz kudretinden daimi mahrumiyeti halinde babasının babası tarafından, tanınabilir.Tanıma, resmî senet veya ölüme bağlı tasarrufla olur. keyfiyet, tanınan kimsenin mukayyet bulunduğu mahallin nüfus memuruna bildirilir."

25. 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı iptal kararı öncesindeki şekli şöyledir:

"Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz."

26. 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı iptal kararı sonrası şekli şöyledir:

"Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli ... kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz."

27. 743 sayılı Kanun'un 443. maddesinin ikinci fıkrasınınAnayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı iptal kararı öncesindeki şekli şöyledir:

"Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih füruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yansını alırlar."

28. 743 sayılı Kanun'un 443. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı iptal kararı sonrasında 14/11/1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonraki şekli şöyledir:

"Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir."

29. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 285. maddesi şöyledir:

"Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.

Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.

Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar."

30. 4721 sayılı Kanun'un 292. maddesi şöyledir:

"Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur."

31. 4721 sayılı Kanun'un 295. maddesi şöyledir:

"Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur.

Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir.

Başka bir erkek ile soy bağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz."

32. 4721 sayılı Kanun'un 296. maddesi şöyledir:

"Beyanda bulunulan nüfus memuru, sulh hâkimi, noter veya vasiyetnameyi açan hâkim, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir.

Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu da tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir."

33. 3/12/2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. maddesi şöyledir:

"Türk Medenî Kanununun kamu düzeni ve genel ahlâkı bağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayrık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan, eski hukukun Türk Medenî Kanununa göre kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olan kuralları, bu Kanun yürürlüğe girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz."

34. Olay tarihinde yürürlükte olan 20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 38. maddesi şöyledir:

"Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir.

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması,

b) İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması,

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,

d) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması,

e) Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalmm tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması."

35. 2675 sayılı Kanun'un 42. maddesi şöyledir:

"Yabancı mahkeme ilamınm kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilamın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımada 38 inci maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz.

İhtilafsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tabidir.

Yabancı mahkeme ilamına dayanılarak Türkiye'de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır."

36. 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesi şöyledir:

"(1) Tanıma; babanın yazılı başvurusu üzerine mahkemede yapılmışsa mahkeme tarafından, notere başvurusu üzerine düzenlenen senetle yapılmışsa noter tarafından tanımanın yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde nüfus müdürlüğüne bildirilir.

(2) Tanımanın babanın vasiyetnamesindeki beyanla yapılması durumunda nüfus müdürlüğüne bildirim, vasiyetnameyi açan hâkim tarafından yapılır.

(3) Nüfus memuruna yapılan tanıma beyanı ise doğrudan aile kütüklerine tescil edilir.

(4) Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.

(5) Yurt dışında yapılan tanıma işlemlerine ait bildirimler dış temsilciliklere veya Türkçeye tercüme edilip, onaylanmış olmak kaydıyla yurt içinde nüfus müdürlüklerine yapılabilir."

37. 23/11/2006 tarihli ve 26355 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Nüfus Hizmetleri Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 107. maddesi şöyledir:

"(1) Tanıma; babanın, nüfus memuruna, mahkemeye, notere veya konsolosluğa yazılı başvurarak düzenlenen resmî senette ya da vasiyetnamede belirtilen çocuğun kendisinden olduğunu beyan etmesidir. Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin de rızası gerekir.

(2) Başka bir erkek ile soy bağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz. Bu çocuklar için tanıma senedi düzenlenmez. Başka bir erkek ile soy bağı bulunan çocuk tanınmış ise tanıma aile kütüklerine tescil edilmeyerek, durum Cumhuriyet savcılığına bildirilir. "

38. Belirtilen Yönetmelik'in 108. maddesi şöyledir:

"(1) Beyanda bulunulan nüfus memuru, sulh hâkimi, noter veya vasiyetnameyi açan hâkim, tanımayı babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir.

(2) Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus müdürlüğü de tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir."

39. 403 sayılı Kanun'un 2. maddesi şöyledir:

"Yabancı anadan evlilik dışında doğan çocuk,

a) Nesebinin tashihi,

b) Babalığın hükümle tahakkuk etmesi,

c) Tanıma,

yollarından biriyle bir Türk vatandaşına nesep bağı ile bağlanırsa, doğumundan başlayarak Türk vatandaşı olur."

40. 403 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesi şöyledir:

"1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine göre vatandaşlıktan ıskat edilmiş veya başka bir nedenle vatandaşlığımızı kaybetmiş doğuştanTürk vatandaşı olan kişilerin bu Kanunun yürürlük tarihinden başlayarak 2 yıl içinde yeniden Türk vatandaşlığına girmek isteğinde bulunmaları ve vatandaşlığa alınmalarında bir sakınca görülmemesi halinde, haklarında 403 sayılı Kanunun 8 inci maddesini uygulamaya Bakanlar Kurulu yetkilidir."

41. 10/12/1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 25. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar."

42. Türkiye açısından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 2. maddesi şöyledir:

"Taraf Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa,kendilerinin, anababalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları,ırk, renk,cinsiyet,dil,siyasal yada başka düşünceler,ulusal,etnik vesosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler."

43. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlı kkazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana - babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 17/2/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

45. Başvurucu; geçerli sayılan ve mahkemece iptal edilmeyen vasiyetname ile babası tarafından tanınmış olmasına rağmen vasiyetnamenin içeriğine uygun şekilde miras payı dağıtımının yapılmadığını, Amerikan eyalet mahkemesince hükmedilen ve babasının eski eşinden boşanmasına ilişkin olan kararın tenfiz edilmemesi üzerine babasının ilk evliliğinin Türkiye'de geçerli bir evlilik olarak kabul edildiğini, ancak bu kapsamda mevcut bir evliliğin varlığının kabul edilmesine rağmen bu durumun Türk hukukuna göre babanın tanıma beyanının hüküm doğurmasına engel teşkil etmediğini, buna rağmen babasının vasiyetnamesindeki tanıma beyanının kabul edilmediğini ve bu şekilde mirasçılıktan kaynaklı haklarından mahrum edildiğini, kendisinin mirasçı sıfatıyla yer almadığı mirasçılık belgesinin iptali hususunda açtığı dava safahatında yargılama makamlarınca kanun hükümlerinin yorumu ve uygulamasında yanılgıya düşüldüğünü, bu kapsamda babasının tanıma iradesini açıkladığı vasiyetnamenin hukuken ölüm tarihinde hüküm doğuracağının kabulü gerekmesine ve murisin ölüm tarihinde 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinin yürürlükte olmamasına rağmen vasiyetnamedeki tanıma beyanının kendisinin doğum tarihi nazara alınmak suretiyle belirtilen madde çerçevesinde hüküm doğurmadığının kabul edildiğini, aksinin kabulü hâlinde dahi soy bağı ile ilgili hükümlerin kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle yürürlüğe girdikten sonra geçmişe etkili olarak uygulanabileceklerini ve bu kapsamda 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinin uygulama alanı bulamayacağını, bu hususun 4722 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen ve 4721 sayılıKanun'un kamu düzeni ve genel ahlakı sağlamaya yönelik kurallarının, haklarında ayrık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanacağı, bu bakımdan eski hukukun 4721 sayılı Kanun'a göre kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kurallarının 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra uygulanamayacağına işaret eden düzenleme ve ilgili madde gerekçesi ile de teyit edildiğini, yargılama makamlarınca yapılan bu yorumun çocuğun haklarının ve murisin iradesinin korunmasına ilişkin prensiplere aykırı olduğunu, Yargıtay bozma kararına dayanak teşkil eden 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile iptal edilmiş olmasına rağmen bu durumun nazara alınmadığını, ayrıca Yargıtayın bozma ilamında sonuca etkili maddi hata mahiyetinde olan çelişkili ifade ve kabullere yer verildiğini; bunun yanı sıra İlk Derece Mahkemesinin

bozmaya uyma kararı ile Yargıtayın temyiz ve karar düzeltme başvuruları üzerine verdiği kararlarda itirazlarının karşılanmadığını ve kararların yeterli gerekçe ihtiva etmediğini; uyuşmazlığa ilişkin yargılama sürecinin on üç yıl devam ettiğini, bu nedenle makul sürede yargılama yapılmadığını; yapılan uygulama nedeniyle evlilik dışında doğmuş olduğu gerekçesiyle evlilik içinde doğmuş olan çocuklara nazaran farklı muameleye tabi tutulduğunu ve mülkiyet ile özel ve aile yaşamına saygı hakkına aykırı şekilde konumuna uygun mirasçılık belgesine ulaşamadığını belirterek Anayasa'nın 10., 13., 20., 35. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

46. 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 tarafından Anayasa'nın 10., 13., 20., 35. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği, başvurunun aile hayatına saygı hakkı ve makul sürede yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlaline İlişkin İddia

48. Başvurucu, daha önce alınan veraset ilamının iptali ve murisin, ibraz edilen vasiyetnamedeki beyanı doğrultusunda kendisinin de mirasçı olarak gösterildiği bir veraset ilamı tanzimi yönündeki talebin reddi nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

49. Bakanlık görüş yazısında, aile hayatına saygı hakkı bağlamında, müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için kanunilik ve meşru amaç unsurlarını taşıması ve demokratik toplumda zorunluluk şartının gerçekleşme-

sinin zaruri olduğu, aile yaşamına yönelik bir tasarrufun aile yaşamının sürdürülmesi veya aile bağlarının geliştirilmesini önlemek suretiyle aile yaşamına bir müdahale oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerektiği, bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sürekli olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinin, ebeveynin çocukları ile bir araya gelmelerine imkân verecek tedbirlerin alınmasına ilişkin bir hakkı ve ulusal makamlar için de bu tür bir harekette bulunma yükümlülüğü içerdiği görüşünün dile getirildiği bildirilmiştir. Mülkiyet hakkının ihlali iddiası açsından ise mülk kavramının ilke olarak mevcut malları kapsadığı, ancak başvuranın en azından meşru beklenti açısından bir mülkten etkili biçimde istifade etme hakkını ileri sürebildiği hâllerin de güvence kapsamında yer aldığı, AİHM içtihadında da başvuranın muris ile olan akrabalık bağına itiraz edilmediği durumlarda, 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca başvurucuların mülkiyet hakkına sahip olduklarının kabul edildiği; aile hayatının aynı zamanda maddi çıkarları da kapsadığını kabul eden AİHM içtihadına göre miras alanında, gayri meşru ve meşru çocuklar arasındaki ayırımın, tek başına Sözleşme'nin 14. maddesi bağlamında sorun çıkardığı; AİHM'in, çocukların doğuma dayalı olarak miras haklarına getirilen kısıtlamaların Sözleşme ile bağdaşmaz olduğunu belirttiği ve Mahkemenin daima bu temel ilkeyi vurgulayarak ebeveynlik bağının gayri meşru niteliğine dayanan ayrım yasağını Avrupa kamu düzenini koruma normuna dönüştürdüğü, evlilik içinde ve evlilik dışında doğan çocuklar arasında muamele eşitliğine ilişkin olarak Avrupa Konseyine üye devletler arasında uzun zamandır görüş birliği bulunduğunu ve bunun, söz konusu alandaki yasal mevzuat birliğini sağladığını, çünkü eşitlik ilkesinin meşru ve gayrimeşru çocuk kavramlarını yok ettiğini ve aynı zamanda çocuklar arasındaki eşitliğin amacını kesin olarak tamamlayan sosyal ve hukuki bir gelişimi sağladığını vurguladığı ifade edilmiştir. Bakanlık görüş yazısında ayrıca, AİHM'in kendisinden özel ihtilafları çözümlemesinin beklenemeyeceğini, bununla birlikte kendisine düşen Avrupa seviyesindeki denetimin icrası çerçevesinde; bir vasiyet hükmü, özel bir sözleşme, resmî belge, yasal bir hüküm veya idari bir uygulamanın, yerel bir mahkeme tarafından yapılan yorumunun, mantıksız, keyfî veya 14. maddedeki yasakla veya Sözleşme'deki diğer ilkelerle bariz şekilde çelişkili olması durumunda tepkisiz kalamayacağını sıklıkla vurguladığı ifade edilmiş; AİHM önüne benzer ihlal iddialarıyla yansıyan dava ve karar örneklerine yer verilmiştir.

50. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine 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 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).

51. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

52. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

53. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

54. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin parçası sayılırlar. Somut başvuru açısından ise murise ait olan vasiyetname içeriğinde muris tarafından başvurucunun U.B. ile olan evliliğinden dünyaya geldiği ve murisin Amerika'da başvurucu ve annesi ile birlikte yaşamını sürdürdüğünün beyan edildiği görülmektedir. Çocuk ile kurulan hukuki bağı gösteren ve doğal baba tarafından evlilik dışı çocuğun kendi soyundan geldiği yönünde ilgili mevzuatın aradığı koşullar altında yetkili makamlara beyanda bulunulmasını ifade eden tanıma şeklindeki hukuki bağlantının somut olay açısından gerçekleşip gerçekleşmediği uyuşmazlık konusu olmakla birlikte doğumundan itibaren muris ile şahsi münasebetini sürdürdüğü anlaşılan başvurucu ile muris arasında, aile hayatının tesisi açısından önem arz eden yakın kişisel bağın fiilen mevcut olduğu görülmektedir. Bu bağlamda başvurucu ile muris arasındaki söz konusu ilişki, aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirme yapılması açısından yeterlidir.

55. Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmakla birlikte söz konusu hukuksal çıkarların Anayasa'nın farklı maddelerinin koruma alanına girdiği görülmektedir. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, (GK), B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

56. Anayasa'nın 41. maddesinin gerekçesinde *"... Ailenin korunması fikrinin herşeyden önce Medeni Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir. ... Millet hayatı bakımından aile kutsal bir temeldir. Bu nedenle devlet, ailenin refahını ve huzurunu koruyacaktır... Ailenin korunması yanında ananın ve çocuğun da korunması hükme bağlanmıştır.... Çocuğun korunması, genel olarak ifade edilmekle yetinilmiş ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen "eşitlik ilkesi"nden de çıkarılabilir. Çeşitli anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevkedilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür.... Devlet sadece çocukların eğitimiyle değil yetişkinlerin eğitimi çerçevesinde anne ve babaların eğitim ve yetişmesiyle de ilgili önlemleri almak ve teşkilâtı kurmakla yükümlü kılınmıştır. Madde yasa koyucuya aileyi toplumun temeli olarak koruma, refahını ve huzurunu sağlama ödevini de yüklemektedir."* ifadelerine yer verilmiştir. Bu suretle Anayasa, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiş bulunmaktadır. Devlet; ailenin, özellikle ana ve çocuğun korunması için önlemler almakla yükümlü tutulmuş olup bu görevin çocukların evlilik içinde ya da dışında doğmuş olmasına bakılmaksızın yerine getirilmesi öngörülmüştür.

57. Mülkiyet hakkı kapsamında özel olarak korunması gereken bir hukuki değer olması nedeniyle miras hakkına Anayasanın 35. maddesinde

ayrıca yer verilmekle birlikte bu hak mülkiyet hakkının bir devamı ve özel bir şeklidir (AYM, E.1987/1, K.1987/18, 11/9/1987). Bu nedenle öncelikle başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Miras hakkı açısından bir değerlendirme yapılabilmesi için de mevcut bir mülk veya meşru bir beklentinin varlığının ortaya konulması zaruridir (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26). Özellikle ilgili mevzuatta yer alan düzenlemeler nedeniyle söz konusu güvencenin aktif hâle gelemediği durumlarda ise yakın akrabalar arasındaki verasete ilişkin uyuşmazlıkların aile bağlarının bir görünümünü oluşturması itibarıyla aile hayatına saygı hakkının güvence kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Evlilik dışı çocuklarının hukuki statüleri ve aile olan bağlarının kurulması ile bu değerlendirmeye bağlı miras uyuşmazlıkları da söz konusu değerlendirmenin yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur.

58. Sözleşme'nin 8. maddesi de açıkça bir miras hakkından bahsetmemekle birlikte AİHM *Marckx/Belçika* kararından itibaren yakın akrabalar arasındaki verasete ilişkin uyuşmazlıkların, aile bağlarının bir görünümünü oluşturması itibarıyla 8. maddenin güvence kapsamında yer aldığını kabul etmektedir. Yakın akrabalar arasındaki miras hakları ve aile yaşamının yakından bağlantılı olduğunu belirten Mahkeme; aile yaşamının sadece sosyal, ahlaki veya kültürel ilişkileri içermediğini, miras hakkı bağlamındaki maddi çıkarları da kapsadığını kabul etmektedir (*Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 52; *Camp ve Bourimi/Hollanda*, B. No: 28369/95, 3/10/2000, § 35; *Pla ve Puncernau/Andora*, B. No: 69498/01, 13/2/2004, § 43).

59. Çocuğun miras hakkı, genellikle evlilik dışında ve evlilik içinde doğan çocukların miras hakları açısından öngörülen farklı mevzuat hükümleri veya yargısal uygulamalar bağlamında AİHM içtihadına yansımıştır. Mahkemenin evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğa miras hakları bakımından farklı muamelede bulunulduğu iddialarını bazen Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde açısından, bazen 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde açısından değerlendirdiği görülmektedir. Genellikle evlilik dışı çocuğun kısmen miras hakkı bulunduğu fakat oran olarak evlilik içinde dünyaya gelen çocuklara nazaran düşük bir pay öngörülen hâllerde mülkiyet hakkı bağlamında değerlendirme yapıldığı ve aile hayatına saygı hakkı

bağlamındaki iddianın ayrıca değerlendirilmediği ancak özellikle mirasın geçişine ilişkin iç hukukta yer alan prensipler nazara alındığında veya miras bırakanın hâlihazırda hayatta olması nedeniyle mevcut bir mülk veya meşru bir beklentinin söz konusu olmadığı durumlarda, aile hayatına saygı hakkı bağlamında inceleme yapıldığı anlaşılmaktadır (*Marckx/Belçika*, § 50; *Mazurek/Fransa*, B. No: 34406/97, 1/2/2000; *Camp ve Bourimi/Hollanda*; *Pla ve Puncernau/Andora*).

60. Sözleşme'nin 8. maddesi, çocuğun ebeveynin ya da diğer akrabaların mirasından pay almasını zorunlu kılmamakla ve miras hukukuna ilişkin düzenlemeler yapma ve usuller belirleme konusunda taraf devletlerin takdir yetkisi bulunmakla birlikte mirasla ilgili meseleler bağlamında, özellikle evlilik içinde ve evlilik dışında dünyaya gelen çocuklar arasında ayrım yapılması, Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. madde bağlamında inceleme yapılmasını gerektirmektedir (*Camp ve Bourimi/Hollanda*; *Brauer/Almanya*, B. No: 3545/04, 28/5/2009).

61. AİHM içtihadında istikrarlı bir şekilde, özellikle evlilik dışı doğuma dayalı olarak farklı bir muamelede bulunulabilmesi için çok önemli nedenlerin varlığının kanıtlanması gerektiği ifade edilmektedir. Sözleşme'nin dinamik bir metin olması ve taraf devletler için pozitif yükümlülükler içermesi yönüyle yaşayan bir enstrüman olduğu ve bu bağlamda günün koşulları nazara alınarak yorumlanması gerektiği vurgulanmakta ve Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde, evlilik içi ve evlilik dışında dünyaya gelen çocuklar arasındaki eşitsizlik sorununa büyük önem atfedildiği belirtilmektedir (*Camp ve Bourimi/Hollanda*, § 38; *Pla ve Puncernau/Andora*, § 62).

62. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin ilişkilerini sürdürme hakkıdır. Bu hakkın kapsamının ise aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

63. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik

tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Marcus Frank Cerny*, § 40; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

64. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin ve çocukların, mevcut olayda başvurucunun, ebeveyn ile bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir.

65. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklar arasındaki aile bağlarının sürdürülebilirliğini sağlama şeklinde pozitif bir görev yüklediğini, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

66. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin; hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin olarak belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

67. Bu bağlamda AİHM, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin iç hukuku yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. Yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin maddi olay ve hukuk normlarının yorumlanması konusundaki takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak ulusal

mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatına saygı hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir (*Pla ve Puncernau/Andora*, § 46).

68. Bireysel başvuruların değerlendirilmesi bağlamında da mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin aile hayatı ile ilgili hükümleri yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20.ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir.

69. Aile hayatına saygı hakkını ilgilendiren uygulamaların genel olarak ailenin ve bu bağlamda kamunun menfaatlerinin korunması şeklindeki meşru amacı karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının da gözönünde bulundurulması ve özellikle soy bağına ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda kamunun ve bireyin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının titizlikle belirlenmesi gerekmektedir. Bu alandaki belirleyici mesele; bireyin ve kamunun yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurup kurmadığıdır.

70. Aile hukukuna ve buna bağlı miras hakkı gibi konulara ilişkin prensiplerin belirlenmesinde de kamusal makamların takdir yetkisi bulunmakla birlikte belirtilen takdir yetkisi her bir vaka özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte ve özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda bu yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

71. Bu bağlamda ilgili taraflarla ve dava malzemesi ile doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların, maddi ve hukuksal verilerin değerlendirilmesi noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek söz konusu uyuşmazlığa ilişkin maddi olay ve hukuk normlarının biz-

zat değerlendirilmesi olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin aile hukukuna ve bu çerçevede soy bağına ilişkin hükümleri yorumlayıp uygularken bireyin ve kamunun menfaatleri arasında kurulması gereken dengeyi tespit etmek suretiyle Anayasa'nın 20. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirleme yetkisine sahiptir.

72. Derece mahkemelerinin, aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde kullanılması ve korunmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda, derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, yargısal makamlarca öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır. Bu nedenle derece mahkemelerinin takdirlerinin gerekçelerini aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde kullanılması ve korunmasını temin edecek şekilde ayrıntılı olarak ortaya koymaları gerekmektedir.

73. Çocuğun; ana babasını bilmek, ebeveynin nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, anne ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi hakları, çocuğun kişiliğine bağlı haklardandır. Aile bağlarının tesisi ve sürdürülmesi noktasında da hayati önemi haizdir.

74. Aile yaşamına saygı hakkının temel amacı, bireyi kamusal makamların keyfî müdahalelerine karşı korumaktır. Bununla birlikte kamusal makamların yükümlülüğü yalnızca keyfî olarak müdahalede bulunmamaktan ibaret değildir. Söz konusu birincil negatif yükümlülüğe ek olarak özel ve aile yaşamına etkili şekilde saygı gösterilmesini sağlama yükümlülüğü de söz konusudur. Bu nedenle ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkileri düzenleyen mevzuat hükümlerinin, bu kişilerin normal bir aile gibi yaşamalarına olanak verecek şekilde, yani çocuğun doğumundan itibaren aileyle bütünleşmesini sağlayacak biçimde düzenlenmesi gerekir. Kamusal makamların bu amacı gerçekleştirmek üzere çeşitli araçlar kullanması mümkündür. Ancak bu araçların seçimi ve uygulanmasında aile hayatına saygı hakkının kapsadığı güvencelerin göz önünde bulundurulması zorunludur (*Marckx/Belçika*, § 31).

75. AİHM de birçok başvuruda ve çeşitli şekillerde, kanunların yorumlanması ve uygulanması yetkisinin, ilk elde ulusal makamların, özellikle de ilk derece ve kanun yolu mahkemelerinin yetkisinde olduğunu ifade etmiştir. Söz konusu prensip, bir vasiyetname içeriğinde yer alan bir koşul veya ifadenin yorumlanması gibi oldukça özel belgelerin yorumlanması açısından da geçerlidir. Zira belirtilen durumlarda, yetkili ulusal makamlar ve özellikle de mahkemeler; ilgili yargısal teamüller ışığında, söz konusu kaydı değerlendirme noktasında daha elverişli konumdadır. Bu nedenle belirtilen türden uyuşmazlıkların çözümünde, kamusal otoriteler ve özellikle yargısal makamlar geniş bir takdir hakkını haizdir (*Pla ve Puncernau/Andora*, § 46).

76. Bununla birlikte, yerel yargısal makamların maddi olaylar ve hukuk kurallarına ilişkin yorumunun açıkça temelsiz, keyfî veya Sözleşme'de yer alan temel prensiplerle açıkça uyumsuz olması hâlinde, özel ve aile yaşamına ilişkin bir müdahale iddiası gündeme gelebilmektedir (*Pla ve Puncernau/Andora*, § 46).

77. Bu kapsamda AİHM, özel uyuşmazlıkların çözümünün kendi görev alanında olmadığını ifade etmekle birlikte yaptığı denetimin gereği olarak bir yerel mahkemenin; hukuki bir fiile, bir vasiyetnameye, özel bir sözleşmeye, kamusal bir belgeye, bir yasa hükmüne veya idari bir uygulamaya ilişkin yorumunun, açıkça temelsiz, keyfî veya Sözleşme'de yer alan temel prensiplerle açıkça uyumsuz olması hâlinde hareketsiz kalamayacağını vurgulamaktadır (*Pla ve Puncernau/Andora*, § 59).

78. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında, özellikle soy bağı ve buna bağlı hukuksal neticelere ilişkin uyuşmazlıklar, kamusal ve bireysel menfaatlerin özenle değerlendirilmesi gereken önemli bir dava grubudur.

79. Çocuk ile anne babası arasındaki doğal ve hukuki bağlantıyı ifade eden soy bağı, biyolojik ve/veya hukuki bir bağlantıyı içermektedir. Doğal soy bağı çocuk ile anne ve babası arasındaki salt genetik temellere dayanan bağ olarak nitelendirilmektedir. Hukuki soy bağı ise çocuk ile anne ve babası arasındaki biyolojik/genetik ilişkinin hukukça tanınmasını ifade etmekle birlikte her zaman kan bağına dayanmamakta, evlat edinme işleminde olduğu gibi sosyal ve manevi bağa dayalı olarak da kurulabilmektedir.

80. Çocuk ile anne ve baba arasındaki soy bağının tesisi noktasında, 743 sayılı Kanun ve 4721 sayılı Kanun'un öngördüğü düzenlemeler arasında büyük farklılıklar bulunmaktadır. Soy bağının oluşumu hususunda 743 sayılı Kanun'un kabul ettiği evlilik içi soy bağı (sahih nesep-düzgün soy bağı) ve evlilik dışı soy bağı (gayrı sahih nesep-düzgün olmayan soy bağı) ayırımı, 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile son bulmuştur.

81. 743 sayılı Kanun uyarınca evlilik içinde doğan veya evlilik içinde ana rahmine düşen çocuklar ile evlilik dışında doğmuş olup ana babanın sonradan evlenmesi, hâkim hükmü veya af kanunlarına istinaden yapılan bir idari işlemle nesebi düzeltilmiş olan çocuklar, sahih nesepli çocuk olarak nitelendirilmiştir. Evlilik dışında doğmuş ve nesebin düzeltilmesi yolu ile sahih nesepli çocuk statüsünü elde edememiş fakat babaları tarafından tanınmış veya babaya karşı şahsi hâl sonuçlu babalık hükmü elde etmiş çocuklar ise gayri sahih nesepli çocuklar olarak nitelendirilmiştir. Söz konusu sistemde, tanıma veya babalığa hükmedilmesi durumunda dahi çocuk ve baba arasında gayri sahih nesep bağı kurulduğu kabul edilmiş ve bu uygulama evlilik dışında dünyaya gelen çocukların, evlilik içi soy bağı ile babaya bağlanan çocuklara nazaran daha elverişsiz bir hukuki rejime tabi tutulmalarına neden olmuştur.

82. Çocukla baba arasındaki nesep bağı açısından yapılan bu ayırım, etkisini özellikle miras hakkı bağlamında göstermiştir. 743 sayılı Kanun'un 443. maddesinin ikinci fıkrasında; gayrı sahih nesepli çocukların, baba yönünden mirasçılıklarında, sahih nesepli çocuklara nazaran yarı hisse ile miras alacakları öngörülmüştür. Ancak söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile Anayasa'nın 10., 35. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Yasada meydana gelen boşluk 14/11/1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanun ile doldurulmuş ve madde metni "*Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir.*" şeklini almıştır.

83. 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte sahih nesep-gayrı sahih nesep ayrımı sona ermiş olup evlilik içinde veya dışında dünyaya gelmiş olmalarına bakılmaksızın tüm çocuklar için anne ve babalarına hukuken bağlanmalarını sağlayan tek bir soy bağı öngörülmüştür. Bu kapsamda, çocuk ile anne arasındaki bağın doğumla, çocuk ile baba arasındaki bağın ise anne ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı kabul edilmiştir. Ayrıca evlat edinmeye de soy bağının kurulma

şekilleri arasında yer verilmiştir. Bu suretle evlilik içinde doğan çocuk ve baba arasında kurulan soy bağı ile evlilik dışında doğan çocuk ve baba arasında kurulan soy bağı arasında herhangi bir fark kalmamış, tanıma veya babalık hükmü ile evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ve baba arasında normal bir soy bağı kurulması sağlanmıştır.

84. Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soy bağının tesis edilme vasıtalarından biri olan tanıma, evlilik dışında doğan çocuk ve baba arasında yasada öngörülen geçerlilik şekillerinden biri çerçevesinde, baba tarafından yapılan tek taraflı irade açıklamasıyla soy bağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan bir hukuksal işlemdir. Tanıma beyanı, kurucu yenilik doğurucu bir işlemdir. Bu beyanla birlikte baba ve çocuk arasında geçmişe, etkili olarak (çocuğun doğum anından itibaren) soy bağı tesis edilmektedir. Tanıma, ancak evlilik dışı doğan ve babası ile soy bağı ilişkisi kurulmamış olan çocuklar için söz konusu olmaktadır.

85. 743 sayılı Kanun 292. maddesi ile birbiriyle evlenmeleri kesin surette yasak olan hısımlar arasındaki cinsel ilişkiden doğan, yani üst soy-alt soy, kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasındaki ilişkiden dünyaya gelen çocuğun tanınamayacağını öngörmüştür. 4721 sayılı Kanun ise söz konusu çocukların tanınmasını yasaklayan düzenlemeyi, çocuğun menfaatlerine uygun düşmediği gerekçesi ile benimsememiştir. Bunun yanısıra 743 sayılı Kanun 292. madde hükmü ile evli erkeklerin evlilik dışı ilişkilerinden doğan çocukların tanınmalarını da yasaklamıştır. Meşru aile birliklerini korumak amacıyla kabul edildiği belirtilen söz konusu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile iptal edilmiş, bu bağlamda söz konusu iptal kararı sonrasında evli erkeklerin evlilik dışı ilişkilerinden dünyaya gelen çocukların tanınması noktasındaki engel ortadan kalmıştır. 4721 sayılı Kanun sisteminde ise tanıma işlemi, evlilik dışı doğan her çocuk için babası ile soy bağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan hukuksal bir yoldur. Çocuğun, evli erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğmuş olması veya evlenmeleri yasak kişilerin ilişkilerinden dünyaya gelmesi tanımaya engel değildir.

86. Tanıma, geçerlilik şekline bağlı bir hukuksal işlem olup 743 sayılı Kanun döneminde tanımanın geçerli sayılabilmesi için resmî senetle ya da ölüme bağlı tasarruf ile yapılması aranırken 4721 sayılı Kanun tanımanın; babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyan ile olabileceğine

hükmederek seçimlik nitelikte dört şekil öngörmüştür. Bununla birlikte her iki düzenlemede de tanımanın vasiyetnamede yer verilen bir beyanla yerine getirilebileceğinin düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu şeklin yerine getirilmesi bağlamında vasiyetname şekillerinden herhangi birisine (resmî, el yazısı, sözlü) uyulmuş olması yeterlidir. Bu seçimlik yollar dışında kanunda öngörülmeyen bir şekil ve yöntemle baba olunduğunun kabulü, tanımanın hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır.

87. Vasiyetname ölüme bağlı bir hukuksal işlem olduğu için, vasiyetname ile yapılan tanıma işleminin diğerlerinden temel farkı, tanımanın hukuki sonuçlarının vasiyetçinin ölümünden sonra doğmasıdır. Ölüme bağlı tasarrufta, miras bırakanın son arzusu müphem ise ölüme bağlı tasarrufun yorumu gündeme gelmektedir. Söz konusu yorum bağlamında beyan sahibinin o irade beyanına verdiği anlamın, muhatabın irade beyanına verdiği anlamın veya objektif bir üçüncü şahsın söz konusu irade beyanına verdiği anlamın esas alınması yönünde farklı teoriler olmakla birlikte tek taraflı bir hukuksal işlem olan ve ölüme bağlı bir tasarruf olmakla hüküm ve sonuçlarını vasiyetçinin ölümü ile doğuran bu nedenle irade beyanının yorumlanması anında vasiyetçinin hayatta olmadığı vasiyetnamelerin yorumunda, irade teorisinin yani vasiyetçinin vasiyetnameye verdiği anlamın esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Söz konusu yorum yapılırken ölüme bağlı tasarrufun önceliği veya vasiyet lehine yorum (favor testamenti) olarak da adlandırılan ölüme bağlı tasarrufu ayakta tutma ve yaşatma ilkesi göz önünde bulundurulmaktadır.

88. Özellikle vasiyetname ile yapılan tanıma işlemlerine ilişkin uyuşmazlıklardaki ilgili beyanın yorumunda, belirtilen ilkeler ve murisin iradesi kadar önemli olan bir başka unsur çocuğun menfaatidir. Zira söz konusu yorum, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ile baba arasında soy bağı kurulmasını sağlayabilecektir.

89. Yukarıda belirtildiği üzere 743 sayılı Kanun döneminde evlilik içinde ve dışında doğan çocukların tanıma veya babalığa hükmedilmesi hâlinde dahi sahih ve gayri sahih nesep ayırımına tabi tutulduğu ve bu farklılığın özellikle miras hakkı açısından farklı hukuki neticeler doğurduğu görülmektedir.

90. 743 sayılı Kanun'un evlilik içi ve evlilik dışı çocukların nesebine ilişkin hükümlerinin toplumsal hayata tam uyum sağlayamadığı, çıkan

sorunları çözmekte yetersiz kaldığı ve evlilik dışı birleşmelerin önlenemediği belirtilerek bu tür birleşmelerin ürünü olan çocukların neseplerinin düzeltilmesi bakımından zaman zaman çıkarılan yasalar ile geçici nitelikte önlemler alınmaya çalışılmıştır. "*AF Kanunu*", "*Tescil Edilmeyen Birleşmeler ile Bunlardan Doğan Çocukların Tescili Hakkında Kanun*" gibi değişik adlarla çıkartılan çeşitli yasalar ile bu toplumsal soruna çözüm aranmış ve ilk kez 1933 yılında çıkarılan 2330 sayılı Af Kanunu'nu, 1934 yılında 2576, 1945 yılında 4727, 1950 yılında 5524, 1956 yılında 6652, 1965 yılında 554, 1974 yılında 1826 ve 1981 yılında 2526 sayı ile çıkan kanunlar izlemiştir. Bu kanunlar ile evlilik dışı ilişkiden doğmuş çocukların nesepleri yönetsel yoldan sahih hâle dönüşmüştür. 20/6/1974 tarihli ve 1826 sayılı Tescil Edilmeyen Birleşmeler ve Bunlardan Doğan Çocukların Cezasız Tescili Hakkında Kanun'un gerekçesinde "*Medeni Kanun yürürlüğe gireli yarım asra yakın bir süre geçmesine karşın evlenme ve nesebe ilişkin hükümler hâlâ yerleşmemiştir. Ancak evlilik dışı çocukların Medeni Kanunu ihlâlde bir kusurları yoktur. Bu çocuklar tanınmadıkça ya da yargıç tarafından babalığa hüküm verilmedikçe babaları hanesine kayıt edilebilme olanakları yoktur. Bu gibi çocuklar babasız olmanın üzüntüsünü her zaman yüreklerinde hissetmekte ve doğuştan topluma karşı küskün bir şekilde yetişmektedirler. Evlilik dışı ya da tescil edilmemiş evlenmelerden doğan çocukların hukuki statülerini Medeni Kanun çerçevesi içinde bir düzene koymamak ve onların bazı yurttaşlık haklarından yararlanmalarını engellemek adil bir hukuk devleti anlayışı ile bağdaşamaz.*" şeklindeki görüşlere yer verildiği görülmektedir.

91. 743 sayılı Kanun'da yer alan evlilik dışı doğan çocukların babaları ile nesep bağlarının tanzimi ile sahih ve gayri sahih nesep ayırımına ve bunun sonuçlarına ilişkin hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararlarına da sıklıkla konu olduğu anlaşılmaktadır.

92. Anayasa Mahkemesi'nin, 21/5/1981 tarihli ve E.1980/29, K.1981/22 sayılı kararı ile 743 sayılı Kanun'un 310. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Münasebeti cinsiye zamanında, müddeialeyh evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez.*" biçimindeki kural iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararından sonra erkeğin evlilik dışı ilişkisinin ürünü olan bir çocuğun babalık davası yoluyla nesebinin gayri sahih hâle getirilmesine yasal engel kalmamıştır.

93. Devam eden süreçte, Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı kararı ile 743 sayılı Kanun'un

sahih olmayan nesepte miras haklarına yönelik 443. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesinin ve aynı maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiş ve bu karar sonrasında oluşan boşluk 3678 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile doldurulmak suretiyle evlilik dışı çocukların hukuksal konumlarındaki farklılık büyük ölçüde giderilerek nesebi gayrı sahih çocukların, mirastan nesebi sahih çocuklar gibi tam pay alması gerektiği kabul edilmiştir.

94. Nihai olarak Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinde yer alan "*Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından soğan çocuk, tanınamaz.*" hükmünde yer alan "*erkek ve*" ibaresi Anayasa'nın 5., 10., 12. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. İptal gerekçesinde, itiraz konusu kuralın zina ürünü çocuğun tanınamayacağını belirleyerek çocuğun doğal babası ile arasında sahih olmayan nesep ilişkisi kurulmasını önlediği, bu durumdaki çocuğun; babasının nüfusuna kaydedilmek, mirasçısı olmak, babanın soyadını almak gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahip olamadığı, çocuğun annesinin ve babasının kusurundan sorumlu tutularak toplum içinde aşağılandığı ve kimi haklardan yoksun kılınmışlığın getirdiği eziklikle maddi ve manevi gelişme olanağını bulamamak suretiyle toplumdan soyutlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın, söz konusu çocukların temel hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığından Anayasa'nın 5. maddesine aykırı olduğu; ayrıca söz konusu kuralın, evlilik dışında doğan bir grup çocuğun, babalarının tanıma yoluyla belirlenmesini ve nesebi sahih olmayan çocuk durumuna gelmelerini engellediği ve bu çocukların diğerlerine oranla maddi ve manevi ayrılık içine itilmelerine neden olarak bunlara kişiliklerinin serbestçe oluşumu ve gelişimi temel hakkının tanınmadığı; ana rahmine düştüğü sırada babası, annesinden başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yapılarak birinci çocuk babaya karşı nesepsiz duruma düşürülürken ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve bunun haklı nedeninin de gösterilemeyeceği; uygar ülkelerin, nesebi sahih ve nesebi gayrı sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırdıkları;hangi nedenle olursa olsun dünyaya gelen kişinin haklarının engellenmesi veya azaltılması ve böylece nesebi sahih çocuklar yanında ayrıcalıklı hukuki durum oluşturulmasının eşitlikle bağdaşmayacağı, bu

nedenle itiraz konusu kuralın evli babanın evlilik dışı ilişkisinden doğan çocukların neseplerinin gayrı sahih hâle getirilmesini önleyip evlilik dışı doğan çocuklar arasında dahi babalarının evli olup olmamasına göre bir ayrılığa neden olmakla Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, Anayasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasındaki kural ile herkesin, yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunun belirlendiği; kişilik doğumla başlayıp ölümle sona ereceğine göre kendi ana babasını seçme olanağı bulunmayan çocuğun, evlilik dışı dünyaya gelse bile Anayasa'nın sözü edilen bu maddesindeki "*herkes*" sözcüğünün kapsamı içinde olduğu; itiraz konusu kuralın, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olduğu ve söz konusu kural kapsamında evlilik dışında doğan çocuğun toplum içinde yalnızlığa itilerek horlanacağı, ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak korunamayacağı öngörülmekle erkeğin evlilik dışı ilişkisi ürünü çocukların babaları tarafından tanınmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, çocuğun korunmasına ilişkin Anayasal kural ile çeliştiği; tüm toplumlarda çocuğun önemini sürekli biçimde koruduğu, çocukların her yönüyle sağlıklı ve dengeli yetiştirilmelerinin toplumun geleceği açısından yaşamsal önem taşıdığı ve çocukların her türlü olumsuz etkilerden uzak tutulmalarının zorunlu olduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan çocukların korunması ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir.

95. Karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası düzenlemelerde de hemen hemen mutabık kalınan eğilim; aile birliğinin korunması savının, evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar arasında ayırım yapılması hususunda haklı bir neden olarak ileri sürülemeyeceği yönündedir. Bir grup çocuğu iterek, horlayarak, onları kimi temel haklardan yoksun bırakarak aile birliğinin korunacağını düşünmenin, bu sosyal olguya gerçekçi bir yaklaşım olamayacağı; evlilik dışı çocukların, bu tür ilişkilerin etkeni değil ancak ürünü olduğu ve evlilik dışı çocukla babası arasında normal bir nesep bağının kurulmasına olur verilmesinin, hiç kusuru ve katkısı olmaksızın toplumda güç duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olduğu ifade edilmektedir.

96. İnsan ve çocuk hakları ile ilgili bildiri ve sözleşmeler de sorunun hangi boyutta algılandığının saptanması bakımından oldukça önemlidir.

Bu kapsamda İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde bütün çocukların, evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal güvenceden yararlanacakları öngörülmüştür. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de ise taraf devletlerin, bu Sözleşme'de yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan herçocuğa,kendilerinin,anababalarınınveyayasalvasilerininsahip oldukları,ırk, renk,cinsiyet,dil,siyasalyadabaşkadüşünceler,ulusal,etnikvesosyalköken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayrım gözetmeksizin tanıyacakları, çocuğundoğumdan heme nsonra derhâl nüfu skütüğüne kaydedileceği ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacağı yönünde düzenlemelere yer verildiği görülmektedir (bkz. §§ 41-43).

97. Türkiye tarafından da imzalanan ve onaylanan bu temel metinler; çocuğun, evlilik içinde ve dışında doğduğuna bakılmaksızın kişiliğini geliştirmesi ve ileride topluma sağlıklı bir birey olarak katılabilmesi için gerekli her türlü olanaktan yararlandırılmasını öngörmektedir.

98. 743 sayılı Kanun hükümleri kapsamında da evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında, sahih ve gayri sahih nesep ayırımı yapılarak söz konusu statülere farklı hukuksal sonuçlar bağlanmasının, aile kurumunun korunmasına ilişkin amacın gerçekleştirilmesi bağlamında beklenilen etkiyi göstermediği; söz konusu Kanun'un kabulünden sonra çıkarılan nesebin idari yoldan düzeltilmesini sağlayan af yasalarının niceliği ile de açıkça ortaya konulmaktadır.

99. Bununla birlikte somut başvuru açısından ortaya çıkan sorun, evlilik içinde veya dışında dünyaya gelen çocuklar arasında miras hakları açısından farklılık gözetilmesi olmayıp Derece Mahkemelerince murisin vasiyetnamedeki beyanına tanıma şeklinde bir etki atfedilmemesi nedeniyle başvurucu ve murisi arasındaki hukuki bağlantı ve mirasçılık rabıtasının kurulamamasına ilişkindir. Bu irtibatın tesisi hâlinde ne Anayasa Mahkemesinin 11/9/1987 tarihli ve E.1987/1, K.1987/18 sayılı iptal kararını takiben yapılan değişiklik sonrasında 743 sayılı Kanun sisteminde ne de hâlihazırda yürürlükte olan 4721 sayılı Kanun'da evlilik içinde ve dışında dünyaya gelen çocuklar arasında miras hakları bakımından bir ayırım gözetilmediği açıktır. Bu nedenle somut başvuru açısından değerlendirilmesi gereken husus, Derece Mahkemelerinin murisin vasiyetnamesinde

belirttiği iradeye ilişkin yorumu bağlamında, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki güvencelerin gözetilip gözetilmediğidir.

100. Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden, derece mahkemelerince verilen kararlarda genel olarak mirasçılık ve mirasın geçişinin, miras bırakanın ölümü tarihinde yürürlükte olan yasal duruma göre belirlenmesi gerektiği, bu kapsamda 743 sayılı Kanun'un 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haiz olduğu, bunların baba tarafından mirasçı olabilmelerinin ise babalarının kendilerini tanımış olmasına veya babalığa hükmedilmiş olmasına bağlı olduğu, bununla birlikte 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağının belirtildiği görülmektedir. Bu kapsamda başvurucunun 2005 yılında Türk vatandaşlığına alınarak murisin nüfus hanesi dışında müstakil olarak nüfusa kaydedildiği, başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında, başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı ancak vasiyet alacaklısı olarak atanması mümkün olduğundan, kendisine vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir bir belge verilmesi olanağı bulunduğu şeklindeki gerekçelere yer verildiği anlaşılmaktadır.

101. Görülmekte olan davalarda, 2675 sayılı Kanun'un 42. maddesi gereğince yabancı mahkemelerden verilen boşanma kararlarının kesin delil olarak tanınmasının talep edilmesi mümkün olup bunun için belirtilen Kanun'un 38. maddesinin (b), (c) ve (e) bentlerinde yer verilen şartların sağlanmış olması gerekmektedir. Bu kapsamda, yabancı mahkeme ilamının Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin olması durumunda Türk Kanunlar İhtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle Türk uyruklu olan eşi ile yabancı mahkeme nezdinde boşanan murisin açmış olduğu davada verilen kararın Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanarak verilmiş olması gerekmektedir. Başvurucu tarafından, açmış olduğu verasetin iptali davasında kesin delil olarak tanınması talebi ile sunulan boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamının ise ABD hukuku uygulanarak verildiği dosyaya sunulan 5/2/2001 tarihli bilirkişi raporu ile de tevsik edilmiş ve bu nedenle söz konusu yabancı mahkeme ilamına kesin delil etkisi tanınmamıştır. Bu kapsamda,

muris ile Türk olan eşi S.E. arasındaki boşanma kararının ve murisin ABD vatandaşı olan U.B. ile gerçekleştirmiş olduğu evliliğin nüfus kayıtlarına işlenmemiş olması nedeniyle Derece Mahkemelerince başvurucunun evlilik dışı çocuk statüsünde olduğu belirlenmiştir.

102. Bununla birlikte Derece Mahkemelerinin, 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi gereğince evli erkek ve kadınların ilişkisinden doğan çocuğun tanınamayacağını belirttikleri, bu kapsamda başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı gerekçesine dayanıldığı görülmektedir.

103. Ölüme bağlı tasarruflar ölüm anında hüküm doğurmakta olup ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanımanın da hükümlerini tanıyanın ölümünden sonra doğuracağı açıktır (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, E.1994/4, K.1994/4, 11/11/1994). Somut olayda muris 24/9/1999 tarihinde vefat etmiştir. Vasiyetname kapsamındaki beyanla tanımanın mümkün olup olmadığı 24/9/1999 tarihi itibarıyla yürürlükte olan Medeni Kanun hükümlerine göre belirlenecektir. Bu tarih itibarıyla yürürlükte olan 743 sayılı Kanun hükümlerine göre evli erkeğin evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğunu tanıması mümkündür. Zira 743 sayılı Kanun'un 292. maddesinde yer alan ve "*Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz.*" hükmünde yer alan "*erkek ve*" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile Anayasa'nın 5., 10., 12. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. Bu kapsamda gerek vasiyetnamenin hüküm doğurduğu 24/9/1999 tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 743 sayılı Kanun hükümleri gerekse hâlihazırda yürürlükte bulunan 4721 sayılı Kanun hükümleri uyarınca evli erkeğin evlilik dışı ilişkiden olma çocuğunu tanıması mümkündür.

104. Bu bağlamda başvurucu tarafından 4722 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle soy bağına ilişkin meselelerde 4721 sayılı Kanun hükümlerinin nazara alınması gerektiği iddia edilmekle birlikte olayda 4721 sayılı Kanun'un tanımaya ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğinin kabulü hâlinde dahi sonuç değişmemektedir. Zira ne vasiyetnamenin hüküm doğurduğu 24/9/1999 tarihi

itibarıyla yürürlükte bulunduğu şekliyle 743 sayılı Kanun'da ne de hâlihazırda yürürlükte olan 4721 sayılı Kanun'un tanımaya ilişkin hükümleri arasında, evli erkeğin evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen çocuğun tanınamayacağına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.

105. Usul hukuku prensiplerine göre veraset ilamı davalarına bakan sulh hukuk mahkemelerinin, hısımlık ilişkisini tespite yarayan her türlü delile başvurmaları mümkündür. Somut başvuru açısından da başvurucunun annesi olan yabancı uyruklu U.B. ile evlendiğine dair belgelerin; murisin, başvurucunun U.B. ile evliliğinden doğmuş olan üç çocuğundan birisi olduğu beyanını içeren vasiyetnamenin ve başvurucunun muris ile arasında kurulan bağlantı nedeniyle Türk vatandaşlığına kabulü ile nüfusa tescil edilmesine ilişkin kayıtların dosyaya ibraz edildiği anlaşılmaktadır.

106. Hukuki yönden çocukla onun doğumuna neden olan erkek arasında bir nesep ilişkisi kurulabilmesi için sadece kan bağının bulunması yeterli değildir. Yasada aranan koşulların da oluşması gerekmektedir. Özellikle aile kurumunun korunması ve resmî kayıtların doğru ve düzenli şekilde tanzimi noktasındaki kamusal menfaat dikkate alındığında evlilik dışı doğan çocuğun belirli hukuki işlemler neticesinde biyolojik baba ile olan bağının hukuken tevsik edilmesi ve buna ilişkin usullerin belirlenmesinde kamusal makamların takdir hakkı bulunduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte söz konusu usullerin düzenlenmesi ve uygulanmasında, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin gözetilmesi gerektiği açıktır.

107. Bu kapsamda evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun baba ile nesep ilişkisinin tesisi için tanıma ve babalık davası şeklindeki hukuki işlem ve vasıtaların ihdas edilmesi, kamusal makamların takdir yetkileri dâhilindedir. Bununla birlikte söz konusu usullerin, ilgili bağın kurulmasını aşırı derece zorlaştıracak veya imkânsız hâle getirecek şekilde tanzimi veya bu surette yorumlanmasının, etkili ve uygulanabilir bir temel hak korumasını sağlayamayacağı gözönünde bulundurulmalıdır.

108. Murisin başvurucu ile ilgili olarak vasiyetname içeriğinde yer alan beyanları, esasen İlk Derece Mahkemesinin 13/5/2010 tarihli kararında tanıma olarak nitelendirilmiş ve karar gerekçesinde; 743 sayılı Kanun'un 291. maddesi uyarınca evlilik dışı çocuğun babası tarafından tanınması suretiyle nesep bağının kurulmasının mümkün olduğu, bu kapsamda

muris tarafından düzenlenen vasiyetname ile söz konusu evlilikten olan çocukların tanındığı, yargılama aşamasında ayrıca, Nüfus ve Vatandaşlık Genel Müdürlüğü tarafından yapılan araştırma sonucuna göre çocukların babaları ile nesep bağlarının kurulması nedeniyle Türk vatandaşlığını kazandıkları ve nüfusa kaydedildiklerinin tespit edildiği belirtilerek başvurucu ile birlikte murisin ölüm tarihinde sağ olan tüm mirasçılarının miras payları yeniden belirlenmiştir. Bununla birlikte temyiz merciince 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi gereğince birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı belirtilmiş ve bu kapsamda başvurucunun 2005 yılında Türk vatandaşlığına alınarak murisin nüfus hanesi dışında müstakil olarak nüfusa kaydedildiği, başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı, ancak vasiyet alacaklısı olarak atanması mümkün olduğundan kendisine vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir bir belge verilmesi olanağı bulunduğu kabul edilmiştir. Söz konusu karar, karar düzeltme aşamasında incelenerek karar düzeltme talebinin reddine hükmedilmiştir. Ancak ilamda,her ne kadar bozma ilamında 743 sayılı Kanun'un 292. maddesine dayanılmış ise de söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesinin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı kararı ile kısmen iptal edildiği, bu bağlamda evli olan baba ile evli olmayan annenin birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınması veya babalığa hükmedilmesinin yolunun açıldığı, bu nedenle bozma ilamında gösterilen gerekçenin yerinde olmadığı, ancak başvurucunun nüfusta murisin kızı olarak kayıtlı olmadığı, miras bırakan tarafından tanınması veya babalığa hükmedilmesi suretiyle aralarında soy bağının da kurulmamış olduğu gözetildiğinde bozma ilamının sonucu bakımından doğru olduğu ifade edilmiş ve bu suretle vasiyetnamedeki beyanının lafzına itibarla söz konusu beyanın tanıma olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

109. Bozma ilamı sonrasında yürütülen yargılama neticesinde ise tekrar 743 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesince iptal edilen 292. maddesine dayanıldığı ve başvurucunun dünyaya geldiği tarihte murisin Türkiye'de resmen evli olması nedeniyle 743 sayılı Kanun'un 292. maddesi karşısında başvurucunun tanınmasının ve buna bağlı olarak murisin mirasçısı olarak kabulünün mümkün olmadığı belirtilerek kendisine vasiyet alacaklısı bel-

gesi verilebileceğinin ifade edildiği ve belirtilen kararın kanun yollarından geçerek kesinleştiği görülmektedir.

110. Bu kapsamda Derece Mahkemeleri nezdinde, söz konusu vasiyetnamede yer alan beyanın iki farklı şekilde yorumlandığı; her ikisi de olgusal ve hukuksal argümanlara dayandığı anlaşılan kararlar kapsamında, nihai olarak murisin vasiyetnamede yer alan beyanının tanıma niteliğinde olmadığı sonucuna varıldığı, bunun yanısıra karar düzeltme aşamasında Anayasa Mahkemesinin 743 sayılı Kanun'un 292. maddesine ilişkin 28/2/1991 tarihli ve E.1990/15, K.1991/5 sayılı iptal kararı sonrasında evli olan baba ile evli olmayan annenin birlikteliğinden dünyaya gelen çocukların tanınması veya babalığa hükmedilmesinin mümkün olduğunun belirtilmesine rağmen söz konusu gerekçenin bozma sonrası verilen kararda da aynen benimsendiği ve kararın bu şekliyle kesinleştiği anlaşılmaktadır.

111. Söz konusu kararların dayandığı argümanların Anayasa Mahkemesince analiz edilmesinin, uygun ve gerekli olmadığı ve söz konusu değerlendirme yetkisinin Derece Mahkemelerinde olduğu açıktır. Bu noktada Mahkemenin görevi, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı ile ilgili güvencelerin başvurucu yönünden gözetilip gözetilmediğinin tespitidir.

112. Veraset ilamının iptali davasına bakan ve başvurucunun muris tarafından ölüme bağlı tasarruf ile tanınıp tanınmadığı ve dolayısıyla muris ile başvurucu arasındaki hısımlık ilişkisine karar verecek olan Derece Mahkemelerinin vasiyetnamedeki beyana ilişkin yorumu nedeniyle başvurucunun muris ile ilişkisinin kurularak mirasçı sıfatıyla veraset ilamında yer alma ve bu suretle miras hakkının engellendiği ve söz konusu kararların sonuçları itibarıyla başvurucunun aile yaşamına saygı hakkı bağlamında etki doğurduğu anlaşılmaktadır.

113. İlgili vasiyetname içeriğinde muris tarafından, başvurucu ve iki kardeşinin U.B. ile olan birlikteliğinden dünyaya geldiği açıkça ifade edilmekle birlikte söz konusu beyanın yargısal makamlarca yorumlanmasına ihtiyaç duyulması durumunda dahi ilgili yorumun yalnızca belirtilen vasiyetnamenin düzenlendiği ve karar tarihinden yaklaşık kırk yıl öncesine denk gelen bir tarihin ve koşulların dikkate alınarak yapılması aile hayatına saygı hakkına ilişkin güvencelerin hayata geçirilmesi açısından etkili görülmemektedir. Böyle uzun bir zaman dilimin geçmesi ile sosyal ve hukuksal alanda yukarıda belirtilen köklü değişikliklerin yaşanması

karşısında, yargısal makamlarca belirtilen hususlar göz ardı edilerek yapılacak yorumun, ilgili temel hakka ilişkin etkin bir koruma sağlayamayacağı açıktır.

114. Ayrıca vasiyetnamedeki beyanın ilgili idare tarafından değerlendirilerek başvurucunun Türk vatandaşlığını kazandığının kabulü ile nüfusa tescilinin sağlanmış olması ve söz konusu idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın, murisin belirtilen beyanı tanıması şeklinde yorumlanarak başvurucu ile muris arasındaki bağı tevsik etmede yeterli görülmesi nedeniyle reddedilmiş olması dikkate değerdir.

115. Kamu düzenine ilişkin olmakla önemli bir kamusal menfaat taşıyan soy bağı ve hukuki neticelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, kamusal makamların geniş bir takdir yetkileri bulunur. Bununla birlikte söz konusu takdir yetkisinin kullanımında belirtilen kamusal menfaat ile bireyin aile bağlarının kurulması ve buna bağlı olan özellikle miras hakkı gibi hukuki menfaatlerinin de dikkate alınarak adil bir dengenin kurulması gereği ve bu bağlamda özellikle yargısal makamların söz konusu takdire ilişkin ilgili ve yeterli bir gerekçe oluşturma yükümlülüğü karşısında, somut başvuru açısından yürürlükte olan mevzuat hükümleri ile de uyuşmayan söz konusu yorumun aile hayatına saygı hakkı ile bağdaşmadığı ve aile yaşamının normal bir şekilde gelişmesini engellediği sonucuna varılmaktadır. Bunun neticesinde Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

116. Başvurucunun, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılarak uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmak üzere karar örneğinin ilgili yargısal makama gönderilmesine karar verilmiş olduğundan (bkz. § 126) başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının kabul edilebilirlik ve esas açısından ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

b. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline İlişkin İddia

117. Başvurucu, uyuşmazlığa ilişkin yargılama sürecinin on üç yıl devam ettiğini, bu nedenle makul sürede yargılama yapılmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

118. Bakanlık görüş yazısında, daha önce benzer kapsamda sunulan görüşlere atfen makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin olarak görüş bildirilmesine gerek görülmediği ifade edilmiştir.

119. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, § 18). Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhildir. Ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38–39).

120. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde sürenin başlangıcı kural olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarihtir. Somut başvuru açısından bu tarih 21/11/2003'tür. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir. Somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, başvurucunun temyiz talebi hakkında verilen Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin E.2012/7846, K.2013/963 sayılı karar tarihi olan 13/2/2013 olduğu anlaşılmaktadır.

121. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından özellikle yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin dikkate alınmadığı gözönünde bulundurularak makul

sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 54-64). Başvuruya konu davada yer alan kişi sayısı ve davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olmadığını ortaya koymaktadır. Somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu dokuz yılı aşkın yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

122. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

123. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

124. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına ve adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle 50.000 TL tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

125. Somut başvuruda aile yaşamına saygı hakkının ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

126. Aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 14. Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

127. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 8.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

128. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B.1. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 14. Sulh Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 8.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE; tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 Bakanlığa GÖNDERİLMESİNE

17/2/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

TEVFİK TÜRKMEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/9704)

Karar Tarihi: 3/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 27/4/2016-29696

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Tevfik TÜRKMEN
Vekili	:	Av. Mustafa BOZKURT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 27/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 18/7/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 9/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 12/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 23/3/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 8/4/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

7. Anayasa Mahkemesinin 18/6/2015 ve 29/9/2015 tarihli yazılarıyla Hava Kuvvetleri Komutanlığından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin gönderilmesi, personel tarafından yazılan e-postaların denetleneceğini düzenleyen yasal mevzuatın bildirilmesi istenmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı 10/7/2015 ve 13/10/2015 tarihli yazılı cevapları ile istem konusu hususlarla ilgili bilgi ve belgeleri sunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 18/2/2016 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve ulaşılan bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 30/8/2003 tarihinde sözleşmeli astsubay statüsünde görev yapmak üzere 9 yıl süreli sözleşme imzalayarak Hava Kuvvetleri Komutanlığında göreve başlamıştır.

11. Başvurucu, sözleşme süresinin bitmesine yakın sözleşme yenileme talebinde bulunmuş, 5/6/2012 tarihli işlemle başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmiştir.

12. Başvurucu tarafından sözleşmenin yenilenmemesi işleminin iptali ve yoksun kaldığı özlük haklarının ödenmesi istemiyle 1/8/2012 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde dava açılmıştır.

13. Yargılama sırasında davalı idarenin 11/9/2012 tarihli yazısının ekinde gönderilen savunmasında, Hava Kuvvetleri Komutanlığının sözleşmeli personel ihtiyacının planlandığı, ihtiyaç durumu dikkate alınarak ve personelin safahat kayıtları (sicil sırası, ödül/takdir/ceza durumu, ilgili personel hakkındaki istihbarat değerlendirmeleri, almış olduğu eğitimler ve bu eğitimlerdeki başarı durumu) değerlendirilerek idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurucunun sözleşmesinin yenilenmediği, 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında gizli bilgi ve belge gönderileceği belirtilmiştir. Davalı idare 11/9/2012 tarihli yazı ile söz konusu gizli belgeleri Mahkemeye göndermiştir. Bu belgeler, Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı, TSK Net E-posta Sistemi üzerinden başvurucunun e-posta adresine gönderilen ve başvurucunun gönderdiği iletilere ilişkin 24/6/2010 tarihli E-Posta Denetim Birimi İnceleme Sonuç Raporu ve eklerinden oluşmaktadır. Anılan raporda başvurucunun e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı yönünde tespitler bulunmaktadır. Buna göre başvurucu, inceleme dönemi içerisinde (1/1/2006-14/6/2010) Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine

bağlı resmi e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj göndermiş; anılan dönemde başvurucunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderilmiştir.

14. Başvurucu vekili, 1/8/2012 tarihli dilekçesiyle anılan belgeleri inceleme talebinde bulunmuştur. AYİM Birinci Dairesinin 27/11/2012 tarihli ara kararıyla bu talep kabul edilmiş, başvurucu vekilinin 7/12/2012 tarihinde söz konusu belgeleri incelediğine dair tutanak düzenlenmiştir. Başvurucu vekili, daha sonra sunduğu dilekçeleriyle anılan gizli belgelere karşı beyanda bulunmuştur.

15. AYİM Başsavcılığı, başvurucunun işlem tarihine kadar olan geçmiş meslek safahatı itibarıyla gerek disiplin/sicil durumu gerekse de takdir/ceza durumu itibarıyla performansının, sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin tesisini haklı kılacak bir görünüm arz etmediği, personel hakkındaki istihbarat değerlendirmelerinin anılan işleme ölçülü ve haklı bir gerekçe olamayacağı, başvurucunun dava konusu işleme kadar adli veya idari bir soruşturmaya maruz kalmadığı, başvurucunun ikaz dahi edilmeden tabi tutulduğu işlemde kamu yararı bulunduğundan bahsedilemeyeceği, başvurucu hakkında tesis edilen işlemin ölçülülük ilkesini ihlal ettiği, dava konusu işlemin sebep ve amaç unsurları yönünden hukuka aykırı olduğu, işlemin iptaline karar verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

16. Mahkeme 21/5/2013 tarihli ve E.2012/1164, K.2013/614 sayılı kararı ile davayı oy çokluğuyla reddetmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"…*
>
> *Öncelikle dava konusu yapılan sözleşme bir idari sözleşmedir… Sözleşmenin bir tarafı idare, diğer tarafı ise kamu personelidir. Ancak bu kamu personeli 'memur' statüsünde değildir. Anayasa'da dayanağını bulan 'diğer kamu görevlileri' statüsündedir… Subay ve astsubay olarak istihdam edilecek sözleşmeli personelin alınma, özlük hakları, sözleşmenin yenilenmemesi ve feshi halleri kanun ile düzenlenmiştir. Sözleşmeli personelin statüsü Kanun ile düzenlendiğine göre öncelikle yasada yer alan sözleşmenin yenilenmesine*

ilişkin hükümlere ayrıntılı olarak bakmak gerekmektedir… 4678 sayılı Kanun hükmünde sözleşmenin hangi hallerde yenileneceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır…

Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinin 14. maddesinde … düzenlemesi yer almaktadır…. Görüldüğü üzere, sözleşme süresi bitiminde idareyi sözleşme yapmaya zorlayıcı yönetmelik hükmü de bulunmamaktadır. Yasa koyucu bu şekilde bir düzenleme yöntemiyle idareye takdir yetkisi tanımıştır. Ancak bu demek değildir ki idare takdir yetkisini keyfi bir şekilde istediği gibi kullanacaktır. İdare takdir yetkisini hukuka uygun kullanmak zorundadır. Diğer yandan sözleşmeli personel, sözleşmeli olmanın sonucu, kamu personelinin diğer bir kısmını oluşturan memurlar gibi iş güvencesine sahip bulunmamaktadır. İdare, kendi planları doğrultusunda ne kadar sözleşmeli personel bulunduracağına ilişkin hesaplar yaparak bir mahruti yapı oluşturmaya çalışmıştır. Yaptığı hesaplamalar çerçevesinde, sözleşmeli personel sözleşmelerinin yenilenmemesine karar vermiştir. Bu noktada; mahkememizce hesaplamalar yaparak, idarenin piyade astsubay sözleşmeli personel alımı yapması gerektiği konusunda değerlendirme yapıp, 'idarenin… kadar daha personel alması gerektiği' yönünde bir sonuca varmak, yerindelik denetimi olacaktır ki o da Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Mahkemelere böyle bir değerlendirme yetkisi tanınmamıştır. Kısaca idareyi, sözleşmeli personelin alımında veya sözleşmeli personel sözleşmelerinin yenilenmesinde, takdir yetkisini ortadan kaldıracak şekilde iptal kararı vermek hukuken mümkün görünmemektedir.

Diğer yandan … istikrar bulmuş kararlarımızda da belirtildiği üzere, kamu hizmetini yürütmekle görevli olan idarenin, bu hizmeti en iyi şekilde yürütebilmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi ile donatılmasının zorunlu olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, idarenin kamu hizmetini yürütecek personelini alırken bir takım özelliklere sahip olmasını araması tabii olduğu gibi statüye alındıktan sonra da bunları verimli biçimde kullanması, hizmeti aksatacak, kendisinden artık verim alınması imkânı kalmamış, aksine idare mekanizmasına ve kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak personelini bünyesi dışına çıkarması da olağan görünmektedir. Dolayısıyla idare, sözleşme yenileyecek personelini belirlerken hiç şüphesiz en iyisini seçmeye çalışacaktır. Bu bağlamda öncelikle sicil ve hakkındaki kanaatler ne kadar iyi olursa olsun, ceza durumu, ileride TSK'yı zor duruma düşürebilecek şekilde problem oluşturacak veya TSK'nın itibarını zedeleyebilecek personeli öncelikle eleyecektir.

Bu konuda gerektiğinde arşiv araştırması yapabileceği gibi, İKK tespitleriyle de karar verebilecektir. Zira ortada sona ermek üzere olan bir sözleşmenin tekrar canlandırılması söz konusudur. Yasa koyucu da sözleşmenin her iki tarafına sözleşmeyi yenileme veya yenilememe hususunda takdir yetkisi tanımıştır.

Bu bağlamda; dava konusu işleme baktığımızda 1602 sayılı Kanunun 52'nci maddesi kapsamında gönderilen belgeler ve ara kararı sonrası gönderilen belgeler incelendiğinde; sözleşmesi yenilenmeyen personelle ilgili olarak 11'nci sıradaki personel hariç diğer personelin 'İKK hassasiyetleri çerçevesinde' sözleşmelerinin yenilenmediği, sözleşmesi yenilenen 3 personelle ilgili olarak 'İKK hassasiyeti' ile ilgili bir tespitin bulunmadığı, kurum içi hizmete ilişkin kullanılmak üzere oluşturulan internet e_posta hesabında denetleme yapıldığı, denetleme sonucunda davacı tarafından 2006-2010 yılları arasında gizlilik ihlali yapılan ve davacı tarafından gönderilen 3 e_postanın, görev harici gönderilen 352 e_postanın, sosyal amaçlı gönderilen 393 e_postanın bulunduğu, e_posta hesabının tur ve gezi organizasyonları düzenleme amacıyla kullanıldığı, yapılan bu tespitler dikkate alındığında; idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullandığı, açık bir değerlendirme hatasının bulunmadığı, bu bağlamda davalı idare tarafından tesis edilen işlemde hukuka aykırı bir yön olmadığı sonucuna varılmıştır"

17. Karara katılmayan üyenin karşıoy yazısında aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir:

" ...

Dava konusu işlem irdelendiğinde: davacının sicil yeterlilik çizelgesinde 12 personel arasında 2'nci sırada yer alan ve sicil notu ortalaması 'mükemmel' seviyede olan davacıdan sonra gelen üç Hv.P.Astsubayın sözleşmesinin yenilendiği, davacı hakkında 'çok iyi' seviyede nitelik belgesi düzenlendiği, hakkında olumsuz kanaat ve disiplin cezası bulunmayan davacının e-postalarında, sosyal amaçlı, gezi amaçlı gönderiler bulunduğu belirterek sözleşmesinin yenilenmediği anlaşılmakla, söz konusu e-postaya ilişkin hususların davacının sözleşmesinin yenilenmemesine hukuki dayanak oluşturacak nitelikte olmadığı, sicil sıralamasında davacıdan sonra yer alan ve olumsuz kanaat ve disiplin cezası bulunan iki personel ile kıyaslama yapıldığında davalı idare tarafından takdir yetkisinin objektif ve eşitlik ilkesi sınırları içinde kullanılmadığı, ayrıca sebep-amaç unsurları bağlamında tesis edilen işlemde 'ölçülülük ilkesine' uygun davranılmadığı ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmesi kanaatinde olduğumdan ..."

18. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 12/11/2013 tarihli ve E.2013/1101, K.20131038 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

19. Karar, başvurucuya 29/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 27/12/2013 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

21. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihli yazısına göre TSK Net E-Posta Sistemi, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir.

22. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 13/10/2015 tarihli yazısında ise askerî personel tarafından gönderilen e-postaların istihbarat ve istihbarata karşı koyma hassasiyetleri çerçevesinde denetleneceğini öngören kanuni düzenlemelerin 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 5. maddesinin (a) fıkrasının üçüncü alt bendi, 31/7/1970 tarihli ve 1324 sayılı Genelkurmay Başkanının Görev ve Yetkilerine Ait Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) numaralı bendi, Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesi'nin oluşturduğu bildirilmiştir.

B. İlgili Hukuk

23. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 17. maddesi şöyledir:

"Amir; … Maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur…"

24. 211 sayılı Kanun'un 39. maddesi şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerde askeri eğitim ile beraber ahlak ve maneviyatın yükseltilmesine ve milli duyguların kuvvetlendirilmesine bilhassa itina olunur.

Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe

saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin esas vazifesidir."

25. 13/6/2001 tarihli ve 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'un *"Tanımlar"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun'da geçen

...

f) Sözleşmeli astsubay : Bu Kanunda öngörülen esaslara göre, kendileri ile sözleşme yapılarak astsubay nasbedilen; astsubay çavuş, astsubay kıdemli çavuş, astsubay üstçavuş ve astsubay kıdemli üstçavuş rütbelerini haiz astsubayları,

…

ifade eder."

26. 4678 sayılı Kanun'un *"Sözleşme süreleri"* kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"Sözleşmeli astsubay adayları, ön sözleşme yapılarak askerî eğitime alınırlar. Bu eğitimi başarı ile tamamlayanlardan yönetmelikte belirtilen şartları taşıyanlarla sözleşme yapılır ve bu kişiler astsubay çavuş rütbesine nasbedilirler. Sözleşme süreleri; üç yıldan az ve dokuz yıldan fazla olmamak şartıyla, hizmet gerekleri ve yetiştirme maliyetlerine bağlı olarak kuvvet, sınıf ve branşlara göre yönetmelikte belirlenir. Yönetmelikte belirlenen şartları taşıyanların talepleri halinde sözleşmeleri yenilenebilir. Ancak sözleşmeli astsubaylardan rütbe yaş haddini dolduranlar hakkında 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Sözleşme süreleri; sıkıyönetim, seferberlik, savaş veya silahlı çatışmayı gerektirecek hal ile savaş hallerinde Kuvvet Komutanları, Jandarma Genel Komutanı ve Sahil Güvenlik Komutanının göstereceği lüzum üzerine, durumun devamı müddetince Genelkurmay Başkanının onayı ile talebe bakılmaksızın uzatılabilir.

Sözleşme işlemleri, Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca yapılır."

27. 4678 sayılı Kanun'un *"Rütbe bekleme süreleri ve sözleşmenin yenilenmesi"* kenar başlıklı 12. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Her sözleşme süresinin sona erme tarihinden en az üç ay önce taraflar sözleşmeyi yenileyeceklerine dair yazılı bildirimde bulunmadıkları takdirde, sözleşme kendiliğinden sona erer."

28. 4678 sayılı Kanun'un *"Sözleşmenin idarece fesih halleri"* kenar başlıklı 13. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Sözleşmeli subay veya sözleşmeli astsubayların sözleşmeleri, aşağıdaki nedenlerle sözleşme süresinin bitiminden önce feshedilebilir:

…

b) Disiplinsizlik ve ahlaki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapamayacağı, sıralı sicil üstlerinin düzenleyeceği sicil ve kanaat raporu ile anlaşılmak.

…"

29. 4678 sayılı Kanun'un *"Sağlık hizmetlerinden yararlanma ve sosyal haklar"* kenar başlıklı 16. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları şöyledir:

"Sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubaylardan;

a) Kendi kusurları olmaksızın idare tarafından sözleşmeleri yenilenmeyenler ile sözleşme süresi içinde vefat, bir yıl içerisinde Kanunda belirtilen süreden daha fazla hava değişimi/istirahat/benzeri sıhhi izin süresini geçirme, bulunduğu kadronun kaldırılması, istihdam edildiği kadronun sağlık niteliğini kaybetme nedeniyle sözleşmeleri sona erenler ve bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin, Türk Silâhlı Kuvvetlerinde sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubay olarak hizmet edilen süre kadar ve en çok on yılı,

…

geçmemek üzere muayene ve tedavi hizmetleri askeri hastanelerde, asker hastanelerinin bulunmadığı garnizonlarda ise garnizon komutanlıklarından sevk alınmak şartıyla kamu sağlık kuruluşlarında, ücretsiz olarak verilmeye devam edilir.

Ancak, kamu kurum ve kuruluşlarının ve sosyal güvenlik kurumlarının sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı doğanlar, bu hakları mevcut olduğu

sürece bu maddeye göre sağlanan sağlık hizmetlerinden ve asker hastanelerinden yararlanamazlar."

30. 4678 sayılı Kanun'un *"Tazminat ve ikramiye ödeme esasları"* kenar başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Sözleşmeli subay ve sözleşmeli astsubaylardan kendi kusurları olmaksızın hizmet sürelerinin uzatılmaması sebebiyle veya sözleşme süresini bitirip ayrılanlar ile durumları 13 üncü maddenin üçüncü fıkrasının (i), (j) ve (k) bentleri kapsamına girenlere aşağıda yazılı esaslara göre tazminat verilir:

…"

31. 4678 sayılı Kanun'un *"Yönetmelik"* kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Sözleşmeli subay ve astsubay adayları ile sözleşmeli subay ve astsubaylarda aranacak nitelikler, sağlık koşulları, alınacakları sınıf ve branşlar, duyuru, müracaat şekli ve zamanı, müracaatların kabul edilmesi, sözleşmenin yapılması, sözleşme süreleri, sözleşmenin feshedilmesi, görevde başarısız olma ve kendilerinden istifade edilmeme halleri ve bunlara yapılacak işlemler, sözleşmenin uzatılmasında uygulanacak esaslar, sınav, öğretim ve eğitimin esas, şekil ve süreleri, kıt'a, karargâh, kurum ve idarî işlerde görevlendirilmeleri, izin, ayırma, atamalar, yer değiştirmeler, astlık-üstlük münasebetleri, sicil işlemlerine ilişkin usul ve esaslar, muvazzaf subay veya astsubay statüsüne geçirilecekler için uygulanacak usul ve esaslar, sözleşme yapmaya yetkili makamlar, meslek içi eğitim ve ihtisas kurslarının süresi ve şekli, giyim, kuşam ve istihkaklarının verilme usulü, sağlık işlemleri, Türk Silâhlı Kuvvetlerinden ilişiği kesilenlerin kendilerine yapılan eğitim, öğrenim ve yetiştirme masraflarının geri ödeme esasları ile diğer hususlar, bu Kanunun yürürlüğe girmesini takip eden altı ay içerisinde Millî Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca müştereken çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir."

32. 27/4/2002 tarihli ve 24738 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği'nin 14. maddesi şöyledir:

"Sözleşmenin yenilenmesi ve uzatılması aşağıda belirtilen esas ve usullere göre yapılır.

a) Sözleşmeli subay ve astsubaylardan, sözleşmesini yenilemek isteyenler sözleşme süresinin sona erme tarihinden 6 ay önceden başlamak suretiyle di-

lekçe ile ilk amirine müracaat eder. Bu dilekçeler, EK-C'de belirtilen nitelik belgesi ile beraber silsileler yolu ile Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına gönderilir. Sözleşmenin yenilenip yenilenmemesi konusundaki nihai karar Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından verilir. Uygun görülenlerin sözleşmesinin yenileneceği, sözleşmenin bitiminden önce bildirilir. Sözleşme, ilgili sözleşmeli subay veya astsubayın talebinin İdarece kabul edildiğinin bildirilmesi ile yenilenir…"

33. 2937 sayılı Kanun'un *"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri"* kenar başlıklı 5. maddesinin (a) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:

a) Kendi konularında;

1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,

2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,

3. İstihbarata karşı koymak."

34. 1324 sayılı Kanun'un *"Görev, yetki ve sorumluluk"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Genelkurmay Başkanı, Silahlı Kuvvetlerin savaşa hazırlanmasında; personel, istihbarat, harekat, teşkilat, eğitim, öğretim ve lojistik hizmetlerine ait ilke ve öncelikler ile ana programlarını tespit eder.

Bunlardan;

a) İstihbarat, harekat, teşkilat, eğitim, öğretim ve tedarik dışındaki lojistik hizmetlerin Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşlar ile uygulanmasını sağlar.

b) Personel hizmetleri, özel kanunlarına göre yürütülür.

c) Lojistik tedarik hizmetleri için, tespit etmiş olduğu ilke, öncelik ve ana programları, bu hizmetleri yürütecek olan,Milli Savunma Bakanlığına bildirir."

35. 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı, MY 411-7 TSK-NET

E-Posta Sistemi Yönergesi'nin birinci bölümünün *"Amaç"* başlıklı 1. maddesi şöyledir:

> *"Bu yönergenin amacı; karargahlarda yürütülen faaliyetlerin eş güdümü, bilgi arzı, emirlerin tebliği, göreve yönelik bilgi alışverişi de dahil olmak üzere görevin etkinliğini artıracak bilgilendirmeyle, TSK personeli arasında sosyal etkinliklere olanak sağlayacak yeni yıl, bayram kutlamaları ve benzeri mesajların gönderilmesi maksadıyla tesis edilen TSK-Net E-Posta Sistemi'nin kullanımı ve işletme-yönetimine ilişkin esasları belirlemektir."*

36. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün *"Kapsam"* başlıklı 2. maddesinin (a) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Bu yönerge, TSK-Net ortamında TSK-Net E-Posta Sistemi sunucusu açmaya, işletmeye ve idame etmeye yetkili tüm birlik, karargâh ve kurumlar ile bu sunuculardan hizmet almak suretiyle sistemi kullanan tüm TSK personelini kapsar."*

37. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün *"Esaslar"* başlıklı 4. maddesinin (e) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Sistemin amaç dışı kullanımını önlemek maksadıyla yönetici düzeyinde Yönergede belirtilen denetim sistemi kurulur. Bu denetim mekanizması ile sistemde dolaşan e-postalar sürekli kontrol edilerek amaç dışı kullanımda bulunanlar tespit edilir."*

38. Aynı Yönerge'nin birinci bölümünün *"Görev ve sorumluluklar"* başlıklı 5. maddesi şöyledir:

> *"…*
>
> *(b)…Kuvvet Komutanlıkları(…)nın Görev ve Sorumlulukları:*
>
> *…*
>
> *(6) Etkili bilgisayar kullanımı, bilgi sistemleri güvenlik tedbirleri ve kullanıcıları ilgilendiren bilgisayar işletme usulleri hakkında bilgilendirici ve eğitici mahiyette brifingler hazırlayarak, bu brifinglerin her yıl en az iki defa tüm kullanıcılara verilmesini sağlamaktır.*
>
> *(c) Kişisel sorumluluk:*
>
> *…*

(2) E-posta sistemini amacı dışında kullanan ve bunu alışkanlık haline getiren personel hakkında, eylemi ayrıca başka bir suç teşkil etmese dahi, yasal işlem yapılır."

39. Aynı Yönerge'nin dördüncü bölümünün *"Denetim mekanizmaları"* başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"a. E-postaların ihtiyaç duyulduğunda denetimini sağlamak üzere e-posta içerikleri ve iz bilgileri merkezi olarak saklanır ve yedeklenir.

b. Yönerge ile belirlenen e-posta kullanım esaslarını denetlemek maksadıyla Genelkurmay Başkanlığı, MSB.lığı (emirlerine maruzdur), Kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı karargahlarında İstihbarat Başkanlıkları bünyesinde ilave kadro ihtiyacı getirmeyecek şekilde e-posta 'denetim birimi' teşkil edilir.

c. Bahse konu denetim birimleri;

(1) Gönderilen e-postaları, hazırlayacakları aylık/yıllık denetim planları kapsamında veya habersiz olarak, göreve/hizmete yönelik olup olmaması ve İstihbarat/İstihbarata Karşı Koyma (İKK) yönlerinden inceler,

(2) E-posta incelemelerini talep/ihbar üzerine veya örnekleme metodu ile yapar,

(3) Kullanıcı bilgisi dahilinde veya sunuculara yönlendirilerek toplanan e-postaları kullanıcıdan habersiz olarak denetlemek suretiyle gerçekleştirir,

(4) Tespit ettikleri sorunlu hususları (denetim sonuçlarını) yayımlar ve takip eder.

ç. Yönergede yer alan diğer hususların denetimi, genel denetleme heyetleri ve MEBS Denetleme heyetleri tarafından gerçekleştirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 3/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

41. Başvurucu, özel hayatına ait bulunan e-postalarının hâkim kararı olmaksızın incelenip kayıt altına alındığını, somut olay ve kanıtlarla des-

teklenmeyen ve kim tarafından yazıldığı belli olmayan, içeriğinde kanuna aykırı bir yazı bulunmayan e-postalara dayanılarak savunması alınmaksızın süresi biten astsubay sözleşmesinin yenilenmediğini, bu işleme karşı açtığı davada AYİM'in, delil niteliği taşımayan belgelere itibar ederek davayı reddettiğini belirterek, Anayasa'nın 5., 10., 11., 20., 35., 36., 37., 38., 49., 60. ve 129. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; hak ihlali tespiti ile birlikte yeniden yargılama yapılması ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

42. 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). Somut olayda başvurucu Hava Kuvvetleri Komutanlığında sözleşmeli astsubay olarak çalışmış, sözleşme süresinin sona ermesi üzerine sözleşmesi yenilenmemiştir. Bu işlemin, Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı TSK-NET E-posta Sistemi üzerinden başvurucunun e-posta adresine gönderilen veya başvurucunun gönderdiği iletiler dikkate alınarak tesis edildiği anlaşılmıştır. Söz konusu iletilerin; başvurucunun kendisine ait herhangi bir bilgi, resim, görüntü, kayıt vb. hususları içerdiği yönünde bir tespit bulunmamaktadır. Sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin somut sebebini başvurucuya ait kurumsal e-posta hesabının ve içeriklerinin denetlenmesi oluşturduğundan başvurucunun iddiaları, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkı ile 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti çerçevesinde ele alınmıştır.

43. Başvurucunun dilekçesinde ifade ettiği ve Anayasa'nın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkı ve ödevi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden olmakla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokollerden herhangi birinin kapsamına girmemektedir. Ancak başvurucunun çalışma özgürlüğü konusundaki şikâyeti, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında olan özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti ile bağlantılıdır. Bu nedenle başvurucunun; Anayasa'nın 49. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının, Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

45. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) benzer kararlarına atıf yapılarak Sözleşme'nin 8. maddesinin; özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına aldığı, meslek hayatı çerçevesinde yürütülen faaliyetleri de özel hayat kavramı dışında tutmak için ilkesel bir neden bulunmadığı, devlet memuru olarak atanan bir kişinin işten çıkarılmasına ilişkin olarak 8. madde kapsamında şikâyette bulunabileceği, kişilerin özel hayatının sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak kişilerin davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale olduğu, millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğu değerlendirilirken bu kişiler hakkında toplanan bilgilerin kullanılması mümkün olmakla birlikte millî güvenliği korumak için getirilen sistemin kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelere sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

46. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, Bakanlık görüşünde belirtilen hususlara tamamıyla katıldığını bildirmiştir.

47. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihliyazısında, e-posta sistemi üzerinden yapılacak yazışmaların E-Posta Denetim Birimi tarafından denetleneceği hususunun TSK personelinden gizlenmediği, 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesi'nin her personelin bilgisayarı aracılığıyla rahatlıkla ulaşabileceği intranet ortamında yayımlanarak personele ilanen tebliğ edildiği, 2006 yılından itibaren Hava Kuvvetleri Komutanlığı birliklerinin tamamında her yıl düzenli olarak icra edilen Muhabere Elektronik Bilgi Sistemleri (MEBS), Güvenlik Brifingleri ve Bilgi Sistemleri Güvenliği Brifingleri kapsamında bilgi sistemlerinin kullanım esaslarının ve bilgi sistemleri güvenliğinin uygulamalı olarak personele izah edildiği, güvenlik brifinglerini almaksızın görev bilgisayarını kullanması ve cari işlemlerini gerçekleştirmesi mümkün olmayacağından, başvurucunun söz konusu brifingleri almış olduğunun kabulü gerektiği belirtilmiştir.

48. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

49. Anayasa'nın *"Haberleşme hürriyeti"* kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

50. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir. Özel hayat geniş bir kavram olup kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram; kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır (*Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015,§ 46). Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır.

51. Özel hayat, "özel bir sosyal hayat" sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir "özel hayatı" güvence altına almaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. AİHM içtihatlarında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulamayacağı belirtilmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan

ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir (*Özpınar/Türkiye*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

52. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (*Özpınar/Türkiye*, §§ 47, 48).

53. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme hürriyetinin yanısıra içeriği ve biçimi ne olursa olsun haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, e-posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

54. Haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, kişilerin sadece özel meskenlerinde yaptıkları iletişimleri değil; aynı zamanda iş yerlerinde yaptıkları haberleşmeleri de güvenceye almaktadır (*Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 65)

55. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfî bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 50).

a. Müdahalenin Varlığı

56. Somut olayda başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği, astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi tesis edilirken idarenin söz konusu e-posta

içeriklerini de dikkate aldığı, başvurucunun bu işleme karşı açtığı davayı reddeden AYİM Birinci Dairesinin 21/5/2013 tarihli kararının gerekçesinde, anılan e-posta içeriklerinin değerlendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda başvurucunun, iş yerinde aldığı ve gönderdiği e-postaların toplanması, saklanması, bu iletilerin içeriklerinin başvurucu hakkında tesis edilen idari işleme (sözleşmesinin yenilenmemesi) dayanak alınması suretiyle özel hayatın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu sonucuna varılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

57. Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da *"temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içerisindeki anlama göre belirlenmesi gerekir"* ifadesine yer verilmiştir (AYM, E. 2012/100. K. 2013/84, 4/7/2013).

58. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında ise haberleşme hürriyeti bakımından sınırlama sebepleri gösterilmiştir.

59. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* kenar başlıklı 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."*

60. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. ve 22. maddesinde

yer verilen hakların kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

61. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetine yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığı, her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

i. Kanunilik

62. Hava Kuvvetleri Komutanlığında görev yapan askerî personele ait kurumsal e-posta hesabının ve içeriklerinin denetlenmesinin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı Anayasa Mahkemesince daha önceden verilen kararlarda incelenmiştir. Buna göre Mahkeme; 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesi ve 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilen hükümlerin, TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenlemese de istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olduğunu ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceğini belirttiği; bu kanuni düzenlemeler çerçevesinde Genelkurmay Başkanına verilen yetkinin, istihbarat hizmetinin yürütülmesi kapsamında düzenleyici işlemler yapmayı da içerdiği; anılan yetki doğrultusunda çıkarılan Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli emirlerinin yayımlandığı, söz konusu emirlerde yer alan hususların özel bir yönerge hâline getirilerek 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta Sistemi Yönergesi'nin (Yönerge) oluşturulduğu; Yönerge'nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği, söz konusu düzenlemelerin *"kanunilik"* ölçütünü karşıladığı sonucuna varmıştır (*Bülent Polat* §§ 73-96). Somut olayda bu karardan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir neden bulunmamaktadır.

63. Başvurucunun astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin ise 4678 sayılı Kanun'un 10. ve 12. maddeleri ile Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği'nin 14. maddesi temelinde yürütüldüğü görülmüştür.

64. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

65. Somut olayda başvurucunun resmî e-posta adresi üzerinden gönderdiği ve bu e-posta hesabına gelen iletilerin denetlenmesiyle elde edilen e-posta içeriklerinin, sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine dayanak alınması nedeniyle haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşmuştur. Görüleceği üzere anılan müdahale, hem Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme hürriyeti hem de 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkının kapsamı içinde kalmaktadır.

66. Haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına dayanması gerekir.

67. TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır (*Bülent Polat*, §§ 101-103).

iii. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

68. Bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesinde, bu orantının değerlendirilmesi noktasında dikkate alınmak üzere demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir (*Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 70).

69. AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan

kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25/3/1983, § 97).

70. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Haberleşme hürriyeti bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ifade eden oranlılık unsurlarını içermektedir (AYM, E.2012/100, K.2013/84, 4/7/2013).

71. Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil eden önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının gözönünde bulundurulması ve gözetilen genel yararın gerekleri ile bireyin temel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasında da gözönünde bulundurulmalıdır. Öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bununla birlikte haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının gözönünde bulundurulması zorunludur (*Marcus Frank Cerny*, § 73).

72. Kişinin kamu görevlisi olması, kendisine sağladığı birtakım ayrıcalıklar ve avantajların yanında bazı külfet ve sorumluluklara katlanmayı ve diğer kişilerin tabi olmadığı sınırlamalara tabi olmayı da gerektirmektedir. Kişi, kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılmakta olup kamu hizmetinin kendine has özellikleri, bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (*İhsan Asutay*, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38).

73. AİHM kararlarında, kamu görevlilerinin iş yerlerindeki telefon görüşmelerinin, kendilerine tahsis edilen bilgisayarlar üzerinden yaptıkları e-posta haberleşmelerinin, internet kullanımlarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceği, bu konuda iş yerinin olağan ve makul gereksinimleri ve meşru amaçlar dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğu belirtilmiştir (*Copland/Birleşik Krallık*, B. No: 62617/00, 3/4/2007, § 48).

74. Somut olayda, başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği anlaşılmıştır. Bu sistem; TSK'nın personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle iletişim kurmasına ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir. Anılan sistemde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek dolayısıyla gizliliği korunan e-posta oluşturma imkânı da bulunduğu, bu tarz e-postaların içeriğinin E-posta Denetim Birimi tarafından okunamayacağı anlaşılmıştır. Olayda başvurucunun E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenen e-postalarının şifrelenmeden gönderilen iletiler olduğu tespit edilmiştir. İdarenin, bu e-posta sisteminde üretilen verilerin güvenliğinin sağlanması, istihbarat zafiyeti yaratacak verilerin gönderilmesinin önlenmesi ve gerekli şifreleme işleminin yapılıp yapılmadığının, gizlilik ihlali olup olmadığının anlaşılabilmesi için yazışmaların denetlenmesine yönelik idari tedbirler alması; millî güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında kaçınılmazdır. İdare; askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yaptıkları yazışmaların denetlenmesinin esaslarını, ilgili mevzuatta yeterince açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline ilanen tebliğ etmiştir.

75. Öte yandan başvurucu, Hava Kuvvetleri Komutanlığında astsubay olarak görev yapmış ve sözleşme süresi bittikten sonra sözleşmesi idare-

nin takdir yetkisine dayanılarak yenilenmemiştir. İdare, bu takdir yetkisini somutlaştırırken sözleşmeli personel ihtiyaç durumunun yanısıra başvurucunun resmî e-posta hesabından gönderdiği ve bu e-posta hesabına diğer kişiler tarafından gönderilmiş olan iletilerin içeriğine dayanmıştır. E-Posta Denetim Birimi tarafından yapılan denetimin sonucunda, başvurucunun 1/1/2006-14/6/2010 tarihleri arasında resmî e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj gönderdiği; anılan dönemde başvurucunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderildiği tespit edilmiştir. Buna göre başvurucunun e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı sonucuna varıldığı görülmüştür. Başvurucunun resmî e-posta hesabından diğer askerî personele gönderdiği ve E-Posta Denetim Biriminin gizlilik ihlali olarak değerlendirdiği iletilerin içeriğine yönelik herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte anılan iletilerde yer alan bilgilerin askerî yazışma ağının dışına sızdırıldığı yönünde ya da söz konusu e-postaların gönderildiği askerî personelin bu bilgiye erişim yetkilerinin bulunmadığı yönünde bir tespite yer verilmemiştir.

76. İstihbari faaliyet çerçevesinde elde edilen söz konusu e-postalar, 2006-2010 yıllarında gönderilmiş ve bu durum E-Posta Denetim Birimi tarafından yapılan denetim sonucunda 24/6/2010 tarihinde tespit edilmiştir. Anılan e-posta içerikleri, başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesi işlemine dayanak olarak alınmıştır. Söz konusu e-posta içeriklerinde, göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli ve sosyal amaçlı paylaşımların, tarihî bir kısım olaylara ilişkin yazı ve resimlerin bulunduğu görülmektedir.

77. Askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alınmalıdır. Buna göre göreve ilişkin amaçlar doğrultusunda kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sisteminin ve bu kapsamda, anılan sistem içerisindeki yazışmaların denetlenmesinin ve sonucunda bu haberleşme sisteminin amaç dışında kişisel nedenlerle kullanıldığının tespit edilmesi hâlinde bu kullanıma müdahalede bulunulmasının, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

78. Başvurucunun haberleşme hürriyetine ve özel hayatın gizliliği hakkına yönelik müdahalenin ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde, söz konusu e-postaların içeriğinde yer alan bilgilerin niteliği ile bu bilgilerin kullanılış şekline ve anılan bilgilerin dayanak alınması sonucu uygulanan yaptırımın ağırlığına bakılarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

79. İdare, söz konusu resmî e-posta hesabının başvurucu tarafından görev harici olarak ve Yönerge ile belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanıldığını tespit ettikten sonra da başvurucuyu sözleşme süresinin bitimine kadar (yaklaşık 2 yıl süreyle) istihdam etmeye devam etmiş, bu süreç içerisinde başvurucu hakkında disiplin soruşturması yapılmadığı gibi sözleşmenin feshedilmesi de dâhil olmak üzere herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır. Dolayısıyla başvurucunun anılan eyleminin kamu hizmetinde bulunmaya engel olacak nitelikte bulunmadığı, dolaylı olarak idare tarafından da kabul edilmiştir.

80. Başvurucu hakkında uygulanan resmî e-posta hesabı üzerinden yaptığı iletişimin denetlenmesi sonucunda bu hesabın kullanım şekli dolayısıyla sözleşmenin yenilenmemesi işleminin, başvurucunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etkisi bulunmaktadır. Sözleşmesi yenilenmeyen askerî personele 4678 sayılı Kanun'un 16. ve 18. maddeleri uyarınca belirli koşulların varlığı hâlinde, bir kısım sosyal haklardan ve sağlık hizmetlerinden sınırlı bir süre yararlanma ve tazminat alabilme imkânı tanınmış ise de (bkz.§§ 29, 30) bütün bunların iş kaybı gibi ağır bir sonucu telafi etmeye yetmeyeceği açıktır. Kaldı ki anılan imkânlardan yararlanmanın ön koşulu, sözleşmenin yenilenmemesinde personelin bir kusurunun bulunmaması olup somut olayda sözleşmenin yenilenmemesi olarak dayanılan nedenler gözönüne alındığında, başvurucunun söz konusu imkânlardan hiç yararlanamaması da söz konusu olabilecektir. Öte yandan 9 yıl süreyle astsubay olarak görev yaptıktan sonra sözleşmesi yenilenmeyen başvurucunun, mesleği gereği TSK dışında başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahibi kişilere göre daha zor olduğu hususu da dikkate alınmalıdır.

81. Başvurucunun dava konusu ettiği işlemin; sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu dikkate alınsa bile sicil notları çok iyi düzeyde olan, sicil amirlerince hakkında herhangi bir olumsuz

kanaat bildirilmeyen, disiplin cezası bulunmayan, takdir ve ödül belgeleri ile taltif edilen ve hakkında "çok iyi" seviyede nitelik belgesi düzenlenen başvurucu yönünden; resmî e-posta hesabının görev harici işlerde kullanılmasının ve bu bağlamda bu hesaptan sohbet ve sosyal amaçlı paylaşımlarda bulunulmasının, 9 yıllık görev (sözleşme) süresinin bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine dayanak olarak kabul edilmesinde, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı; başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

82. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

83. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

84. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesini talep etmiştir.

85. Başvuruda, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

86. Özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

87. Başvurucu tarafından maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

88. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin İHLAL EDİLDİĞİNE Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 OYBİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE

3/3/2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

"Sözleşmeli" subay/astsubay statüleri "muvazzaf" subay/astsubay statülerine nazaran farklılık göstermekte olup; başvuruya konu olayın somutunda olduğu gibi "sözleşmenin yenilenmesi" işleminde idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Kuşkusuz bu takdir yetkisinin objektif şekilde ve kamu yararına uygun biçimde kullanılması gerekmekle beraber, başvurucunun önceki sözleşme süresi içerisinde kamu hizmeti için kendisinin kullanımına verilen bilgisayarda e-posta olarak 3 adet gizlilik ihlâli içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj gönderdiği fiili gerçeği karşısında, gelecek sözleşme dönemi için kendisinden verim alınamayacağı değerlendirmesine dayalı, disiplin ve askeri hizmet gereklerini dikkate alan, dolayısiyle kamu yararına kullanıldığı anlaşılan "sözleşmesinin yenilenmemesi" işleminde takdir yetkisinin objektifliğini zedeleyen bir durumun bulunmadığı görüldüğünden; askeri idari yargı yerince bu işlemin iptali istemiyle açılan davada verilen red kararının herhangi bir hak ihlâline yol açmadığı, bu nedenle özel hayata saygı ve haberleşme hürriyetinin ihlâli nedenlerinin bulunmadığı kanaatine vardığımızdan, sayın çoğunluğun ihlâlin varlığı yolundaki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Recep KÖMÜRCÜ

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvuru, e-posta yazışmaları dikkate alınarak astsubay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

2. Çoğunluk görüşüyle, başvurucunun e-posta yazışmaları dikkate alınarak süresi biten astsubay sözleşmesinin yenilenmemesinin demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olmadığı gerekçesiyle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde korunan özel hayata saygı hakkı ile 22. maddesinde korunan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.

3. Başvuruya konu olay Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde sözleşmeli olarak görev yapmakta olan başvurucunun, kendisine özel iletişimini sağlamasına yönelik başka imkânlar da verilmiş olmasına rağmen göreve ilişkin amaçlar çerçevesinde kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sistemini kişisel nedenlerle kullanması nedeniyle süresi biten sözleşmesinin yenilenmemesinden kaynaklanmaktadır.

4. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 10/7/2015 tarihli yazısına göre TSK Net E-Posta Sistemi, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir.

5. Başvurucu 30.8.2003 tarihinde sözleşmeli astsubay statüsünde görev yapmak üzere 9 yıl süreli bir sözleşme imzalayarak Hava Kuvvetleri Komutanlığında göreve başlamış, sözleşme süresi bitiminde sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmiştir. İlgili Kurum tarafından, Hava Kuvvetleri Komutanlığının sözleşmeli personel ihtiyacının planlandığı, ihtiyaç durumu dikkate alınarak ve personelin safahat kayıtları (sicil sırası, ödül/takdir/ceza durumu, ilgili personel hakkındaki istihbarat değerlendirmeleri, almış olduğu eğitimler ve bu eğitimlerdeki başarı durumu) değerlendirilerek idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurucunun sözleşmesinin yenilenmediği belirtilmiştir. Gözetilen belgelerden biri olan gizli belge Hava Kuvvetleri Komutanlığında sadece personelin kullandığı, TSK Net E-posta Sistemi üzerinden başvurucunun e-posta adresine gönderilen ve başvurucunun gönderdiği iletilere ilişkin 24/6/2010

tarihli E-Posta Denetim Birimi İnceleme Sonuç Raporu ve eklerinden oluşmaktadır. Anılan raporda başvurucunun e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar aldığı yönünde tespitler bulunmaktadır. Buna göre başvurucu, inceleme dönemi içerisinde (1/1/2006-14/6/2010) Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmi e-posta hesabından 3 adet gizlilik ihlali içeren, 352 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 393 adet sosyal amaçlı mesaj göndermiş; anılan dönemde başvurucunun hesabına 4 adet gizlilik ihlali içeren, 2 adet siyasi propaganda içeren, 522 adet göreve ilişkin olmayan sohbet içerikli, 587 adet sosyal amaçlı mesaj gönderilmiştir.

6. Başvuru konusu olaya ilişkin yargı süreçlerinde de konu değerlendirilmiş ve Mahkemeler öncelikle dava konusu yapılanın bir idari sözleşme olduğunu, kendisiyle sözleşme yapılan kimselerin "memur" statüsünde olmadıklarını, sözleşme süresi bitiminde idareyi tekrar sözleşme yapmaya zorlayan bir düzenlemenin bulunmadığını, burada idareye bir takdir yetkisi verildiğini, idarenin kamu hizmetini yürütecek personeli alırken birtakım özelliklere sahip olmasını aramasının ve idare mekanizmasına ve kamu hizmetinin yürütülmesine zararlı olacak personeli bünyesi dışına çıkarmasının doğal olduğunu, dava konusu olayda da idarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullandığı ve açık bir değerlendirme hatasının bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

7. Bireysel başvuru yoluyla konu önüne gelen Anayasa Mahkemesinin burada yapacağı değerlendirmenin kapsamının iyi belirlenmesi gerekir. Öncelikle Anayasa'nın 20. maddesinde korunan özel hayata saygı hakkı ile 22. maddesinde korunan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddiaları incelenirken başvurucunun hukuki statüsü, öznel durumu olay öncesindeki uygulamalar ve görev yapılan kurumun nitelik ve özelliklerinin gözetilmesi gerekir. Somut olayın bu özelliklerinden bağımsız olarak yapılacak değerlendirmeler yanlış sonuçlara neden olabilir.

8. Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde bir unsur olan Hava Kuvvetleri Komutanlığının personeline görev kapsamında kullanmaları için tahsis ettiği dış dünyaya kapalı, intranet olarak ifade edilen, sadece askeri personelin birbiriyle ve askeri hizmetlere ilişkin veri paylaşımına imkân veren haberleşme sisteminin akacına uygun kullanımının sağlanmasını sağlama

ve amaca aykırı kullanımla ilgili tedbirleri alma konusunda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Nitekim bu amaçla çıkarılan 14.5.2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-Posta Sistemi Yönergesinde buna ilişkin esaslara yer verilmiş, denetim esasları belirlenmiş ve e-posta sistemini amacı dışında kullanan ve bunu alışkanlık haline getiren personel hakkında, eylemi ayrıca başka suç teşkil etmese dahi, yasal işlem yapılacağı Yönergenin 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça ifade edilmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından anılan Yönerge ve e-posta sisteminin kullanım esaslarına ilişkin talimatların personelin tamamına tebliğ edildiği ve bu konuda personelin ayrıca bilgilendirildiği belirtilmiştir.

9. Başvurucu hakkında sözleşmenin yenilenmemesi yönünde tesis edilen işlem Hava Kuvvetleri Komutanlığında personel arasında kullanılan TSK-NET e-posta sistemi üzerinden başvurucunun gizlilik ihlali içeren, tur ve gezi organizasyonları ve sosyal içerikli olarak gönderdiği ve başvurucuya gönderilen sayıları yüzlerle ifade edilen iletilere dayanmaktadır. Sözkonusu iletiler başvurucunun kendisine ait herhangi bir bilgi, resim, görüntü ve kayıt da içermemektedir.

10. Çoğunluk gerekçesinde de vurgulandığı üzere, TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır (Bülent Polat, §§ 101-103).

11. Yine çoğunluk gerekçesinde ifade edildiği gibi, askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alınmalıdır. Buna göre göreve ilişkin amaçlar doğrultusunda kullanılması gereken bir elektronik haberleşme sisteminin ve bu kapsamda, anılan sistem içerisindeki yazışmaların denetlenmesinin ve sonucunda bu haberleşme sisteminin amaç dışında kişisel nedenlerle kullanıldığının tespit

edilmesi hâlinde bu kullanıma müdahalede bulunulmasının, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmıştır.

12. Çoğunluk gerekçesinde bizim de katıldığımız gerekçeler tekrarlandıktan sonra son bölümde, kurallara aykırı davranmış olmasına rağmen başvurucunun sözleşme süresinin bitimine kadar hakkında disiplin cezası ve sözleşmenin feshine ilişkin bir yaptırım uygulanmaksızın görevine devam etmiş olduğu, sözleşmenin feshi ile birlikte temel geçim kaynağından yoksun kalmasının ekonomik geleceğini olumsuz etkileyeceği, 9 yıl astsubay olarak çalıştıktan sonra bu görevden ayrılması nedeniyle TSK'den başka bir yerde iş bulmasının diğer meslek sahibi kişileri göre daha zor olduğu, sicil notlarının çok iyi olduğu, hakkında olumsuz kanaatin ve disiplin cezasının bulunmadığı şeklindeki kabul ve gerekçelerle başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

13. Başvurucunun sicil dosyasının iyi olması ve sözleşme bitene kadar hakkında disiplin yaptırımı uygulanmamış olması İdareyi başvurucu ile sonraki dönemde de sözleşme yapmaya zorlayan bir husus olarak görülemez. Ayrıca, sözleşmenin yenilenmemesi halinde başvurucunun ekonomik geleceğinin olumsuz etkileneceği veya sonrasında başka bir yerde iş bulmasının zor olacağına yönelik değerlendirmeler de tartışmaya açık olduğu gibi ihlal incelemesi bakımından dikkate alınacak hususlar değildir.

14. Burada üzerinde hassasiyetle durulması gereken konu Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde askeri hizmetin gerekleri açısından idarenin sahip bulunduğu –Mahkememiz Çoğunluğu tarafından da kabul edilen- geniş takdir yetkisine hangi ölçüde müdahale edebileceğine ilişkindir. Burada İdarenin zaten geniş bulunan takdir yetkisini daha da genişleten durum olayın bir sözleşme ilişkisi ile ilgili bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru incelemesi sırasında, açıkça keyfilik içeren uygulamalar hariç olmak üzere, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından da denetlenen sözleşmenin yenilenmemesine yönelik işlemlerde Türk Silahlı Kuvvetlerinin takdir yetkisinin daha da geniş olduğu kabulüyle hareket etmesi gerekir.

15. Asker kişilerle ilgili e-posta yazışmalarından dolayı sözleşmenin yenilenmemesi konusu daha önce de Mahkememizce değerlendirilmiş ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin askeri disiplin yönünden sahip bulunduğu özel durum ve takdir yetkisinin genişliği gözetilerek bu yöndeki ihlal iddialarının reddine karar verilmiştir.

16. Nitekim Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun benzer bir olayla ilgili olarak 10.12.2015 tarih ve 2013/7666 sayılı kararında yer verilen gerekçeler ve varılan sonuç şöyledir;

"63. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (Özpınar/Türkiye, §47).

…

65. Haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği ilkesi, kişilerin sadece özel meskenlerinde yaptıkları iletişimleri değil; aynı zamanda iş yerlerinde yaptıkları haberleşmeleri de güvenceye almaktadır (Halford/Birleşik Krallık, B. No: 20605/92, 25/6/1997, § 44; Copland/Birleşik Krallık, B. No: 62617/00, 3/4/2007, §§ 41, 43, 44).

66. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfî bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme hürriyetine yönelik ağır bir müdahale oluşturur (Mehmet Koray Eryaşa, § 50).

i. Müdahalenin Varlığı

67. Somut olayda başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği, subay sözleşmesinin yenilenmemesi işlemi tesis edilirken idarenin söz konusu e-posta içeriklerini de dikkate aldığı, başvurucunun bu işleme karşı açtığı davayı reddeden AYİM Birinci Dairesinin 28/5/2013 tarihli kararının gerekçesinde anılan e-posta içeriklerinin değerlendirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda başvurucunun iş yerinde aldığı ve gönderdiği e-postaların toplanması, saklanması, bu iletilerin içeriklerinin başvurucu hakkında tesis edilen idari işleme (sözleşmesinin yenilenmemesi) dayanak alınması suretiyle özel hayatın gizliliği hakkına ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu sonucuna varılmıştır.

…

Kanunilik

…

84. Anayasa Mahkemesinin ara kararıyla Hava Kuvvetleri Komutanlığından, TSK personelinin e-postalarının denetlenmesine izin veren yasal mevzuatı bildirmesi istenmiştir. Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından, resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenmesinin dayanağını, 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi, 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-Net E-posta Sistemi Yönergesi'nin oluşturduğu bildirilmiştir.

85. 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinde bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının devlet istihbaratına ilişkin görevleri sayılmış, birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde ise "istihbarata karşı koymak" bu görevler arasında gösterilmiştir.

86. 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde ise Genelkurmay Başkanının; istihbarat, harekât, teşkilat, eğitim, öğrenim ve lojistik hizmetlerinin uygulanmasını; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri Komutanlıkları ve Genelkurmay Başkanlığına bağlı kuruluşları aracılığıyla sağlayacağı düzenlenmiştir.

87. Anılan hükümlerin, TSK personelinin e-postalarının istihbarata ve istihbarata karşı koyma hassasiyeti çerçevesinde denetleneceğini açıkça düzenlemediği görülmekle birlikte istihbarata karşı koymanın kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlendiği ve Genelkurmay Başkanının, istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmekle bu konuda yetkilendirildiği anlaşılmaktadır. Anılan kanuni düzenlemeler çerçevesinde Genelkurmay Başkanına verilen yetkinin, istihbarat hizmetinin yürütülmesi kapsamında düzenleyici işlemler yapmayı da içerdiği açıktır. Soyut şekilde düzenlenmesi nedeniyle her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın gereken temel hakları koruma seviyesinin büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle

kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 61).

88. Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir (Halime Sare Aysal, § 62).

89. Buna göre Genelkurmay Başkanlığı tarafından anılan Kanun hükümlerinin verdiği yetki çerçevesinde çıkarılan ve askerî personelin görev bilgisayarları üzerinden gönderdikleri e-postalarının denetleneceğine dair hükümler içeren düzenleyici işlemlerin, muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması koşullarını sağlayıp sağlamadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir.

90. Anılan kanuni düzenlemelerin verdiği yetki doğrultusunda çıkarılan Genelkurmay Başkanlığının 27/2/2006 tarihli ve 6406668 sayılı emri, E-posta Denetim Birimlerinin kurulmasını öngören ilk düzenleyici idari işlemdir. Bu emirde karargâhlarda yürütülen faaliyetlerin eş güdümü, bilgi arzı, emirlerin tebliği, göreve yönelik bilgi alış verişi de dâhil olmak üzere görevin etkinliğini artıracak bilgilendirmeyle TSK personeli arasında sosyal etkinliklere olanak sağlayacak yeni yıl, bayram kutlamaları ve benzeri mesajların gönderilmesi maksadıyla TSK-Net E-posta Sistemi tesis edildiği, e-postaların hizmete/göreve ilişkin olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden incelenmesi amacıyla istihbarat başkanlıkları bünyesinde E-Posta Denetim Birimleri kurulacağı, e-posta kullanım yetkisi verilmiş personele yasaklar ve müeyyidelerin imza karşılığında tebliğ edileceği düzenlenmiştir.

91. Bu emrin yerine getirilmesi için Hava Kuvvetleri Komutanlığının 22/3/2006 tarihli ve 48960 sayılı emri yayımlanmıştır. Anılan emirde, E-posta Denetim Birimi tarafından e-postaların, hizmete/göreve ilişkin olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden inceleneceği, bu emrin tüm personele imza karşılığı tebliğ edileceği ve tebliğ nüshalarının personelin birlik şahsi dosyasında muhafaza edileceği bildirilmiştir.

92. Anılan emirlerde yer alan hususlar özel bir yönerge hâline getirilmiş ve 14/5/2007 tarihli Genelkurmay Başkanlığı MY 411-7 TSK-NET E-posta

Sistemi Yönergesi (Yönerge) oluşturulmuştur. Bu Yönerge'yle sistemin görev dışı kullanımı, toplumsal ahlaka uygun olmayan resim, ses, görüntülü ve yazılı dosyaların gönderilmesi yasaklanmış; e-posta sistemini amacı dışında kullanan personel hakkında eylemi ayrı bir suç teşkil etmese dahi yasal işlem yapılacağı düzenlenmiştir.

93. Anılan Yönerge'nin dördüncü bölümünün 5. maddesinde, E-posta Denetim Biriminin e-postaları, hazırlayacakları aylık ve yıllık denetim planları kapsamında veya habersiz olarak göreve/hizmete yönelik olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma yönlerinden kullanıcı bilgisi dâhilinde veya kullanıcıdan habersiz olarak denetleyeceği düzenlenmiştir.

94. Söz konusu düzenlemelerde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle ileti oluşturabileceği, bu iletilerin sadece ilgilisi tarafından okunabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla E-posta Denetim Biriminin elektronik imza ve şifreleme usulüyle oluşturulmuş e-postaların içeriğini göremeyeceği anlaşılmıştır. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 24/7/2015 tarihli yazısında bu husus teyit edilmiştir.

95. Anayasa Mahkemesinin 25/6/2015 tarihli ara kararına verilen 24/7/2015 tarihli cevaba göre söz konusu emirler ve Yönerge, Resmî Gazete'de yayımlanmamış olmakla birlikte e-postaların denetleneceği düzenlemesini de içeren Yönerge'nin, TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilanen tebliğ edildiği, TSK-NET kullanıcısı olan başvurucunun anılan Yönerge'ye her zaman ulaşma imkânının bulunduğu anlaşılmıştır. Ayrıca bilgisayarlarda oyun programı, göreve yönelik olmayan uygunsuz yazı, resim, video, müzik ve sunum gibi dosyalar bulundurulmayacağı, intranet üzerinden e-posta gönderilirken evrak güvenliği prensiplerine uyulması gerektiği hususlarını içeren "Bilgi Sistem Kullanıcılarının Uyacağı Kurallar" başlıklı yazının başvurucuya 29/12/2009 tarihinde tebliğ edildiği, TSK-NET E-posta Sisteminin Kullanımı konulu emrin ise 30/7/2010 tarihinde başvurucuya tebliğ edildiği ve bunların başvurucunun özlük dosyasında muhafaza edildiği anlaşılmıştır.

96. Buna göre anılan Yönerge'nin, askerî personelin resmî e-posta hesabından gönderilen iletilerin denetlenebileceğine ilişkin yeterli açıklıkta hükümler içerdiği anlaşılmıştır. Söz konusu hükümlerin, gerek TSK personelinin görev bilgisayarları aracılığıyla ulaşabileceği intranet ortamında 14/5/2007 tarihinde yayımlanarak personele ilanen tebliğ edildiği gerekse başvurucuya imza karşılığı duyurulduğu dikkate alınarak başvurucu açısından yeterli derecede

ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğu kanaatine varılmıştır. Bu durumda söz konusu düzenlemelerin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

97. Başvurucunun subay sözleşmesinin yenilenmemesi işleminin ise, 4678 sayılı Kanun'un 6. ve 12. maddeleri ile Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliği'nin 14. maddesi temelinde yürütüldüğü görülmüştür.

98. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

Meşru Amaç

…

100. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına dayanması gerekir.

101. 2937 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendi ve 1324 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca istihbarata karşı koyma, kamu kurum ve kuruluşlarının görevi olarak belirlenmiş; Genelkurmay Başkanının istihbarat hizmetini Kuvvet Komutanlıkları ve bağlı kuruluşları aracılığıyla yürüteceği belirtilmiştir. Yönerge'de, TSK personelinin kurumsal e-posta hesaplarının denetim birimlerince e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmama, istihbarata ve istihbarata karşı koyma çerçevesinde kullanıcı bilgisi dâhilinde veya kullanıcıdan habersiz olarak denetleneceği düzenlenmiştir.

102. Anılan Yönerge düzenlemelerinde E-posta Denetim Birimlerinin; gönderilen e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmadığının, gerekli şifreleme işleminin yapılıp yapılmadığının, gizlilik ihlali yapılıp yapılmadığının; video, görüntü dosyaları, ses dosyaları, virüs ve zararlı kod taşıyabilecek dosyalar bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla denetim yapacakları düzenlenmiştir. Buna göre TSK'nın personeline görev nedeniyle tahsis ettiği resmî e-posta adreslerinden yapılan haberleşme üzerindeki söz konusu denetlemenin bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

103.Bu kapsamda somut başvuruda, ülke güvenliğini sağlamak ve korumakla yükümlü askerî idarenin söz konusu müdahalesinin, askerî hizmetin

yürütülmesine yönelik olarak kendi personeli arasında iletişimi sağladığı sistem üzerinden üretilen ve paylaşılan verilerin güvenliğinin sağlanmasını hedeflediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin; bilgi güvenliği ve istihbarata karşı koyma kapsamında millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

…

112.AİHM kararlarında, kamu görevlilerinin iş yerlerindeki telefon görüşmelerinin, kendilerine tahsis edilen bilgisayarlar üzerinden yaptıkları e-posta haberleşmelerinin, internet kullanımlarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceği, iş yerinin olağan ve makul gereksinimleri ve meşru amaçlar dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğu belirtilmiştir (Copland/Birleşik Krallık,§ 48).

113. Somut olayda, başvurucunun Hava Kuvvetleri Komutanlığı sistemine bağlı resmî e-posta adresine gelen ve bu hesaptan gönderilen e-postaların E-posta Denetim Birimi tarafından denetlendiği anlaşılmıştır. Bu sistem, TSK'nın personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dış dünyaya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren sınırlı bir haberleşme sistemidir. Anılan sistemde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek dolayısıyla gizliliği korunan e-posta oluşturma imkânı da bulunduğu, bu tarz e-postaların içeriğinin E-posta Denetim Birimi tarafından okunamayacağı anlaşılmıştır. Olayda başvurucunun E-posta Denetim Birimi tarafından denetlenen e-postalarının şifrelenmeden gönderilen iletiler olduğu tespit edilmiştir. İdarenin bu e-posta sisteminde üretilen verilerin güvenliğinin sağlanması, istihbarat zafiyeti yaratacak verilerin gönderilmesinin önlenmesi, gerekli şifreleme işleminin yapılıp yapılmadığının, gizlilik ihlali olup olmadığının anlaşılabilmesi için yazışmaların denetlenmesine yönelik idari tedbirler alması millî güvenliğin korunması meşru amacı kapsamında kaçınılmazdır. İdare, askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yaptıkları yazışmaların denetlenmesinin esaslarını ilgili mevzuatta yeterince açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline ilanen tebliğ etmiştir. Bu kapsamda başvurucuya da tebligat yapılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun bu uygulamadan haberdar olmadığından söz edilemez. Bu durumda başvurucunun kurumsal

e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

114. Bunun yanı sıra Hava Kuvvetleri Komutanlığının 24/7/2015 tarihli yazısında belirtildiği üzere personele TSK-NET E-posta Sistemi'nde (intranet) şifrelenmek suretiyle içeriğinin gizliliği sağlanmış e-postalar oluşturma imkânının verildiği, intranet dışında ise haberleşmenin gizliliğinin korunduğu ayrı iletişim olanaklarının sağlandığı, örneğin çalışanların görev yerlerinde bulunan telefonlar veya belirlenen yerlerde özel cep telefonlarını kullanmak suretiyle iletişim kurabildikleri, ayrıca personele internet üzerinden iletişim kurma imkânı tanıyan ve haberleşmenin içeriğinin izlenmediği kişisel e-posta kullanımı imkânının da verildiği dikkate alındığında başvurucunun kurumsal e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin orantısız olduğundan da söz edilemez.

115. Öte yandan, başvurucu Hava Kuvvetleri Komutanlığında subay olarak görev yapmış ve sözleşme süresi bittikten sonra sözleşmesi idarenin takdir yetkisine dayanılarak yenilenmemiştir. İdare bu takdir yetkisini somutlaştırırken sözleşmeli personel ihtiyaç durumunun yanı sıra başvurucunun e-posta içeriklerinde bulunan gayriahlaki nitelikte yazı, resim ve karikatürlerin paylaşılması sebeplerine dayanmıştır. Söz konusu yazışmaların ve resimlerin paylaşılması sırasında, başvurucunun görev unvanı ile de bağlantı kurulması, başvurucuyu istihdam eden TSK tarafından kurum itibarını olumsuz yönde etkileyen bir unsur olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda çalıştığı askerî kurumun saygınlığını zedeleyen bir subayın sözleşmesinin yenilenmemesinin kurum tarafından itibarının tamiri ve bu tür fiillerin yeniden yapılmasının önlenmesi amacıyla sosyal bir ihtiyaç olarak görüldüğü anlaşılmıştır. TSK'nın millî güvenliğin sağlanması ve korunmasında üstlendiği görev dikkate alındığında askerî disiplinin sağlanması, TSK'da çalışmak isteyenlerin diğer kişilerin tabi olmadığı bazı sınırlamalara tabi olmalarını gerektirmektedir. Dolayısıyla TSK'nın istihdam etmek istediği personelde arayacağı nitelikler konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur.

116. Somut olayda başvurucunun dava konusu yaptığı işlemin sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır. İdare söz konusu resim ve yazıların paylaşımı nedeniyle başvurucunun sözleşmesini feshetme yoluna gitmemiştir. Ancak bu sözleşmenin süresinin bitiminden sonra idare; başvurucuyu yeniden istihdam edip etmeme konusunda değerlendirme yaparken sicil, ödül, ceza yanında kurumsal e-pos-

ta hesaplarının denetim birimlerince e-postaların göreve/hizmete yönelik olup olmaması yönünden düzenlenen raporu da esas alarak sözleşmeyi yenilememe yönünde takdir kullanmıştır. Bu bakımdan askerî disiplinin gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu bir statüde personel istihdam ederken TSK'nın takdir yetkisinin daha geniş olduğu dikkate alındığında başvurucunun yeniden istihdam edilmemesine yönelik işlemin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı söylenemez.

117. Açıklanan nedenlerle başvurucunun iddialarının bir ihlal içermediği anlaşıldığından Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir."

17. Kararda belirtilen gerekçelerin tamamı eldeki iş bakımından da aynen geçerli olup yine Genel Kurul tarafından verilen bu karardan ayrılmayı gerektirecek özel bir durum da bulunmamaktadır.

18. Eldeki işte de e-posta hesabını tur ve gezi organizasyonları düzenleme amaçlı kullandığı, organizasyonları binbaşı rütbesinde bir asker ile birlikte yaptığı, aldığı ve gönderdiği e-postalarda gizlilik ihlali yaptığı, siyasi/propaganda içerikli e-postalar bulunduğu yönündeki tespitlere dayalı olarak başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmesi Türk Silahlı Kuvvetlerinin takdir yetkisi kapsamında kabul edilmelidir. Başvurucu hakkında yapılan işlemin sözleşmesinin feshi değil, sözleşmenin yenilenmemesi işlemi olduğu da gözetildiğinde sözkonusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve orantılı olmadığı da söylenemez.

19. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ve 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun bu hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğine yönelik kararına katılmadım.

Üye
Alparslan ALTAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun e-posta yazışmaları dikkate alınarak sözleşmesinin yenilenmemesi sebebiyle özel hayatın gizliliği hakkının ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun anılan haklarına yapılan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı ve meşru bir amacının bulunduğu, ancak başvurucunun sözleşmesinin yenilenmemesiyle ulaşılabilecek genel yarar ile uğradığı kayıp arasında adil bir dengenin sağlanmadığı; bu sebeple başvurucunun özel hayatına ve haberleşme hürriyetine yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu belirtilmiştir.

Somut olayda, sözleşmeli astsubay olarak görev yapan başvurucunun sözleşmesi yenilenmemiş; bu işleme karşı dava açılması üzerine davalı idarenin savunmasında sözleşmeli personel ihtiyacı, personelin sicili ve hakkındaki istihbarat bilgileri ile sair hususların değerlendirilmesi sonucunda ve idarenin takdir yetkisi çerçevesinde başvurucunun sözleşmesinin yenilenmediği belirtilmiştir. İdarece Askerî Yüksek İdare Mahkemesine (AYİM) gönderilen belgelerden de başvurucunun, Türk Silahlı Kuvvetlerinin personeline görev kapsamında kullanılması için tahsis ettiği, dışarıya kapalı, sadece askerî personelin birbiriyle ve askerî hizmete ilişkin veri paylaşımına imkân veren intranet sistemindeki e-posta hesabını askerî hizmet dışındaki amaçlarla kullandığı ve e-postalarında gizlilik ihlali yaptığı yönünde tespitler bulunduğu anlaşılmıştır.

İdare, millî güvenliğin korunması amacı doğrultusunda askerî personelin resmî e-posta adreslerinden yapılan yazışmaların denetlenmesinin usul ve esaslarını ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlemiş ve tüm personeline tebliğ etmiştir. Söz konusu intranet sisteminde personelin elektronik imza ve şifreleme suretiyle sadece ilgilileri tarafından okunabilecek e-posta oluşturma imkânının bulunduğu ve bunların içeriğinin ilgili denetim birimi tarafından okunamayacağı; ayrıca personele intranet dışında, haberleşmenin gizliliğinin korunduğu ayrı iletişim imkânlarının sağlandığı, internet üzerinden iletişim kurma imkânı tanıyan ve haberleşme içeriğinin izlenmediği kişisel e-posta kullanma imkânının da verildiği dikkate alındığında, başvurucunun kurumsal e-posta adresinden yaptığı yazışmaların denetlenmesinin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı söylenemez (Bülent Polat [GK], B. No:2013/7666, 10/12/2015, § 113 ve 114).

Diğer taraftan, 4678 sayılı Türk Silahlı Kuvvetlerinde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanunda sözleşmenin hangi hâllerde yenileceğine dair bir hüküm bulunmadığı gibi bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan Sözleşmeli Subay ve Astsubay Yönetmeliğinde de idareyi yeni sözleşme yapmaya zorlayan bir hüküm bulunmamaktadır. Üstelik mezkûr Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi ile 18. maddesinin birinci fıkrasında yer alan sözleşmeli subay ve astsubaylardan "kendi kusurları olmaksızın" sözleşmeleri yenilenmeyenlere verilecek haklara ilişkin hükümlerden, idareye sözleşme yenileyip yenilememe hususunda geniş bir takdir yetkisi tanındığı ve herhangi bir kusur atfedilmeyen sözleşmeli personelin sözleşmelerinin de hizmetin gereklerine göre yenilenmeyebileceği anlaşılmaktadır.

Bu sebeple, süresi dolduktan sonra sözleşmesi yenilenmeyen başvurucunun sadece askerî hizmet amacıyla kullanımına tahsis edilen intranet sisteminde yaptığı yazışmaların denetlenmesinin ve diğer hususlarla birlikte denetim sonuçlarının da sözleşmenin yenilenip yenilenmeyeceğine ilişkin olarak idarenin takdir yetkisi çerçevesinde yapacağı değerlendirmede gözönünde bulundurulmasının orantısız olduğundan söz edilemez.

Ayrıca kararın gerekçesinde, resmî e-posta hesabının görev haricinde ve önceden belirlenen kurallara aykırı şekilde kullanıldığının tespit edilmesinden sonra da sözleşme süresinin dolmasına kadar disiplin soruşturması yapılmaması ve sözleşmenin feshedilmemesi sebebiyle, anılan eylemlerin kamu hizmetinde kalmaya engel olacak nitelikte bulunmadığının dolaylı olarak idare tarafından kabul edildiği belirtilmekte ise de (§ 79), bu yorumun sözleşmeli personel statüsü ile memur statüsü arasındaki farkı dikkate almayan bir anlayışı yansıttığı düşünülmektedir. Başvuruya konu AYİM kararında da belirtildiği üzere, sözleşmeli personelin memurlar gibi iş güvencesi bulunmamaktadır. Askerî hizmetin niteliği gereği 4678 sayılı Kanunla yapılan sözleşmeli personel düzenlemesi, sözleşmeli personel statüsünü düzenleyen birçok kanuna göre daha geniş bir idarî takdir yetkisi öngörmektedir. Bu kapsamda, başvurucunun intranet sistemindeki resmî e-posta adresini askerî hizmet dışındaki amaçlarla kullanmasının disiplin soruşturmasına konu edilmemesi veya sözleşmenin bu gerekçeyle feshedilmemesi 4678 sayılı Kanuna ve buna dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğe göre idarenin takdir yetkisi içinde olduğu gibi, sözleşmenin dolmasına az bir süre kaldığı dikkate alınarak disiplin cezası

verilmesi veya sözleşmenin feshedilmesi yerine bu fiillerin ve disiplin anlayışının sözleşme yenilenmesinde yapılacak değerlendirmelerde dikkate alınması da idarenin yetkisi dahilindedir. Aksinin kabulü, 4678 sayılı Kanunla getirilen sözleşmeli subay ve astsubay statüsünü diğer subay ve astsubaylarla aynı noktaya getirir ve anılan Kanunu anlamsız kılar.

Bu itibarla, idarenin başvurucuyu yeniden istihdam edip etmeme konusunda değerlendirme yaparken sicil, ödül ve cezalar yanında kurumsal e-posta hesaplarının denetimi sonucunda düzenlenen raporu da esas almasının ve başvurucu ile sözleşme yenilememesinin, askerî hizmet gerekleri açısından daha sıkı kuralların geçerli olduğu ve idarenin sözleşmeli personel statüsü bakımından daha geniş bir takdir yetkisine sahip bulunduğu dikkate alındığında, ölçüsüz olduğu söylenemez.

Bu sebeplerle ve Mahkememiz Genel Kurulunca daha önce verilen 10/12/2015 tarihli ve 2013/7666 başvuru numaralı red kararında esas alınan diğer gerekçelerle, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ADEM YÜKSEL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/9045)

Karar Tarihi: 1/6/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 2/7/2016-29760

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd.	:	Hikmet Murat AKKAYA
Başvurucu	:	Adem YÜKSEL
Vekili	:	Av. Ergün Hakan KELEMCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; internette yayımlanan ses kayıtları dikkate alınarak yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi sebebiyle işkence ve kötü muamele yasağının, özel ve aile hayatına saygı ilkesi ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 14/5/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü tanınan ek süre içinde 10/7/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 27/7/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 31/7/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 13/4/2016 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla 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

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve ekleri, başvuruya konu yargılama dosyası ile başvurucudan istenen bilgi ve belgeler çerçevesinde tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, kurmay albay olarak Türk Silahlı Kuvvetlerinde (TSK) görev yapmakta iken 11/3/2011 tarihinde Tiflis Büyükelçiliğine askerî ataşe olarak atanmış; 11/8/2011 tarihinde göreve başlamıştır.

10. Başvurucunun eşi ise TSK'da sivil memur olarak çalışmakta iken başvurucunun görevi sebebiyle 1/8/2011 tarihinde ücretsiz izne ayrılmıştır.

11. 2011 yılının Eylül ayında bir kısım kişilerin cinsel içerikli konuşmaları internette yayımlanmıştır. Başvurucunun eşine ait olduğu şüphesiyle bu ses kayıtları araştırılmaya başlanmış, 10/10/2011 tarihli bir yazıyla başvurucunun eşine ilişkin olarak bir idari tahkikat heyeti kurulmuştur. Bu idari tahkikat heyetinin görevi 14/10/2011 tarihinde sona ermiştir.

12. 5/12/2011, 12/12/2011 ve 20/12/2011 tarihlerinde de aynı türden konuşmalar internette yayımlanmıştır. İnternette yayımlanan bu ses kayıtları tesadüfen elde edilen delil kapsamında görülmüş, 16/12/2011 tarihinde Genelkurmay İstihbarat Başkanlığınca bir idari tahkikat heyeti oluşturulmuştur. Başvurucu, askerî ataşe olarak görevine devam etmekte iken 16/12/2011 tarihli bir mesaj emri ile yurda çağrılmış ve 19/12/2011 tarihinden itibaren Genelkurmay Başkanlığı emrine geçici olarak görevlendirilmiştir. Mesaj emrinde internette yayımlanan ses kayıtları ile ilgili bir husus belirtilmemiş, başvurucunun Ankara'da olması istenmiştir.

13. 19/12/2011 tarihinde bir general ile iki kurmay albaydan oluşan idari tahkikat heyetinde yer alan kişiler başvurucu ile Genelkurmay Başkanlığında görüşme yapmış ve başvurucunun ifadesi alınmıştır.

14. Başvurucu daha sonra hemen izin almış ve 20/12/2011 tarihinde Tiflis'e geri dönmüştür. Eşi ile beraber ertesi gün Türkiye'ye gelmiş, 22/12/2011 tarihinde idari tahkikat heyetinde yer alan kişilerle beraber tekrar görüşme olmuştur. Başvurucunun eşi iddiaları kabul etmemiş ve bu aşamada herhangi bir ses kaydı örneğini sunma ihtiyacı görmemiştir.

15. Bir general ile iki kurmay albaydan oluşan idari tahkikat heyeti, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığından internette yayımlanan ses kayıtlarında herhangi bir manipülasyon yapılıp yapılmadığı ve ses kayıtlarının aynı kişiye ait olup olmadığı yönündeninceleme talep etmiştir.

16. 26/12/2011 tarihli raporda manipülasyon olmadığı ve kayıtlardaki kadın sesinin "kuvvetle muhtemel aynı" kişiye ait olduğu belirtilmiştir. Kanaat kategorileri toplam yedi çeşit olup en üst seviye "aynı"dır.

17. İnternette yayımlanan ses kayıtlarının başvurucunun eşine ait olup olmadığının anlaşılabilmesi için 23/12/2011 ve 26/12/2011 tarihlerinde başvurucunun eşinin çalıştığı iş yerindeki sekiz mesai arkadaşının da bilgisine başvurulmuştur. Ayrıca ifadesi alınan personelden söz konusu kayıtlar hakkında herhangi bir bilgisi olmayanlar için kayıtların bir kısmı ilgili kişilere dinletilmiş ve sonra da söz konusu kişilerin ifadesi alınmıştır.

18. Bu kapsamda idari tahkikat heyeti, internette yayımlanan ses kayıtlarının içeriğindeki bilgileri de dikkate alarak ses kayıtlarının başvurucunun eşine ait olabileceği sonucuna ulaşmıştır. İnternette yayımlanan bu ses kayıtları sebebiyle 30/12/2011 tarihinde Genelkurmay Başkanlığının onayıyla başvurucu hakkında yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesine karar verilmiş ve başvurucu, daha sonra Kara Kuvvetleri Komutanlığı 3'üncü Kolordu Komutanlığında (İstanbul) görevlendirilmiştir.

19. Bunun üzerine başvurucu 9/1/2012 tarihinde "yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi" işleminin iptali ve 50.000 TL manevi tazminat istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesi nezdinde yürütmenin durdurulması istemiyle dava açmıştır. Yürütmenin durdurulmasına ilişkin talebe yönelik olarak davalı idarenin birinci savunmasının alınmasından ve işleme mesnet bilgi ve belgelerin celbinden sonra düşünülmesine ve davalı idareye on günlük kesin süre verilmesine 7/2/2012 tarihinde karar verilmiştir.

20. Davalı idareden savunma istenmesi üzerine savunma dilekçesi 24/2/2012 tarihinde Mahkemeye sunulmuştur. Başvurucunun yürütmeyi durdurma istemi 6/3/2012 tarihinde reddedilmiştir.

21. Başvurucu bu sırada, eşi hakkında olduğu iddia edilen ses kayıtlarının TSK'da görevli diğer personele dinletilmesi nedeniyle ilgili subaylar hakkında görevi kötüye kullanma, iftira ve hakaret suçlarının işlendiği iddiasıyla Genelkurmay Başkanlığı Askerî Savcılığı nezdinde eşiyle beraber suç duyurusunda bulunmuştur. Şikâyet dilekçesi 20/4/2012 tarihinde Genelkurmay Başkanlığına gönderilmiş, 4/5/2012 tarihinde Genelkurmay Adli Müşavirliği tarafından Genelkurmay Başkanı namına şikâyet edilen personeller hakkında soruşturma emri verilmesini gerektirecek bir du-

rum bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Söz konusu karar 7/5/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.

22.Başvurucunun cevaba cevap dilekçesinden sonra ikinci savunma dilekçesi davalı idare tarafından 4/5/2012 tarihinde Mahkemeye sunulmuştur. Davalı idarenin savunma ve ikinci cevap dilekçelerinde, 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında dava konusu işleme mesnet bilgi ve belgelerin ayrı bir yazı ekinde sunulduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda başvurucu vekili 16/5/2012 tarihinde söz konusu bilgi ve belgelerin birer örneğinin kendisine verilmesini AYİM Başkanlığından talep etmiştir.

23. AYİM Birinci Dairesi 29/5/2012 tarihinde tebligat aşamasında bulunan bir davada gizlilik dereceli belgelerin incelettirilmesinin Genel Sekreterliğin görevi içinde bulunduğunu belirterek talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş ve Genel Sekreterliğin kararı üzerine Daireye itiraz edilebileceğini belirtmiştir.

24. Bu arada internette yayımlanan bu ses kayıtları sebebiyle başvurucunun eşi hakkında idari soruşturma açılmış ve Millî Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 10/7/2012 tarihli kararıyla meslekten çıkarma cezası verilmiştir. Söz konusu karara karşı süresi içinde AYİM İkinci Daire Başkanlığı nezdinde 10/8/2012 tarihinde dava açılmıştır.

25. Başvurucunun eşiyle ilgili alınan bu karar, başvurucuya da tebliğ edilmiştir. Ayrıca başvurucuya görev yapılan yerdeki Genel Sekreter tarafından ikaz yazısı tebliğ edilmiştir. 3/8/2012 tarihli yazı şu şekildedir:

"Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun eşiniz Svl.Me. ...'in 'üzerine atılı bulunan eylemleri memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici fiiller olduğundan, eylemine uyan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E maddesinin (g) ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 13/5'inci maddesinin (g) alt bentleri gereğince Devlet Memurluğundan Çıkartılmasına' dair tutanağı 3 Ağustos 2012 tarihli tebliğ tebellüğ belgesi ile size tebliğ edilmiş olup, Askeri Ceza Kanununun 153'üncü maddesinde ifadesini bulan yükümlülüklerinizi yerine getirmenizi aksi halde ilgi emir gereğince hakkında yasal işlem başlatılacağını bilmenizi rica ederim."

26. Başvurucu bu tebligat sebebiyle 13/8/2012 tarihinde Komutanlığa üç sayfalık dilekçe vermiştir. Başvurucunun dilekçesinde belirttiği hususlardan bir kısmı şöyledir:

"...

2. Ancak bu aşamada belirtmek isterim ki, yurtdışı daimi görevden geri çağrılarak yurtiçine atamamın yapılması sebebi tarafıma tam olarak açıklanmış değildir. Bu atama işleminin dayanağını, AYİM'de 'Geri çağrılma ve atama işleminin iptali' talebi ile açmış bulunduğum davaya verilen savunma dilekçesi ile öğrenmiş bulunmaktayım.

...

5. Tüm bunlar yanında, ortada daha hiçbir idari tahkikat yokken tarafıma 'karından ayrıl' denmesi, son Yüksek Disiplin Kurulu kararına karşı eşim tarafından başlatılan yargı işlemlerinin devam etmesine rağmen, Askeri Ceza Kanunu'nun 153'üncü maddesinin gereklerinin tarafımdan emir yolu ile talep edilmesi bendeki güven duygusunu sarsarak, daha uzun seneler hizmet etmekten şeref duyacağım kurumumda çalışma şevkini kırmıştır.

6. Yukarıda belirttiğim nedenlerden ötürü, esasen halen çalışmaya devam etmek istediğim Türk Silahlı Kuvvetlerindeki görevimden, uğramış olduğum mağduriyetten dolayı doğmuş ve doğacak tüm yasal haklarımı saklı tutarak emeklilik sureti ile ayrılma işlemlerini başlattığımı ilgi yazınıza istinaden arz ederim."

27. Başvurucu, Millî Savunma Bakanı'nın onayıyla 27/9/2012 tarihinde emekliye ayrılmıştır.

28. AYİM Genel Sekreterliği, bu arada 6/9/2012 tarihinde başvuru konusu davaya ilişkin gizlilik dereceli belgelerin incelenmesi talebini uygun bulmamıştır. Söz konusu karara itiraz edilmesi üzerine AYİM Birinci Dairesi 11/9/2012 tarihinde gizlilik dereceli belgelerin bir kısmının savunmaya esas teşkil edecek unsurlar içerdiği, dolayısıyla bu bilgi ve belgelerin başvurucu tarafa incelettirilmemesinin savunma hakkını kısıtlayıcı nitelikte olduğu, bir kısmının ise başka şahısların özel bilgilerini içermesi sebebiyle başvurucu vekilinin itirazını kısmen kabul etmiştir.

29. Başvurucunun avukatı 4/10/2012 tarihinde söz konusu karar kapsamında gizlilik dereceli belgeleri inceleyebilmiş ve 8/10/2012 tarihinde

idare tarafından sunulan gizlilik dereceli belgelere ilişkin beyanda bulunmuştur. Başvurucu bu kapsamda internette yayımlanan ses kayıtları sebebiyle idari tahkikat heyetinin kurulduğunu davalı idarenin sunduğu belgelerden öğrenebildiğini, görüşmenin TSK'yı karalayan internet sitesi yayınları hakkında bir bilgilendirme ve değerlendirme olarak aktarıldığını, idari tahkikat heyetinin usulsüz bir şekilde, hukuka aykırı yöntemlerle, kime ait olduğu tespit edilmeyen bir ses kaydıyla hareket ettiğini ileri sürmüştür.

30. AYİM Birinci Dairesi tarafından başvuru konusu davaya ilişkin olarak 11/12/2012 tarihinde duruşma günü olarak 19/3/2013 tarihi belirlenmiştir.

31.Bu arada başvurucu ve eşi ile beraber toplam on bir kişi farklı tarihlerde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak sosyal paylaşım sitelerinde açılan birtakım profillerde kendileri hakkında asılsız iftira ve hakaret boyutunda yazılar yazılmış olması nedeniyle şikâyetçi olmuşlardır. Yapılan soruşturma sonucunda üç şüpheli tespit edilmiştir. Şüphelilerin ifadeleri alınmış, daha sonra bunların işlenen suçlarla bir ilişkisi olmadığı sonucuna varılarak Cumhuriyet Başsavcılığınca 28/12/2012 tarihli ve K.2012/76709 sayılı kararla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

32. 19/3/2013 tarihinde yapılan duruşma sonucunda ara kararı alınarak AYİM İkinci Daire Başkanlığından bilgi istenmiştir. Bu kapsamda istenen bilgiler şöyle belirtilmiştir:

" ...

Anılan davanın görüm ve çözümüne esas olmak üzere;

Davacının eşi ... hakkında ayırma işlemi uygulandığı, bu işlemin iptali istemiyle AYİM'de dava açıldığı, son olarak davayla ilgili AYİM Başsavcılığının görüşünün alındığı, dosyanın İkinci Daireye gönderildiği tespit edildiğinden;

1.Davacının eşi ... ile ilgili açılan davanın safhasının bildirilmesinin, karar verilmiş ise karardan bir suretinin gönderilmesinin,

2. Dosyada ... 'in sesi ile internet sitesinde yayınlanan ses kayıtları arasında benzerlik olup olmadığına ilişkin düzenlenmiş bir kriminal rapor var ise onaylı bir suretinin gönderilmesinin AYİM İkinci Daire Başkanlığından istenmesine

3. Ara kararın taraflara tebliğine [karar verilmiştir.]"

33. Söz konusu talebe ilişkin olarak 8/5/2013 tarihinde AYİM İkinci Daire Başkanı tarafından cevap verilmiştir. Bu kapsamda başvurucunun eşinin açmış olduğu davanın hâlen sonuçlanmadığına, duruşmasının 29/5/2013 tarihinde yapılacağına ilişkin bilgi verilmiş; başvurucunun eşinin sesi ile internet sitesinde yayımlanan ses kayıtları arasında benzerlik olup olmadığına ilişkin olarak düzenlenen kriminal rapor Mahkemeye sunulmuştur.

34. AYİM Birinci Dairesi 18/6/2013 tarihinde başvurucunun açmış olduğu davayı oybirliğiyle reddetmiştir. Kararın gerekçesi şu şekildedir:

"...Davacının Gürcistan/Tiflis Türkiye Büyükelçiliğinde Askeri Ateşe olarak görev yaptığı sırada eşiyle ilgili olduğu belirtilen ses kayıtlarının 5.12.2011, 12.12.2011 ve 20.12.2011 tarihlerinde internette bir sitede yayınlandığı, ses kayıtlarının davacının eşi olduğu belirtilen kişi ile başka kişiler arasında cinsel birlikteliğe ilişkin nitelikte olduğu, bunun üzerine iddialarla ilgili araştırma yapmak üzere idari tahkikat heyeti kurulduğu, davacının görevli olarak Türkiye'ye çağrıldığı, konuyla ilgili olarak 19/12/2011 tarihinde ifadesinin alındığını, bu arada davacının eşini tanıyan subayların ve sivil memurların ifadelerinin alındığını, tanıkların bazılarının ifadelerinde; internetteki ses kayıtlarının davacının eşine benzediğini, bazılarının ise benzemediğini beyan ettikleri, İdari Tahkikat Heyetinin davacının eşiyle görüştüğü, davacının eşinin iddiaları kabul etmediği, bunun üzerine kendisine açık kaynaklarda yer alan ses kaydı ile karşılaştırma yapılabilmesi için ses kaydı örneği verip vermeyeceğinin sorulduğu, davacının eşinin ses örneği vermek istemediği, internette yayınlanan ses kayıtlarıyla ilgili olarak Jandarma Genel Komutanlığı Krimal Daire Başkanlığında inceleme yapıldığı, 26 Aralık 2011 tarihinde ses kayıtlarında; 'kayıtlar içerisinde anlam bütünlüğünü bozmak amacıyla konuşulan kelimelerin yerlerini değiştirerek farklı anlamlar üretmek, farklı sesler eklemek veya çıkarmak gibi herhangi bir manipülasyon yapılmadığı' kanaatine varıldığının belirtildiği, ayrıca Kriminal Daire Başkanlığı Uzmanları tarafından ses kayıtlarının dökümünün yapıldığı, ses kayıtlarından bir bayan ile üç ayrı kişi arasında cinsel birliktelik olduğunun anlaşıldığı, yapılan idari tahkikat sonrasında düzenlenen raporda; ses kayıtlarındaki bayanın davacının eşinin olabileceğinin değerlendirildiğinin belirtildiği, ses kayıtlarında yer alan erkek kişilerin de davacının eşinin çalıştığı dönemde Kara Kuvvetleri Komutanlığında haberci ve kuaför asker olarak görev yaptıklarının

tespit edildiği, dava derdest iken davacının eşiyle ilgili olarak da ayırma işleminin yapıldığı, ayırma işlemiyle ilgili olarak dava açıldığı, davanın AYİM İkinci Dairesinde derdest olduğu, ara kararı üzerine İkinci Daireden gönderilen belgelerden, davacının eşinin ses karşılaştırılması yapılması için ses örneği vermeyi kabul ettiğinin anlaşıldığı; bunun üzerine kriminal inceleme yapıldığı, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı tarafından 25 Haziran 2012 tarihinde 2012/272589-177005 Evrak Kayıt numarasıyla düzenlenen raporda; internette yayınlanan ses kayıtlarındaki bayan ile davacının eşinin "kuvvetle muhtemel aynı kişi" olduğunun belirtildiği, bu durumun davacının eşiyle ilgili iddialar ve tespitler dikkate alındığında; davacının TSK'yı yurtdışında temsil edemeyeceği ve temsil yeteneğini kaybettiği yönündeki değerlendirmelerin maddi olgulara dayandığı, dolayısıyla davacının yurt dışı sürekli görev işleminin iptal edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmıştır."

35. Başvurucu kararın tebliğinden sonra süresi içinde karar düzeltme kanun yoluna başvurmuştur.

36. Karar düzeltme dilekçesinde başvurucu özetle maddi olgulara dayandığı yönündeki kabulün hukuka, yasaya ve usule açıkça aykırı olduğunu, maddi olgu olarak kabul edilip değerlendirilen ses kayıtlarının hukuken hiçbir anlam ve değerinin bulunmadığını, Anayasa'nın ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ilgili maddelerinin ihlal edildiğini belirtmiş; Yargıtayın ve Danıştayın kararlarından bahsetmiştir. Davalı idare karar düzeltme isteğinin reddini talep etmiştir.

37. Bu sırada başvurucunun eşinin meslekten çıkarma cezasına karşı açmış olduğu davayı AYİM İkinci Dairesi 25/9/2013 tarihinde reddetmiştir.

38. Başvurucunun karar düzeltme isteği 13/11/2013 tarihli ve E.2013/1119, K.2013/1061 sayılı kararla oybirliğiyle reddedilmiştir.

39. Söz konusu ilam başvurucuya 29/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

40. Başvurucu 16/12/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

41. 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 10. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"(Ek: 31/7/1970 - 1323/13 md.; Değişik : 28/6/2001 - 4699/21 md.)

(Değişik birinci fıkra: 22/5/2012-6318/55 md.) Yabancı bir memlekette veya uluslararası kuruluşlarda görev alacak subay veya astsubaylara; Genelkurmay Başkanlığının muvafakati ve Millî Savunma Bakanlığının (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı için İçişleri Bakanlığının) onayı ile 5 yıla kadar maaşsız izin verilebilir.

(Değişik ikinci fıkra: 22/5/2012-6318/55 md.) Birleşmiş Milletler Teşkilatı ile Türkiye Cumhuriyetinin üye olduğu veya imzaladığı anlaşmalarla taraf bulunduğu diğer uluslararası teşkilatlar nezdinde ateşkesi denetlemek üzere gözlemci sıfatıyla görev alan veya barış gücünde görevlendirilen subay ve astsubaylara, Genelkurmay Başkanlığının muvafakati, Millî Savunma Bakanlığının (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı için İçişleri Bakanlığının) teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile beş yıla kadar maaşlı izin verilebilir. Bu personele, görevlendirilen teşkilat tarafından yapılacak ödemelerin dışında, ayrıca, aynı kararname ile tespit edilecek tutarda aylık ek ücret de verilebilir.

42. 926 sayılı Kanun'un 163. maddesi şöyledir:

"Sürekli görevle yurt dışına gönderilen subay ve astsubaylar, geçici görevle en çok bir ay süre ile merkeze çağrılabilirler. Bu süre içinde aylığı katsayılı ödenir.

43. 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 153. maddesi şöyledir:

"İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur.

Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir."

44. 18/12/2005 tarihli ve 26027 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Subay ve Astsubay Atama Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 28. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Askerî ataşeliklere ve milletlerarası anlaşmalara göre yurt dışında açılmış kadrolara atanacak personelin seçimleri özel yönergelere göre yapılır. Buralarda geçen hizmet süreleri 1 inci derece garnizon hizmet sürelerinden sayılır.

45. Yurt Dışı Sürekli Görevler Yönergesi'nin (Yönerge) ikinci bölümünün 5. maddesinin a.(2) bendi ve a.(3) bendi sırasıyla şöyledir:

" Temsil yeteneğine sahip olmak, seçilmek için temel esastır."

" Temsil yeteneği aileyi de kapsar."

46. Yönerge'nin 18. maddesinin (a), (b), (c) fıkraları şöyledir:

"a. Yurt dışı sürekli görevlere aday olarak seçilen personelden, yurt dışı sürekli görevine başlamadan önce veya başladıktan sonra seçim şartlarını taşımadıkları anlaşılanların, adaylıkları ve atamaları iptal edilir.

b. Seçim ve atamanın iptal edilmesini gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ... askeri ataşelik görevleri için Genelkurmay İstihbarat ve Personel Başkanlıklarınca birlikte inceleme yapılır.

c. Gerekli bilgi ve belgeler; Genelkurmay Personel Başkanlığınca Genelkurmay Başkanına arzı müteakip seçim veya yurt dışı atama emri iptal edilir. Yurt dışında olanlar yurda geri alınır ve haklarında gerekli yasal işlem yapılır. Bu husus ilgili şahısların özlük dosyalarına işlenir ve bu gibi personel bir daha yurt dışına gönderilmez."

47. Yönerge'nin 18. maddesinin (ç) fıkrasının 7. bendinde ayrıca "*Personelin seçim şartlarını ve temsil kabiliyetini kaybettiğinin belirlenmesi durumunda seçim, atamanın veya yurt dışı sürekli görevin iptal edilebileceği*" düzenlemesi yer almaktadır.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 1/6/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

49. Başvurucu, başvuru formunda özetle kurmay albay rütbesi ile henüz 47 yaşında iken emekli olmak zorunda kaldığını, internette yayımlanan ses kayıtlarının delil olarak kabul edilemeyeceğini, davaya konu

idari işlemin tek dayanağının özel hayat içinde kalması gereken hususlar olduğunu, gerçek olup olmadıkları kanuni hiçbir delil ile belirlenmeyen ses kayıtlarının sadece kanaate dayalı olarak idari işleme esas alındığını, internette yayımlanan ses kayıtlarının delil vasfının bulunmadığını ve hukuka aykırı şekilde elde edildiğini, bu hususları Mahkemede de ileri sürdüklerini, ayrıca idari işleme dayanak delillerin gerçek olmadığını, özel hayata ve aile hayatına yönelik hukuka aykırı müdahaleler olduğunu, ileri sürülen taleplerin dikkate alınmadığını, eşinin çalıştığı iş yerindeki mesai arkadaşlarına da söz konusu kayıtların dinletildiğini, uygulanan bu yöntemin yanlış olduğunu, Mahkemenin davalı idare tarafından icra edilen eylemleri manevi tazminat hükmetmeye yeterli görmediğini, idari işlemin maddi olgulara dayanması gerekçe gösterilerek davanın reddedildiğini, iddia ve savunmalara itibar edilmemesine ilişkin gerekçelere kararda yer verilmediğini, yargılamanın eksik incelemeye dayandığını, Adli Tıp Kurumundan rapor istediklerini, taleplerinin kabul görmediğini, yargısal süreç devam ederken emekli olmak zorunda kaldığını belirterek manevi olarak mağduriyetinin işkence ve mobbing olduğunu, aşağılayıcı muamelelere maruz bırakıldığını, işkence ve kötü muamele yasağının, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve 200.000 TL manevi, 150.000 TL maddi tazminat talep etmiştir.

B. Değerlendirme

50. Başvurucunun iddialarının özü, internette yayımlanan ses kayıtları sebebiyle yurt dışı sürekli görev atamasının iptaline karşı açtığı davanın reddedilmesi ile anayasal haklarının ihlal edildiği ve ses kayıtları sebebiyle emekliye ayrılmak zorunda bırakıldığı iddiasıdır. 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).

51. Söz konusu süreçte yaşanan olaylar ilk olarak başvurucunun meslek hayatını ilgilendirmiş ve başvurucu bu sebeple dava açmıştır. İhlale neden olduğu iddia edilen kamusal işlemin temelinde ilk başta açılan dava sonucunda verilen karar değil yurt dışı görevlendirmenin iptaline ilişkin bir idari işlem bulunmaktadır. Bu sebeple başvuru değerlendirilirken öncelikle yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi sürecinde yaşanan olayların Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında dikkate alınması

gerekmektedir. Başvurucunun emekli olmaya zorlandığına ilişkin iddiaları ise ayrı bir başlık altında, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamı altında değerlendirilmiştir.

1. Yurt Dışı Sürekli Görev Atamasının İptal Edilmesine İlişkin İdari İşlem Tesisi ve Açılan Davanın Reddi Kapsamında Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

52. Başvurucunun, internette yayımlanan birtakım ses kayıtları sebebiyle temsil kabiliyetini kaybettiği düşüncesiyle Gürcistan'daki görevine son verilip yurt içinde görevlendirilmesi, daha sonra başvurucu hakkında yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi yönünde işlem tesis edilmesi ve manevi tazminat istemiyle beraber açılan iptal davasının reddedilmesi dolayısıyla anayasal haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

53. Anayasa'nın 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu

verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

54. Sözleşme'nin 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

55. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir. Özel hayat geniş bir kavram olup bu kavramın kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır (*Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 30).

56. "Özel hayat", "özel bir sosyal hayat" sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir "özel hayatı" güvence altına almaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulamayacağı belirtilmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir (*Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

57. Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece

yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (AYM, E.2009/1, K.2011/82, 18/5/2011; E.1986/24, K.1987/7, 31/3/1987; *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 37).

58. Bunun yanında özel hayat kavramı yaşanan süreçte isim, görüntü, itibar, aile bilgisi, cinsel kimlik, sağlık, iletişimin gizliliği gibi birçok değişik duruma uygulanagelmekte ve teknolojik gelişmelerle alana müdahale imkânı çoğaldıkça alanın korunma ihtiyacı da aynı ölçüde artmaktadır. Bu durumda ferdin haricî müdahalelere karşı korunması ve güvence altına alınması, müdahalenin asgari düzeyde tutulması, özgürlükleri koruyup güçlendirmekle görevli demokratik hukuk devletinde özel hayatın gizliliğine saygı duyma hakkı çerçevesinde zorunlu hâle gelmiştir. Bu çerçevede kişi ya da devlet ayrımı yapılmaksızın hakkın etkin kullanımına engel olacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü bulunmaktadır.

59. Mesleki hayat, özellikle kelimenin tam anlamıyla özel hayata dair hususlar belli bir meslek için değerlendirme kriteri olarak alınmışsa özel hayatla sıkı bir irtibat içindedir; iç içe geçmiştir. Dolayısıyla mesleki hayat, kişinin diğerleriyle etkileşim alanını oluşturduğundan kamusal alanda dahi olsa özel hayat kapsamında ele alınabilir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Fernández Martínez/İspanya* [BD], B. No: 56030/07, 12/6/2014, § 109).

60. Başvurucunun yurt dışından yurt içine görevlendirilmesinin mesleki hayatını olumsuz etkilediği açıktır. Bununla beraber bu olumsuz sonuçların varlığı bu işlemin bizatihi Anayasa ile uyumlu olmaması sonucunu doğurmaz. Ancak bu davadaki mesele, bu atamanın sebeplerini belirlemek ve bunların Anayasa ile uyumluluğunu kontrol etmektir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Sodan/Türkiye*, B. No: 18650/052, 2/2/2016, § 43).

61. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesinin amacı esas olarak bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin

önlenmesidir. Bununla beraber devletin, ayrıca özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından dahi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması ödevini de içermektedir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

(1) Müdahalenin Varlığı

62. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (*Özpınar/Türkiye*, § 47).

63. Dolayısıyla kamu makamları tarafından kişinin özel ve aile hayatına dair sebeplerden dolayı yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesine yönelik idari işlem tesis edilmiş ve anılan işlemle başvurucunun özel hayatı üzerinde bir müdahalede bulunulmuştur. Ancak şikâyet bağlamında müdahale, başvurucunun eşinin değil kendisinin mesleki hayatı üzerinde olması çerçevesinde ele alınmıştır.

(2) Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

64. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı açısından bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkündür. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

65. 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."

66. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler dikkate alınarak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğu için belirtilen düzenlemede yer alan -başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere- tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

(a) Kanunilik

67. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü Anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

68. AİHM içtihatlarında da ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72..., 25/3/1983, §§ 86-88).

69.Başvuruya konu idari işlemin temelinde 926 sayılı Kanun'un ek 10. maddesi ile 163. maddesi, Yönetmelik'in 28. maddesi, Yönerge'nin 5. ve 18. maddeleri yer almaktadır.

70. Müdahalenin dayanağı olan kanun hükmü ve bu kanuna istinaden çıkarılan Yönetmelik ve ilgili Yönerge, başvurucu açısından hak ve özgürlüğe yönelen müdahalelerin sınırlarını yeterli bir açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir düzenlemelerdir. Bu sebeple müdahalenin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(b) Meşru Amaç

71. Özel hayata yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden bir veya birkaçına dayanması gerekir.

72. Anılan Yönerge kapsamı da dikkate alındığında yer alan düzenlemeler, temsil yeteneğinin kaybolması durumunda idare organlarının alabileceği tedbirleri göstermektedir. Kamu düzeninin bozulmaması, askerî disiplinin temini, mesleğin onur ve saygınlığının korunması maksadıyla yurt dışı sürekli görevinin iptal edilebileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bunun Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

(c) Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

73. AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 97).

74. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 46).

75. Kamusal makamların bir hakkın sınırlandırılması sürecinde iki ayrı aşamada takdir yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sınırlama ölçütünün seçimidir. İkincisi ise ilgili sınırlama ölçütü çerçevesinde izlenen meşru amacı gerçekleştirmek üzere yapılan sınırlamanın gerekliliğidir. Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp ihlal iddi-

asına konu önlemin anayasal temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır olması yani müdahaleyi meşrulaştırmak üzere kullanılan argümanların elverişli, zorunlu ve orantılı olması gerekir (*Serap Tortuk,* § 49).

76. Belirtilen takdir yetkisi, her bir vakıa özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemektedir (*Serap Tortuk,* § 50).

77. Mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No: 7525/76, 22/10/1981,§ 52).

78. Zira kişinin mahremiyet alanının gizliliği ve bu alana saygı gösterilmesi hakkının bireyin kişisel güvenliği, varlığı ve kimliği için gerekli ve en temel haklardan biri olduğu açıktır (*Serap Tortuk,* § 51).

79. Öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir. Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının gözönünde bulundurulması zorunludur (*Serap Tortuk,* § 52).

80. Bu sebeple başvuruya konu işlemin yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte başvurucunun özel hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne do-

kunarak onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir. Bu noktada somut başvuru özelinde başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamunun yararı ya da yine bir başka bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmelidir.

81. Somut olayda başvurucunun Tiflis Büyükelçiliğine askerî ataşe olarak atandıktan dört ay sonra yurda görevlendirildiği, daha sonra ise yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi kapsamında başvurucu hakkında bir idari işlem tesis edildiği açıktır. Başvurucu, meslek hayatına yönelik olarak yapılan müdahalenin hukuki gerekçesini ilk başta öğrenemediğini ve açılan dava sırasında savunma dilekçesi verildikten sonra öğrendiğini belirtmiştir (bkz. § 26). Sadece mesaj emri ile idari işlemin sonucunu öğrenen başvurucu, yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesine karşı açtığı dava sırasında ve emeklilik dilekçesini verdikten sonra incelenen gizlilik dereceli bilgilerden idari işlemin sebep unsurunu tam olarak anlayabilmiştir. Bu kapsamda başvurucunun yurt dışı görevi sırasında yurda görevlendirilmesi, daha sonra bir daha meslek hayatında yurt dışına görevli olarak çıkamama ihtimalini içeren idari işlemin gerekçesinin temelinde internette yayımlanan ve cinsel içerikli konuşmaların yer aldığı ses kayıtları bulunmaktadır. Bu ses kayıtlarının, başvurucunun eşine ait olduğu davalı idare tarafından iddia edilmektedir.

82.Söz konusu süreçte, başvurucunun kendisinin değil eşi ile başka kişilerin konuşmaları gerekçe gösterilerek çeşitli kararlar alınmıştır. Askerî ataşe olarak atananların, bu göreve atanırken temsil yeteneğine sahip olup olmadığına doğal olarak bakılmakta, temsil yeteneğine sahip olduğuna kanaat getirilirken aile durumları da dikkate alınmaktadır (bkz. § 45). Dolayısıyla başvurucunun kendisi ile ilgili olmasa bile eşi ile ilgili olduğu iddia edilen ses kayıtlarının tahkikat konusu olması idarenin takdir yetkisindedir.

83.Ses kayıtlarının internete sızdırılmasında başvurucu ve eşinin herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığının da tespit edilmesi gerekir. Başvurucu ve eşi dışında birçok kişi de sosyal medya hesapları üzerinden yayımlanan ses kayıtları sebebiyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde şikâyette bulunmuş (bkz. § 31), sorumluların tespit edilip cezalandırılmasını talep etmiştir. Ayrıca başvurucu, söz konusu ses kayıtlarının gerçek olmadığını hem tahkikat heyeti hem de sivil savcılık

nezdinde dile getirmiştir. Dolayısıyla başvurucu dahil olmak üzere başka kişilerin de farklı gerekçelerle şikâyette bulunduğu dikkate alındığında idare tarafından başvurucuya somut olarak herhangi bir sorumluluk izafe edilemediği tespit edilmiştir.

84. Yapılan tahkikat sırasında özel hayatın en önemli unsurlarından biri olan mahremiyet hakkı kaçınılmaz olarak gündeme gelmiştir. Söz konusu konuşmalar başvurucunun eşinin eski çalışma arkadaşlarına dinletilmiş, iş yerindeki kişilere -ki o tarihte başvurucu da aynı yerde çalışmaktadır- ses kayıtlarındaki kişinin başvurucunun eşi olup olamayacağı sorulmuştur.

85. Buna karşın başvurucunun Tiflis Büyükelçiliğine askerî ataşe olarak atanmasından dört ay sonra yurda çağrılması ve daha sonra görevinin iptal edilmesine karar verilirken başvurucunun eşi hakkında olduğu iddia edilen ses kayıtlarının varlığı, bu ses kayıtları hakkında manipülasyon yapılmadığına ilişkin Jandarma Kriminal raporları yeterli görülmüştür. TSK nezdinde başvurucunun itibar kaybına uğradığının göstergesi olarak sadece bu ses kayıtlarına dayanılmış, askerî hizmetin gereklerine göre alınacak tedbirin kapsamı başvurucunun görevinin iptal edilmesi ile sonuçlanmıştır. Davalı idare, bu yola başvurulmasının tek ve esas sebebi olarak internette yayımlanan ses kayıtlarının varlığınıdava sırasında yine dile getirmiş, bu ses kayıtlarının özel hayat kapsamında olamayacağını ileri sürmüştür.

86. AYİM önündeki yargılama devam ederken internette yayımlanan bu kayıtlar sebebiyle başvurucunun eşi hakkında Millî Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla meslekten çıkarma cezası verilmiş ve açılan dava kapsamında verilen ses örneklerinin incelenmesi yoluna gidilmiştir. Jandarma Kriminal Dairesinin ses örneklerinin incelenmesi sonucunda başvurucunun eşinin sesi ile internette yayımlanan ses kayıtlarının "kuvvetle muhtemel aynı kişi"ye ait olduğuna yönelik raporu kapsamında yaşanılan süreç Mahkeme kararında anlatılmış ve başvurucu hakkında tesis edilen işlemin maddi olgulara dayandığı Mahkeme tarafından sadece tespit edilmiştir.

87. Dolayısıyla bu süreçte ilk olarak internette kime ait olduğu tam olarak tespit edilemeyen ses kayıtlarının, gerçekten başvurucunun eşine ait olup olmadığı yönünden kısmi bir araştırma yapılmış; ses kayıtları

başvurucunun ve eşinin çalıştığı yerdeki kişilere başvurucunun eşine ait olduğu şüphesiyle dinletilmiş, Jandarma Kriminal Dairesinin 26/12/2011 tarihli raporu dikkate alınarak (bkz. § 16) başvurucunun yurt dışı sürekli görevi iptal edilmiştir.

88. Söz konusu ses kayıtlarının gerçekliğini öncelikle başvurucu kesin suretle reddetmiştir. Ayrıca bu ses kayıtlarının gerçek olduğu kabul edilse bile internetten elde edilen bir bulgu olduğu dikkate alındığında hukuka uygun bir şekilde elde edilmediğini başvurucu yargılama sırasında dile getirmiştir.

89. Sonuç olarak yaşanan idari süreçte somut olayda uygulanan usul de dikkate alındığında tahkikat sırasında özel hayatın en mahrem alanlarının daha fazla ifşa edilmesine idare eliyle yol açılmış, umulan kamu yararına kıyasla çok daha büyük bir kişisel yararın zedelenmesine neden olunmuştur. Nitekim başvurucu emekli olmadan önce ve bu işlemlerin varlığını öğrendikten sonra idareyi temsil eden ilgili subayların görevi kötüye kullanma, hakaret ve iftira suçlarını işlediği gerekçesiyle Askerî Savcılık nezdinde eşiyle beraber suç duyurusunda da bulunmuştur (bkz. § 21). Ancak soruşturma emri verilmemesi nedeniyle bir sonuç alınamamıştır.

90. Yine belirtilmelidir ki mahkemelerin bir idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını inceleme yetkisi idari işlemlerin maddi olgulara dayanıp dayanmadığı ile sınırlı değildir. Söz konusu kayıtların internetten edinildiği, jandarma kriminal raporlarının içeriğinin kesinlik arz etmediği, ses kayıtlarının aynı zamanda mesai arkadaşlarına dinletilmesinin başvurucunun kişilik haklarına halel getirdiği, yayımlanan ses kayıtlarından başka herhangi bir delilin bulunmadığı yönündeki itirazlara Mahkeme bir cevap vermemiştir. Mahkemenin gerekçeleri dikkate alındığında açılan bu davanın reddedilmesi ilebaşvurucunun sadece mesleki yaşantısı etkilenmemekte; Jandarma Kriminal Dairesi raporları gerekçe gösterilmek suretiyle dolaylı olarak bu ses kayıtlarının gerçek olduğu izlenimi verilmekte, başvurucunun kendisini ve ailesini çevresinde zor bir duruma düşürmektedir.

91. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

2. Başvurucunun Ceza Tehdidi ile Emekliye Ayrılmak Zorunda Kaldığına İlişkin İddiası

92. Bakanlık görüşünde mobbing ve cezaya maruz kalma tehdidiyle karşı karşıya kalma iddiası yönünden başvuru yollarının usulüne uygun bir şekilde tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi yönünde görüş sunulmuştur.

93. Bakanlık görüşüne karşı cevabında başvurucu özetle; açılan dava kapsamında ve ileri sürülen suç duyurularına rağmen bir sonuç alamadığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin kabul ettiği mevzuat çerçevesinde nereye başvurduysa bir netice elde edemediğini, durdurulmayan bu haksız ve dayanaksız siber saldırı nedeniyle yurt dışı görevinden ve nihayetinde mesleğinden olduğunu ileri sürmüştür.

94. Başvurucu başvuru formunda, 1632 sayılı Kanun'un 153. maddesi gereğince işlem yapılacağının kendisine ihtar edildiğini, dolayısıyla eşinden ayrılmaması hâlinde yayımlanan ses kayıtları sebebiyle rütbesinin geri alınma tehlikesi ile karşı karşıya kaldığını, yargısal süreç devam ederken emekli olmak zorunda bırakıldığını, manevi olarak mağduriyetinin işkence ve mobbing olduğunu, aşağılayıcı muamelelere maruz bırakıldığını, işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

95. Yukarıda belirtildiği üzere (bkz. §§ 25, 26) başvurucu, kendisine ikaz yazısı verildikten on gün sonra Komutanlığa savunma niteliğinde bir yazı yazmıştır. Ayrıca bu yazıdan anlaşıldığı kadarıyla başvurucu, yaşadığı bu süreç yüzünden emekli olmak istediğini dilekçede belirtmiştir. Bunun akabinde başvurucu, Millî Savunma Bakanı'nın onayıyla 27/9/2012 tarihinde emekli olmuştur.

96. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir (*Bayram Gök*,B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 18).

97. Bireysel başvurunun ikincil olma niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde dayanılmayan iddialar Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği gibi genel

mahkemelere sunulmayan yeni bilgi ve belgeler de Anayasa Mahkemesine sunulamaz (*Bayram Gök*, § 20).

98. Başvurucu hakkında tesis edilen işlemin konusu ile şikâyet edilen konu aynı nitelikte değildir. Açılan davanın konusu "yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesi" işlemi, şikâyet edilen husus ise emekliye ayırma işleminin maddi anlamda ceza tehdidi ile yapılmasıdır. Doğal olarak başvurucu, derece mahkemesi önünde ileri sürmediği iddiaları Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürmüştür.

99. Başvurucunun emekliye ayrılmış olması, açılan davanın reddedilmesi kapsamında dile getirilen şikâyet ve talepler dikkate alındığında cebren emekliye ayrılmaya ilişkin şikâyet yönünden başvurucunun söz konusu süreçte başvurabileceği yollardan biri tazminat istemidir.

100. Dolayısıyla somut olayda, maddi ve manevi varlığını geliştirme kapsamında başvurucunun emekliye ayrılma nedeni ile eşi hakkında yayımlanan ses kayıtları sebebiyle bir bağlantı olup olmadığı, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği gibi meselelerin tespitini öncelikle idari ve yargısal merciler yapmalıdır.

101. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

102. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

103. Başvurucu; ihlalin tespitiyle 150.000 TL maddi, 200.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

104. Mevcut başvuruda, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucunun emekli olması nedeniyle yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

105. Başvurucunun yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında takdiren başvurucuya net 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

106. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Söz konusu davanın niteliği ve bu dava kapsamında herhangi bir maddi tazminat istenmemesi karşısında maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

107. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yurt dışı sürekli görev atamasının iptal edilmesine ilişkin idari işlem tesisi ve açılan davanın reddi kapsamında özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Başvurucunun ceza tehdidi ile emekliye ayrılmak zorunda kaldığı iddiasının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı ilkesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 25.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Daire Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE

1/6/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

G. G. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/16701)

Karar Tarihi: 13/10/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 2/11/2016-29876

GENEL KURUL
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	:	Fatih ALKAN
Başvurucu	:	G. G.
Vekili	:	Av. Şahin POLAT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ahlaki durum gerekçe gösterilerek Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişiğin kesilmesi ile ilgili işleme karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 23/10/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvuruda Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 23/11/2015 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 6/5/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık tarafından başvuru hakkında görüş sunulmamıştır.

6. İkinci Bölüm tarafından 12/7/2016 tarihinde yapılan toplantıda, verilecek kararın Bölümler tarafından önceden verilmiş kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu Hava Kuvvetleri Komutanlığı emrinde muvazzaf subay statüsünde görev yapmakta iken 2/12/2010 tarihinde bir İnternet sitesinde "Hava İstihbarat Üsteğmen G.G. ve Rus Sevgilisi ve Sırdaşı" başlığıyla yayımlanan görüntülerin ahlak dışı, yüz kızartıcı ve utanç verici eylem

teşkil ettiği gerekçesiyle Hava Kuvvetleri Kurmay Başkanının 6/12/2010 tarihli emriyle başvurucu hakkında tahkikat başlatılmıştır. Bu kapsamda 10/12/2010 tarihinde ifadesi alınan başvurucunun istihbarat olan sınıfı 11/3/2011 tarihinde piyade olarak değiştirilmiştir. Tahkikat sürecinde 21/6/2012 tarihli ulusal bir gazetede "İşte O Şok Görüntüler" başlıklı haber yayımlanmış ve söz konusu görüntüler bir kısmı bulanıklaştırılarak haber içeriğinde yer verilmiştir.

9. Başvurucu hakkında yürütülen idari tahkikat sonucunda TSK'nın itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunduğu hususu gözetilerek sıralı sicil üstleri tarafından 3/8/2012 tarihinde *"TSK'da kalması uygun değildir."* ortak kanaatli ayırma sicil belgesi düzenlenmiştir.

10. Hava Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde oluşturulan Komisyon tarafından başvurucunun durumu 15/11/2012 tarihinde görüşülmüş ve TSK'nın itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunduğu gerekçesiyle başvurucu hakkında ayırma işlemi yapılmasının komutan tasvibine sunulmasına karar verilmiştir. Anılan karar 16/11/2012 tarihinde Hava Kuvvetleri Komutanı tarafından, 24/12/2012 tarihinde Genelkurmay Başkanı tarafından tasvip gördükten sonra Millî Savunma Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan 13/2/2013 tarihli ve 2013/90 sayılı üçlü kararname ile görevden ayırma süreci tamamlanmıştır.

11. Başvurucu; istihbarat birimindeki görevliler tarafından mülakat adı altında çağrılarak 10/12/2010 tarihinde sorguya alındığını, sorgu esnasında cinsel yaşamına ilişkin ayrıntılı sorular sorulduğunu, sonrasında savunması alınmaksızın ve hiçbir gerekçe gösterilmeksizin ilişiğinin kesildiğini, ilişik kesme kararında herhangi bir disiplinsizlik eyleminin gösterilmediğini, yalnızca özel yaşam biçimi nedeniyle ilişiğinin kesildiğinin anlaşıldığını, sorgu yönteminin mevzuata aykırı olarak aldatıcı biçimde ve baskı altında tutularak yapıldığını, hukuka aykırı usuller içeren ve göreviyle ilgisi olmayan tamamen özel yaşantısına ilişkin mahrem sorulardan oluşan sorgu neticesinde elde edilen beyanların delil olarak kullanılamayacağını, ilişik kesmeye dayanak alınan bu sorgu işleminin usulsüz ve hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, takdirlerle dolu başarılı bir sicile sahip olmasına rağmen bu durumun dikkate alınmadığını, tesis edilen ayırma işleminin ölçülülük yönünden hukuka aykırı olması gibi sebep ve amaç unsurları yönünden de hukuka aykırı olduğunu belirterek yürütmenin durdurulması, ayırma işleminin iptali ve özlük haklarının iadesi

talebiyle Millî Savunma Bakanlığı aleyhine Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde 25/3/2013 tarihinde dava açmıştır.

12. Davalı idare tarafından sunulan savunma dilekçesinde, her askerin ahlaki yaşayışının kusursuz ve lekesiz olması gerektiği, ahlak olgusunun yalnızca arzu edilen bir durum değil görevin başarıyla icra edilebilmesi için bir koşul olduğu vurgulanmış, kamu hizmetinin yürütülmesinde zararlı olacak kişilerin idare mekanizmasının dışına çıkarılmasının kaçınılmaz olduğu ve idarenin başvurucu hakkında tesis edilen ayırma işleminde takdir yetkisinin objektif sınırları içinde kaldığı, dava konusu ayırma işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

13. Davalı idare tarafından ayrıca 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında AYİM'e gizli belge ve bilgiler gönderilmiştir.

14. AYİM Birinci Dairesinin 2/4/2013 tarihli ara kararı ile dava dosyasındaki mevcut bilgi ve belgeler çerçevesinde başvurucu hakkında tesis edilen ayırma işleminin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmediği gerekçesiyle yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiştir.

15. AYİM Başsavcılığı tarafından sunulan düşünce yazısında, başvurucunun mevcut durumu itibarıyla TSK'nın itibarını sarsacak nitelikte ahlak dışı hareketler sergilediği, disiplini esastan sarsan bu durum nedeniyle idarenin derhâl işlem yaparak yürütülen özellikli kamu hizmetine yabancılaşan ajanını bünyesinden atmasının zorunluluk hâlini aldığı, bu nedenlerle sıralı sicil üstleri tarafından başvurucu hakkında ayırma sicili düzenlenmesinde ve ayırma işlemi tesis edilmesinde idarece objektif kıstaslara bağlı kalındığı, kamu yararı ile birey yararı arasındaki dengenin gözetildiği, takdir yetkisinin kamu yararı amacına uygun olarak kullanıldığı ve işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

16. AYİM Birinci Dairesinin 1/4/2014 tarihli ve E.2013/425, K.2014/331 sayılı kararı ile dava reddedilmiştir. Kararda, başvurucunun İnternet vasıtasıyla veya yüz yüze tanıştığı bir kısmı yabancı olan kadınlarla cinsel birliktelikler yaşadığı, ahlak dışı birtakım görüntülerin İnternet ortamında yayınlandığı, yaşadığı birlikteliklerin alenileştiği, mesleki sicili ve disiplin

durumu itibarıyla başarılı bir personel portresi çizmesine karşın 6/9/1961 tarihli ve 10899 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinin aradığı anlamda "iyi ahlak sahibi olmak" vasfını taşımadığı, TSK'nın itibarını zedeleyecek tavır ve davranışlar içinde bulunduğunun anlaşıldığı, ayırma işlemi tesis edilmesinde takdir yetkisinin objektif kriterlere göre kullanıldığı ve kamu yararı ile birey yararı dengesinin gözetildiği belirtilmiş; dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kararda ayrıca herhangi bir soruşturma veya kovuşturma olmasa dahi kamu personeli hakkında disiplin soruşturması yapılabileceği vurgulanmıştır. Bunun yanında başvurucunun 10/12/2010 tarihli ifadesinin bir suç isnadıyla ceza soruşturması ya da kovuşturması kapsamında değil disiplin hukuku çerçevesinde değerlendirilmek üzere idari tahkikat kapsamında alınmış olduğu ve başvurucunun bu şekilde tespit edilen ifadesi sırasında iradesinin fesada uğratıldığı, yanıltıldığı ya da ifadesinin hukuka aykırı şekilde yasak yöntem ve usullerle alınmış olduğuna dair dosya kapsamında herhangi somut bir bilgi, belge ve kanıt bulunmadığı belirtilmiştir.

17. Karara katılmayan üyelerden biri tarafından kaleme alınan karşıoy yazısında başvurucunun ifadesinde yer alan beyanların özel hayatını ilgilendirdiği, ifadenin bir isnada dayanmadığı ve başka delillerle desteklenmediği, bu nedenle ikrarın delil olarak kabul edilemeyeceği, söz konusu olayların başvurucunun bekâr olduğu dönemde ve 2009 yılından önce gerçekleştiği, dolayısıyla eylemden dört yıl sonra gerçekleştirilen ayırma işleminin gereklilik unsuru taşımadığı, ifadede yer alan fiillere ilişkin isnatlar konusunda (beyan dışında) delil sunulamadığı ve ayırma işleminden önce başvurucunun savunmasının alınmaması nedeniyle dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.

18. Karara katılmayan başka bir üye tarafından kaleme alınan karşıoy yazısında ise bir İnternet sitesinde ve bir gazetede çıkan haber, görüntü ve fotoğrafların tek başına hukuka uygun somut bilgi, belge ve delil olarak kabul edilemeyeceği, ele geçirilen özel hayata ilişkin kayıtlar nedeniyle kamuoyunda "askerî casusluk" olarak bilinen davada başvurucunun "mağdur" konumunda olduğu, başvurucunun aleniyete kavuşmamış özel hayatına ilişkin beyanlarının hukuka uygun başka olgu ve bulgularla desteklenip doğrulanmadığı, başvurucunun mesleki geçmiş ve sicil durumunun çok iyi seviyede olduğu, disiplin ve ahlaki zafiyetinin kamu

hizmetinde istihdamını imkânsız kılacak vehamet düzeyinde olmadığı, bu bağlamda durumunun normal sicil işleminde değerlendirilmesi gibi orantılı bir yaptırım uygulanması olanağı varken hakkında tesis edilen ayırma işleminde birey ve kamu yararı dengesi gözetilmediği, ölçülülük ilkesine uyulmadığı ve takdir yetkisinin objektif kullanılmadığı dolayısıyla dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

19. Başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme talebi, aynı Dairenin 9/9/2014 tarihli ve E.2014/908, K.2014/958 sayılı kararıyla reddedilmiş ve karar 26/9/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

20. 23/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

21. Başvurucu hakkında dosyaya sunulan belgelerin incelenmesinden Hava Kuvvetleri Komutanlığınca 10/12/2010 tarihinde istihbarata karşı koyma hassasiyetleri çerçevesinde başvurucunun ifadesinin alındığı anlaşılmıştır. İfade tutanağının *"ifadeyi alan"* kısmı ve ifadenin bir kısmı karartılmış olduğundan ifadenin hangi birim tarafından alınmış olduğu anlaşılamamıştır. Söz konusu ifade alma işleminde başvurucuya, bugüne kadar nerelerde görev yaptığı, kimlerle ikamet ettiği, İnternet vasıtasıyla veya yüz yüze tanıştığı kadınlardan ilişki yaşadıklarının kimler olduğu, grup seks ve İnternet üzerinden sanal seks yapıp yapmadığı, yabancı uyruklu kadınlarla cinsel birliktelik yaşayıp yaşamadığı, birlikte İnternet ortamında görüntüleri yayımlanan kadının kim olduğu, görüntünün nerede çekildiği, bu kadınlardan asker olduğunu ve görevini bilenlerin olup olmadığı, lojmandan neden ayrıldığı, görev tahsisli Outlook sistemi üzerinden gizlilik dereceli belgeleri şifrelemeden gönderip göndermediği hususlarında sorular sorulmuştur. Başvurucunun anılan soruları yanıtladığı, özellikle birlikte olduğu kadınlara ilişkin olarak geçmişte cinsel birliktelik yaşadığı ilişkileri açıkladığı ve ifade metnini imzaladığı anlaşılmıştır. Ayrıca başvurucu, özel hayatına ilişkin gizli belgelerin ele geçirildiğini ve mağdur olduğunu ifade etmiştir.

22. Başvurucu; söz konusu görüntüleri ele geçiren, elinde bulunduran ve yayımlayanlar hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen 2010/640 numaralı soruşturma kapsamında mağdur sıfatıyla ifade vermiştir.

B. İlgili Hukuk

23. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun *"Disiplin"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir.

Askerliğin temeli disiplindir.

Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır."

24. 211 sayılı Kanun'un 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Amir; … maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur…"

25. 211 sayılı Kanun'un 39. maddesi şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerde askeri eğitim ile beraber ahlak ve maneviyatın yükseltilmesine ve milli duyguların kuvvetlendirilmesine bilhassa itina olunur.

Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin esas vazifesidir."

26. 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun *"Çeşitli Nedenlerle Silahlı Kuvvetlerden Ayrılacak Subaylar İçin Yapılacak İşlem"* kenar başlıklı 50. maddesinin mülga (c) bendi şöyledir:

"Disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi subaylardan durumlarının Yüksek Askerî Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askerî Şura kararı ile yapılır."

27. 27/12/1998 tarihli ve 23566 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma"* kenar başlıklı mülga 91. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... Aşağıdaki sebeplerden biri ile disiplinsizlik veya ahlaki durumları gereği Türk Silahlı Kuvvetlerinde kalmaları, bulunduğu rütbeye veya bir önceki rütbesine ait bir veya birkaç belge ile anlaşılıp uygun görülmeyenler hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılır:

...

e. Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunması.

..."

28. Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma sicil belgesi düzenlenmesi ve uygulanacak usuller"* kenar başlıklı mülga 92. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma iki şekilde yapılır,,

a) Ayırma işleminin sıralı sicil üstlerince başlatılması:

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma sicil belgesinin düzenlenmesinde; süre söz konusu olmayıp, her zaman düzenlenebilir. Temel nitelikler hariç olmak üzere diğer niteliklere işaret konulmaz.

Sicil üstleri, sicil belgelerinin temel nitelikler ve son bölümündeki kendilerine ait olan kanaat hanelerine bu Yönetmeliğin 91 inci maddesindeki disiplinsizlik ve ahlâkî durumlardan hangisine göre kesin kanaate vardıklarını belirttikten sonra "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" kanaatini yazarak imzalar ve gerekli belgeleri ekleyerek, bekletmeden sıralı sicil üstlerinin tümünün kanaatlerinin yazılmasını sağladıktan sonra Kuvvet Komutanlıkları Personel Başkanlıklarına, jandarma subaylarının sicillerini Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına, general ve amiral sicillerini Genelkurmay Personel Başkanlığına gönderirler.

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle hakkında ayırma sicil belgesi düzenlenen bir subay hakkında bu görüşe katılmayan sicil üstü, niteliklere işaret

koymaksızın sicil belgesinin kendisine ait olan kanaat hanesine, gerekçeli olarak "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir Kanaatine Katılmıyorum" kanaatini yazar ve imza eder.

Kuvvet Komutanlıkları veya Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına gelen bu siciller, ilgili şubelerce karargâhta bulunan dosya ve diğer belgelerle karşılaştırılarak incelenir ve bunlar Kuvvet Komutanlığı veya Jandarma Genel Komutanlığı karargâhında; Kurmay Başkanının başkanlığında personel, istihbarat, harekât başkanları, personel ve tayin dairesi başkanları ve gerekli gördükleri şube müdürleri ile kıdem, personel yönetim şube müdürleri, adlî müşavir veya hukuk işleri müdürlerinden oluşan komisyona sevk edilir. Bu komisyon tarafından, düzenlenen sicilin Kanun ve Yönetmeliklere uygunluğu, ekli belgelerin yeterliliği ve geçerliliği yönünden incelendikten sonra bir değerlendirme yapılır. Gerekirse sicil üstlerinin şifahî veya yazılı görüşleri alınır; bilgi, belge isteğinde bulunulabilir.

Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve değerlendirme sonucunda almış olduğu kararı, bir tutanak ile Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının onayına sunar ve alınacak onaya göre işlem yapılır. Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanı tarafından emekliliği uygun görülmeyenlerin sicilleri, mazbata edilerek şahsî dosyalarına konur ve bunların görev yerleri değiştirilir. Emekliliği, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanı tarafından onaylanan personelin dosyaları, Genelkurmay Başkanlığına gönderilir. Genelkurmay Başkanlığına gelen bu emeklilik istemleri, personel başkanlığınca adlî müşavirlikle koordine edilerek, Yüksek Askeri Şûra kararına sunulup sunulmaması yönünden incelenir ve Genelkurmay Başkanının tasvibine sunulur. Genelkurmay Başkanı tarafından durumları Yüksek Askerî Şûrada görüşülmesi gerekli görülenlerin hakkındaki istemler, ilk Yüksek Askerî Şûra toplantısında gündeme alınarak, hakkında kesin karara varılır ve işlemleri tamamlanır. Genelkurmay Başkanının, durumlarını Yüksek Askerî Şûrada görüşülmesine gerek görmediği subayların dosyaları, Kuvvet Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığına iade edilir. Bu gibi subaylar hakkında, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının daha önce verdiği karara göre işlem yapılır. Yüksek Askerî Şûra tarafından durumları incelenen subaylardan, göreve devam etmesi kararı verilenler hakkında yapılan işlemler ve sıralı sicil üstlerince düzenlenen sicil belgeleri, mazbata edilerek personelin şahsî dosyasına konur ve bu gibilerin görev yerleri değiştirilir.

..."

29. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

''Asker, kendisinden beklenen vazifeleri hakkıyla yapabilmek için yüksek ahlâk ve kuvvetli maneviyata sahip olmalıdır.

Her askerde bulunması lâzımgelen ahlakî ve mânevi vasıflar şunlardır:

...

(h) İyi ahlâk sahibi olmak: Askerin ahlâkı ve yaşayışı kusursuz ve lekesiz olmalıdır. Asker, esrarkeşlikten, sarhoşluktan, yalancılıktan borçtan ve kumardan, dolandırıcılıktan, ahlâksız kimselerle düşüp kalkmaktan, hırsızlıktan, yağmadan, yakıp yıkmaktan ve sair bütün fenalıklardan sakınmalıdır. Bunlar vazifenin yapılmasına mâni olurlar, yaşayışı, sıhhati, azim ve cesareti bozar; namusu, lekeler, manevi şahsiyeti öldürür ve her biri ayrı ayrı cezaları üstüne çeker.

..."

30. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun *"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yükümlülükleri"* kenar başlıklı 5. maddesinin (a) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının Devlet istihbaratına ilişkin görevleri şunlardır:

a) Kendi konularında;

1. Görevlerinin gerektirdiği istihbaratı oluşturmak,

2. MİT tarafından istenecek haber ve istihbaratı elde etmek,

3. İstihbarata karşı koymak."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 13/10/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu; sahip olduğu yasal hakları hatırlatılmadan Hava Kuvvetleri Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı tarafından manevi baskı altında ve yanıltıcı beyanlarla ifadesinin alındığını, hukuka aykırı yöntemlerle özel hayatına ilişkin bilgilerin en ince ayrıntısına kadar elde edilmeye çalışıldığını ve bu bilgilerin ayırma işlemine dayanak olarak gösterildiğini, sicil not ortalamasının çok iyi seviyede olduğunu ve on iki kez takdire layık görüldüğünü, tesis edilen işlemde ölçülülük ilkesinin gözetilmediğini, ayırma işlemine gerekçe olarak gösterilen sorgunun kim tarafından ve nasıl yapıldığı hususu değerlendirilmeyerek istihbarat birimleri tarafından yasak yöntemlerle elde edilen hukuka aykırı delillerin AYİM tarafından ret gerekçesi olarak kabul edildiğini, ayrıca söz konusu görüntüleri hukuk dışı yöntemlerle elde eden kişiler hakkında mağdur sıfatıyla şikâyetçi olduğunu, yalnızca kendisini ilgilendiren ve mesleğiyle ilgisi olmayan özel hayat alanına ilişkin ayrıntılar üzerinden tesis edilen idari işlem ve AYİM kararı nedeniyle Anayasa'nın 20., 36. ve 38. maddeleri ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ile yargılamanın yenilenmesi ve lehine tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

33. Başvurucu, mahrem alanına ilişkin bilgiler içeren başvuru hakkında verilecek kararın yayımlanması söz konusu olabileceğinden kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

34. 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, özel hayatına ilişkin bazı bilgilerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiği ve bu bilgilere dayanılarak hakkında ayırma işlemi tesis edildiği şikâyetinin Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1.Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

36. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

37. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma bir taraftanistenmeyen bütün müdahalelerden herkesin uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31).

38. Özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın

açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (*Serap Tortuk*, § 32).

39. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel hayatın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır (*Serap Tortuk*, § 33).

40. Özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel hayat" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır (*Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51).

41. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) denetim organlarının içtihatlarında "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve kendini gerçekleştirmesi" kavramının özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel hayatın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur (*Serap Tortuk*, § 35). AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır (*Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, §§ 47, 48).

42. Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin özel hayata saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen özel hayatın gizliliği hakkı,

Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan hakka karşılık gelmektedir. Bireyin mahremiyet alanının ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarının da kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu açıktır. Mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (AYM, E.2009/1, K.2011/82, 18/5/2011; E.1986/24, K.1987/8, 31/3/1987).

a. Müdahalenin Varlığı

43. "Disiplinsizlik ve ahlaki durum" sebebiyle TSK'dan ayırma işlemine tabi tutulan başvurucuya ilişkin idari tahkikat sürecinden, TSK'dan ayırma kararından ve AYİM kararlarından anlaşıldığı üzere başvuruya konu süreçte özellikle başvurucunun özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkilerinin önemli yer tuttuğu görülmektedir. Bu şartlar altında özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen ayırma kararının başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

44. Anayasa'nın 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği hakkı açısından bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi, hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

45. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* kenar başlıklı 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."*

46. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak

ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler dikkate alınarak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki,* § 35).

47. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkına yapıldığı iddia edilen müdahalenin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığı, her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

i. Kanunilik

48. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki,* § 36).

49. Başvurucu hakkında tesis edilen ayırma işleminin 926 sayılı Kanun'un 50. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan (c) fıkrası ile Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan 91. ve 92. maddeleri temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına yapılan müdahalenin kanuni bir dayanağının mevcut olduğu anlaşılmaktadır. AYİM kararının söz konusu Kanun hükümlerine dayandığı anlaşıldığından belirtilen yargısal kararların yeterli bir hukuki temele sahip olduğu görülmektedir.

50. Bu kapsamda somut olayda başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

51. Disiplin yaptırımlarının özel teşkilat veya bir kamu düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, anılan teşkilatın onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildiği açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disip-

lin cezalarının amacı kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 211 sayılı Kanun'un 13. maddesinde disiplin; kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat, astın ve üstün hukukuna riayet şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca askerliğin temelinin disiplin olduğu vurgulanmış, disiplinin muhafazası ve idamesi için özel kanunlarla cezai ve idari tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

52. Anılan düzenlemeler, millî güvenliğin sağlanması meşru amacı kapsamında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak meşru amacını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi, belirtilen meşru temellere dayanmaktadır. Aynı şekilde askerî bir meslek seçerek belirli bir statüye girmeyi kabul eden kişilerin, sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplin gereği kendilerine uygulanabileceğini baştan kabul ettiklerini söylemek de mümkündür (*Ata Türkeri,* B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 41).

53. Dolayısıyla söz konusu müdahalenin, askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlama ve bu itibarla millî güvenliğin korunması amacını taşıdığı; bunun da Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

54. Anayasa'nın 20. maddesinin amacı esas olarak bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin önlenmesidir. Devletin, ayrıca özel hayatın ve aile hayatının gizliliği hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından dahi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması ödevini de içermektedir (*Ata Türkeri,* § 42).

55. Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler, özel

hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilmeli, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir (*Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 73).

56. *"Demokratik toplum düzeninin gerekleri"* kavramı, öncelikle özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmasını; başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendini göstermesini gerektirmektedir. *"Demokratik toplum düzeninin gerekleri"*nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Ata Türkeri,* § 44).

57. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni; müdahaleye neden olan idarenin ve derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, özel hayatın gizliliği hakkının unsurlarından olan mahremiyet hakkını kısıtlama bakımından *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"* ve *"ölçülülük"* ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Ata Türkeri,* § 45).

58. Personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında özellikle kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir (*Serap Tortuk,* § 52).

59. Öte yandan mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğu zaman kamu makamlarının takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup bu alanlara yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için özellikle ciddi gerekçelerin varlığı şarttır (*Ata Türkeri*, § 47).

60. Tesis edilen disiplin işlemlerinde ve bu işlemlerin hukuka uygunluk denetiminin yapıldığı mahkeme kararlarında, bireylerin özel hayatlarına ilişkin tutum ve eylemlerinin mesleki hayatları üzerindeki etkilerinin açıklanması, kamu hizmeti sunan ilgili kurumların işleyişi üzerindeki etkilerinin ve risklerinin ortaya konulması ve bu hususlardaki değerlendirmelerin yeterli ve ikna edici gerekçelerle desteklenmesi, ayrıca tesis edilen işlemlerin bireylerin geçmiş mesleki sicilleri ve başarı durumları dikkate alınarak ölçülülük yönünden irdelenmesi gerekir.

61. Son olarak AİHM kararlarına göre Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça usul şartları içermemekle birlikte anılan maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanılabilmesi için müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması gerekir. Bu şekildeki bir süreç, başvurucunun 8. maddedeki haklarını -deliller ve kanıtlama konuları dâhil- adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmasını gerektirir (*Ciubotaru/Moldova*, 27138/04, 27/4/2010, § 51; *T.P. ve K.M./Birleşik Krallık*, B. No: 28945/95, 10/5/2001, § 72).

62. Bu ilkeler ışığında başvuru konusu idari sürecin değerlendirilmesi sonucunda, başvurucu hakkında bir İnternet sitesinde görüntüler yayınlanması üzerine idari tahkikat başlatıldığı görülmüştür. Bu kapsamda Hava Kuvvetleri Komutanlığınca başvurucunun ifadesinin alındığı ve başvurucunun cinsel hayatına dair hususların esas olarak 10/12/2010 tarihli ifadesinden öğrenilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ifade metninde, başvurucu hakkında idari tahkikat başlatıldığı belirtilmediği gibi hangi kapsamda başvurucunun ifadesine başvurulduğu hususunun da belirtilmemiş olduğu ancak başvurucunun kendisine sorulan soruları yanıtladığı, geçmişte cinsel birliktelik yaşadığı ilişkileri açıkladığı ve cinsel hayatına ilişkin hususları içeren ifade metnini imzaladığı anlaşılmıştır.

63. Başvurucu, sahip olduğu yasal hakları hatırlatılmadan Hava Kuvvetleri Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı tarafından herhangi bir disiplin cezası tehdidi olmayacağına güvence verilerek manevi baskı altında ve yanıltıcı beyanlarla ifadesinin alındığını, bu ifadenin okunmadan imzalatıldığını, aldatma yöntemiyle özel hayatıyla ilgili bilgilerin en ince ayrıntısına kadar elde edilmeye çalışıldığını ve hakkında ayırma işlemi tesis edildiğini ileri sürmüştür.

64. AYİM Birinci Dairesinin 1/4/2014 tarihli ve E.2013/425, K.2014/331 sayılı kararında başvurucunun anılan iddiaları değerlendirilmiş ve ifade alma işlemi sırasında başvurucunun iradesinin fesada uğratıldığı, yanıltıldığı ya da ifadesinin hukuka aykırı şekilde yasak yöntem ve usullerle alınmış olduğuna dair somut bir bilgi, belge ve kanıt bulunmadığı gerekçesiyle anılan iddialar reddedilmiştir. Bahse konu 10/12/2010 tarihli ifadenin disiplin hukuku çerçevesinde değerlendirilmek üzere idari tahkikat kapsamında alınmış olduğu ayrıca ifade edilmiştir.

65. Somut olayda başvurucunun söz konusu ifadesinin, belirli ve somut fiiller belirtilmeden ve hangi hukuki işleme esas alınacağı konusunda bilgi verilmeden temin edilmiş olması anılan ifadeyi hukuki yönden şüpheli duruma getirmektedir. Ayrıca ifadealma işlemi esnasında sorulan sorular gözönüne alındığında başvurucunun mesleki hayatını değil özel hayatını ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda bırakıldığı görülmektedir. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların görevinin ifasıyla değil daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ihtilaf konusu ayırma işleminin kapsamı mesleki hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, başvurucunun İnternet üzerinden ya da sosyal ortamlardan tanıştığı kadınlarla birliktelik yaşadığı, bunların bir kısmının yabancı uyruklu olduğu, ahlaki yönden özenli bir yaşam sürmediği ve karşı cinse düşkünlüğünün bulunduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen mesleki faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmaktadır.

66. Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Ancak hakkındaki tahkikat sonucunda TSK'dan ayırma işlemi tesis edilme-

sinin başvurucunun mesleki hayatı üzerinde olduğu kadar temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturduğu, bu nedenle ayırma işleminin daha önemli hâle geldiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir mahiyetinde olması, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olması gerekir.

67. AYİM kararında da, başvurucunun ifade alma işleminin usul ve içerik yönünden hukuka aykırı unsurlar taşıdığı iddialarına rağmen anılan ifadenin alındığı koşulların detaylı şekilde incelenmediği, başvurucunun özel hayatının en mahrem yönünü oluşturan cinsel hayatını geçmiş yıllardan itibaren tüm detaylarıyla anlatmasının nasıl gerçekleştiği hususunun ortaya konulmadığı görülmektedir. AYİM tarafından söz konusu soyut nitelikteki ifadede belirtilen hususlar dayanak alınmak suretiyle TSK'dan ilişiğin kesilmesi işlemine karşı açılan davanın reddedildiği anlaşılmıştır. Öte yandan Mahkeme kararında başvurucunun özel hayatına ilişkin tutum ve eylemlerinin mesleki hayatı üzerindeki etkilerine dair yeterli ve ikna edici gerekçeler ortaya konulmadığı gibi anılan eylemlerin TSK'nın işleyişi üzerindeki etkisi ve risklerinin de detaylı şekilde açıklanmadığı, ayırma işlemine dayanak olarak kabul edilen delillerin hukuka aykırı şekilde elde edildiğine ilişkin ileri sürülen iddialar hakkında bir araştırma yapılmadığı ve ayırma işlemine gerekçe olarak gösterilen eylemlerin idarece öğrenilmesine rağmen iki yıl boyunca başvurucu hakkında herhangi bir işlem tesis edilmediği görülmüştür.

68. Bu durumda muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen ve davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olduğu anlaşılan başvurucunun söz konusu iddialarına Mahkemece makul bir gerekçe ile yanıt verilmemesi, başvurucunun özel hayatına ilişkin hususların mesleği üzerindeki etkisinin açıklanmaması ve özel hayatın gizliliği hakkına gerekli saygının gösterilmesini adil şartlarda savunabileceği usule ilişkin etkili güvencelerden başvurucunun yararlandırılmaması nedenleriyle AYİM kararının mahremiyet hakkına müdahaleyi haklı kılacak şekilde konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Bunun yanında tesis edilen ayırma işleminin başvurucunun geçmiş sicili ve başarı durumu dikkate alınarak ölçülülük yönünden değerlendirilmediği, sınırlama ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlanan

başvurucunun kaybı arasında adil bir denge gözetilmediği, başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamanın zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olduğu veya başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem niteliğinde olduğu hususunda bir inceleme yapılmadığı ve gerekli özenin gösterilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

69. Buna göre başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin *"Kararlar"* kenar başlıklı (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."*

71. Başvurucu, hak ihlalinin tespiti ve uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılması ile lehine 84.886,78 TL tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

72. Başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

73. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

74. Başvurucu tarafından maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

75. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 13/10/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MELAHAT KARKİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/17751)

Karar Tarihi: 13/10/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 30/11/2016-29904

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Şermin BİRTANE
Başvurucu	:	Melahat KARKİN
Vekili	:	Av. Kemal BALCIOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, aile konutu niteliği taşıyan konutun satışına karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/11/2014 tarihinde İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/4/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvurunun bir örneği bilgi için 25/3/2016 tarihinde Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık tarafından başvuru hakkında görüş bildirilmemiştir.

5. İkinci Bölüm tarafından 22/9/2016 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun niteliği itibarıyla 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

A. Olaylar

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

7. Başvurucunun eşine ait olan ve başvurucu tarafından 2001 yılından beri aile konutu olarak kullanıldığı iddia edilen taşınmazda 25/12/2003 tarihinde bir banka lehine ipotek tesis edilmiştir.

8. İpotekle temin edilen borcun ödenmemesi üzerine İzmir 13. İcra Müdürlüğünün E.2009/3128 sayılı dosyası üzerinde ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe başlanmış ve 14/5/2010 tarihli ihalede konut, lehine ipotek tesis olunan bankaya ihale olunmuştur.

9. Başvurucu tarafından 20/5/2010 tarihli dilekçe ile söz konusu konutun aile konutu niteliği taşıdığı, konutta çocukları ile birlikte ikamet

etmekte olduğu, aile konutu üzerinde bilgi ve rızası olmaksızın eşi tarafından banka lehine ipotek tesis ettirildiği, söz konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığının lehine ipotek tesis edilen ve basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan Banka tarafından bilindiği zira ipoteğin tesisi aşamasında ilgili banka bünyesinde çalışan uzmanlarca kıymet takdirine ilişkin rapor tanzim edildiği, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin iyi niyetin korunması ile ailenin korunması arasında tercih yaparken ailenin korunmasına öncelik verdiği belirtilerek söz konusu ipoteğin kaldırılması talebiyle dava açılmıştır.

10. İzmir 13. Aile Mahkemesinin 10/11/2010 tarihli ve E.2010/460, K.2010/1070 sayılı kararı ile davanın kabulüne hükmedilmiş olup karar gerekçesi şöyledir:

"İncelenen tüm dosya kapsamından, davanın M.K'nun 194. maddesi ile koruma altına alınmış aile konutu üzerindeki eşin haklarına rağmen aile konutuna davacı eşin rızası ve bilgisi haricinde konulan ve aile konutunun elden çıkması ile sonuçlanabilecek ipoteğin fekki istemiyle açıldığı;

Davalı banka ile davacının eşi C. K.'nın kredi ilişkisi içerisinde bulunduğu, bu ilişki çerçevesinde davalı bankanın verdiği krediye karşılık olarak davacının aile konutu olduğu subute eren ve davalı banka tarafından yapılacak basit bir araştırma ile kolaylıkla öğrenilebilecek niza konusu … bölüm nolu dubleks mesken tapu kaydına 1. derece ipotek koydurduğu, ipotek işleminden davacı eşin bilgisi ve rızası bulunduğunun kanıtlanamadığı, bu durumun Türk M.K'nun 194. maddesiyle koruma altına alınan eşin aile konutu üzerindeki haklarını ihlal ettiği, davalı bankanın yasaca korunan bu hakkı bilmemesinin düşünülemeyeceği gibi basiretli davranış gösterip gerekli özenle araştırma yapmadığının, bu suretle iyi niyet savunmasında bulunmasının kabul edilebilir olmadığının anlaşılması karşısında davacı talebinin kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesine karar verilmek gerekmiştir."

11. Söz konusu karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24/1/2012 tarihli ve E.2011/6402, K.2012/1112 sayılı kararı ile eksik harcın ikmal ettirilmediği ve kayıt maliki eş davaya dâhil edilmeksizin karar verildiğinden bahisle bozulmuştur.

12. Bozma kararı sonrasında yapılan yargılama neticesinde Mahkemenin 18/10/2012 tarihli ve E.2012/412, K.2012/801 sayılı kararı ile yeniden

davanın kabulüne hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde 10/11/2010 tarihli ve E.2010/460, K.2010/1070 sayılı kararda yer alan unsurlara aynen yer verilmiştir.

13. Bu karar da Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9/7/2013 tarihli ve E.2013/394, K.2013/19535 sayılı kararı ilebozulmuş olup bozma gerekçesi şöyledir:

*"Mahkemece, davacı kadının rızası alınmadan davalı koca adına tapuda kayıtlı olan ve **aile konutu niteliğindeki** taşınmaza, diğer davalı banka tarafından ipotek konulduğu belirtilerek davanın kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına karar verilmiştir. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK md. 6). İpotek tesisine ilişkin işlemden önce taşınmazın tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna ilişkin bir şerh bulunmamaktadır. Davalı kocanın iş yeri için kullanmış olduğu kredinin teminatı olarak 25.12.2003 tarihinde 50.000 TL için ipotek tesis edildiği, daha sonra 31.05.2004 tarihinde ipotek bedelinin 80.000 TL'ye, 12.10.2006 tarihinde de 400.000 TL'ye çıkartıldığı, dava konusu taşınmazın İzmir 13. İcra Müdürlüğünün 2009/3128 esas sayılı dosyasında, iş bu davadan önce 14.05.2010 tarihinde cebri icra yoluyla satışının yapıldığı ancak İzmir 7. İcra (Hukuk) Mahkemesinde görülen ihalenin feshi davası nedeniyle satışın kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Davalı banka iyiniyetli olduğunu savunduğuna göre; kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda (TMK md.3) aslolan iyiniyetin varlığıdır. Bu durumda davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımı iyi niyetli ise korunur (TMK md. 1023). Davacı, davalı bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlayamamıştır. Bu durum nazara alınmadan, davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir."*

14. Bozma kararı sonrası yürütülen yargılama neticesinde bozmaya uyularak Mahkemenin 20/12/2013 tarihli ve E.2013/825, K.2013/929 sayılı kararı ile dava reddedilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

"Tarafların iddia ve savunmaları, nüfus kaydı, tanık anlatımları, kredi dosyası, tapu kaydı, aile sicil beyannamesi, ikametgah belgeleri, ipotek belgesi ve tüm dosya kapsamı incelenerek yapılıp bitirilen yargılama sonunda davacı talebinin kabulü ile ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalıya yükletilmesine, mahkememizin 10/11/2010 gün, 460 E. - 1070 K. sayılı kararı karar verilmiştir.

Karar davalı banka vekilince temyiz edilmiş, Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yapılan temyiz incelemesi sonunda 24/01/2012 gün, 2011/6402 Esas -2012/1112 Karar sayılı kararla nispi harca tabii davada eksik harcın Harçlar Kanunun 30-32. maddesi gereğince ikmal ettirilmeden ve kayıt maliki eş C. K. davaya dahil edilmeksizin karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğundan bahisle kararın bozulmasına hükmolunmuş; Bozmaya uyularak ve davalı C. K.nın yokluğunda yapılıp bitirilen yargılama sonunda İncelenen tüm dosya kapsamından, davanın, M.K'nun 194. maddesi ile koruma altına alınmış aile konutu üzerindeki eşin haklarına rağmen aile konutuna davacı eşin rızası ve bilgisi haricinde konulan ve aile konutunun elden çıkması ile sonuçlanabilecek ipoteğin fekki istemiyle açıldığı;

*Davalı banka ile davacının eşi C. K.'nın kredi ilişkisi içerisinde bulunduğu, bu ilişki çerçevesinde, davalı bankanın verdiği krediye karşılık olarak davacının **aile konutu olduğu sübuta eren** ve davalı banka tarafından yapılacak basit bir araştırma ile kolaylıkla öğrenilebilecek niza konusu … bağımsız bölüm nolu dubleks mesken tapu kaydına 1. derece ipotek koydurduğu, ipotek işleminden, davacı eşin, bilgisi ve rızası bulunduğunun kanıtlanamadığı; bu durumun Türk M.K'nun 194. maddesiyle koruma altına alınan eşin aile konutu üzerindeki haklarını ihlal ettiği, davalı bankanın yasaca korunan bu hakkı bilmemesinin düşünülemeyeceği gibi basireti davranış gösterip gerekli özenle araştırma yapmadığının, bu suretle iyi niyet savunmasında bulunmasının kabul edilebilir olmadığının anlaşılması karşısında mahkememizin 18/10/2012 gün, 412 Esas - 801 Karar sayılı kararı ile davacı talebinin kabulüne, ipoteğin kaldırılmasına, yargılama giderlerinin davalılara yükletilmesine karar verilmiştir.*

Bu karar davalı banka vekilince temyiz edilmekle Yargıtay 2. Hukuk Dairesince incelenmiş 09/07/2013 gün 394 E - 19535 K. Sayılı kararla davalı kocanın iş yeri için kullanmış olduğu kredinin teminatı olarak 25/12/2003 tarihinde 50.000,00 lira için bilahare 31/05/2004 tarihinde 80.000,00 lira için ve nihayet 12/10/2006 tarihinde 400.000,00 lira alacak için dava konusu taşınmaza ipotek konulduğu, borcun ödenmemesi üzerine taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımının iyi niyetli olup aksinin kanıtlanamadığı nazara alınarak kararın bozulmasına hükmolunmuştur.

Bozmaya uyularak yapılan yargılamada; bozma ilamında ifade olunan gerekçeler çerçevesinde ve davalılardan V. A.Ş'nin iyi niyetli olduğu ve daha önemlisi diğer davalı C. K.'nın korunup kollanması gereken ve davacı eşinin

aleyhine aile konutunu elden çıkarma doğrultusunda kötü niyetle hareket etmediği, davalı kocanın ailenin geçimi için diğer davalı bankadan kullandığı ticari kredilerin yıllara sari teminatı olarak üst üste ve kesintisiz ipotek verilip, aile için kullanılmadığı iddia ve ispat olunmayan borcun ödenmemesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yoluna gidildiği; gelinen bu aşamada esasen davacı eş M.'nin iyi niyeti konusunda duraksama yaşandığı dikkate alınarak kanıtlanamayan davanın reddine, yargılama giderlerinin davacıya yükletilmesine karar verilmek gerekmiştir."

15. Temyiz incelemesi sonucunda söz konusu karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/4/2014 tarihli ve E.2014/6851, K.2014/8888 sayılı kararıyla onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi, aynı Dairenin 8/9/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

16. Ret kararı başvurucuya 10/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, 7/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

17. İzmir 13. İcra Dairesi tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 17/6/2016 tarihli yazıda başvuruya konu taşınmazın yapılan açık artırma neticesinde satılarak paraya çevrildiği, ihalenin feshi davasının reddine ilişkin İzmir 7. İcra Hukuk Mahkemesinin 30/12/2015 tarihli ve E.2015/953, K.2015/1104 sayılı kararının Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 27/04/2016 tarihli ve E.2016/7574, K.2016/12382 sayılı kararıyla onandığı ve aynı tarihte kesinleştiği ancak taşınmazın ihale alacaklısı adına tescil işlemlerinin henüz gerçekleştirilmediği belirtilmiştir.

B. İlgili Hukuk

1. İlgili Mevzuat

18. 4721 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin evlilikte mal rejimine dair ilgili kısmı şöyledir:

"...Milyonlarca kadın tarlada çalışarak veya evde en ağır işleri görerek yarattıkları artı değere sahip olamamaktadır. Evlilik döneminde elde edilen taşınmaz mallar genellikle kocanın adına tapuya kaydolmakta ve gelirler kocanın banka hesabına geçirilmektedir. Evliliğin boşanma veya ölüm ile sona ermesi halinde kadın ortada kalmaktadır. Kadının çabası her zaman gözle görünen bir kazanç veya gelir şeklinde ortaya çıkmayabilir. O nedenle, bugünkü düzen sosyal adalet ve eşitlik ilkesine aykırıdır..."

19. 4721 sayılı Kanun'un"*Aile konutu*" başlıklı 194. maddesi şöyledir:

"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."

20. Anılan hükmün gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarım etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakların buna benzer diğer hukukî işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlanmasını diğer eşin nzasına bağlamıştır. Maddede, aile konutunu eşlerden birinin kiralaması hâlinde, diğer eşin bir bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelmesi öngörülmektedir... bizde evliliğinin devamı sırasında da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin mağdur olması gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm evlenmenin hükümleri kısmında ele alınmıştır

Diğer eşin kanunun kendisine tanımış olduğu rıza verme yetkisini haklı sebep olmaksızın eşinden esirgemesi, bu yolla hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bunun önlenmesi için de maddenin ikinci fıkrasında böyle bir rızaya muhtaç olan eşe hâkime başvurma yetkisi tanınmıştır."

21. 4721 sayılı Kanun'un "*Aile konutu ve ev eşyası*" başlıklı 240. maddesi şöyledir:

"Sağ kalan eş, eski yaşantısını devam ettirebilmesi için, ölen eşine ait olup birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edil-

mek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir; mal rejimi sözleşmesiyle kabul edilen başka düzenlemeler saklıdır.

Sağ kalan eş, aynı koşullar altında ev eşyası üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya ölen eşin yasal mirasçılarının istemiyle intifa veya oturma hakkı yerine, konut üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir.

Sağ kalan eş, mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır."

22. 4721 sayılı Kanun'un "*İptal veya boşanma hâlinde*" başlıklı 254. maddesi şöyledir:

"Evliliğin iptal veya boşanma kararıyla sona erdirilmesi hâlinde, ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ve eşler arasında eşit olarak paylaşma konusu olan konutta kalmaya ve ev eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda eşler anlaşabilirler. Konutta kalma hakkını elde eden eş, bu hakkın tapu kütüğüne şerh edilmesini isteyebilir.

Eşlerin aile konutunda kimin kalmaya ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları hâlinde, hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verir; bu kararında kalma ve kullanma süresini belirleyerektapu kütüğüne şerhi için tapu memurluğuna bildirir.

Hâkim aksine karar vermedikçe hak, belirlenen sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer. Ancak, bu süre sona ermeden yararlanan tarafın durumunda değişiklik olması hâlinde, diğer taraf hâkimden, kararın gözden geçirilmesini isteyebilir.

Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verilir."

23. 4721 sayılı Kanun'un "*Ölüm hâlinde*" başlıklı 255. maddesi şöyledir:

"Eşlerden birinin ölümü hâlinde, paylaşma konusu olan mallar arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras ve paylaşmadan doğan hakkına mahsup edilmek ve yetmezse bir bedel eklenmek suretiyle mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde sağ kalan eşin veya ölenin diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Sağ kalan eş, miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek veya sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hükümleri saklıdır."

24. 4721 sayılı Kanun'un "*Aile konutu ve ev eşyası*" başlıklı 279. maddesi şöyledir:

"Eşlerin birlikte yaşadıkları konut veya ev eşyası ortaklık mallarına dahil ise, sağ kalan eş, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eş veya ölenin diğer yasal mirasçılarının istemiyle bunlar üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınabilir.

Mal ortaklığı rejiminin ölüm dışındaki bir sebeple son bulması hâlinde, eşlerden her biri, üstün bir yararının varlığını ispat etmek suretiyle aynı istemleri ileri sürebilir."

25. 4721 sayılı Kanun'un "*Mühürleme*" başlıklı 591. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Tereke mühürlenirken miras bırakanla birlikte oturanların ihtiyaçları için gerekli eşya bir tutanakla tespit edilip güvenilir kişi olarak kendilerine bırakılır; taşınmazların onların oturmaları için zorunlu olan bölümleri, mühürlemenin dışında tutulur."

26. 4721 sayılı Kanun'un "*Aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi*" başlıklı 652. maddesi şöyledir:

"Eşlerden birinin ölümü hâlinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut varsa; sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir.

Haklı sebeplerin varlığı hâlinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılarından birinin istemi üzerine, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir.

Miras bırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği ve altsoyundan birinin aynı meslek ve sanatı icra etmesi için gerekli olan bölümlerde, sağ kalan eş bu hakları kullanamaz. Tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri saklıdır."

2. İlgili Yargı Kararları

27. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 11/3/2013 tarihli ve E.2012/14380, K.2013/6484 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava konusu taşınmazın tapu kaydında ipotek tesisine ilişkin işlemden önce aile konutu olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilmiş olan banka iyi niyetli ise bu kazanımının korunacağında kuşku yoktur (TMK md.1023). Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır (TMK md.3/1)…"

28. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/4/2015 tarihli ve E.2013/2-2056, K.2015/1201 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava, aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalının 15.06.1982 tarihinden bu yana evli olduklarını, davalı eş adına tapuda kayıtlı olup 1997 yılından itibaren müşterek çocukları ... ile birlikte yaşadıkları ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nun 194. maddesi anlamında aile konutu niteliğinde bulunan taşınmazın, davalı eş tarafından müvekkilinin bilgisi ve muvafakati dışında, dava dışı ... Makine Boya San. Tic. Ltd. Şti. ile diğer davalı ... Bankasıarasında imzalanan kredi sözleşmesinin teminatı olarak davalı banka lehine ipotek ettirildiğini, kredi borcunun ödenmemesi üzerine davalı bankaca başlatılan icra takibi üzerine bu durumdan haberdar olunduğunu, davalıların kötüniyetli olduklarını, müvekkilinin ipotek işlemine açıkça muvafakatinin bulunmadığını ileri sürerek, aile konutu üzerine konulan ipoteğin kaldırılmasını ve icra takibinde taşınmazın satışının teminatsız olarak durdurulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı ...Bankası vekili, dava konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu olduğuna dair bir şerhin bulunmadığını, müvekkili bankanın iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, TMK'nın 194/1. maddesinde eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının herhangi bir öneminin bulunmadığı, eldeki davada davacı eşin rızası alınmaksızın aile konutunun ipotek olarak davalı eş tarafından gösterilmesinin TMK'nın 194/1 maddesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle davanın kabulü ile dava konusu aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılmasına dair verilen karar, davalı ...Bankası vekilinin temyizi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesince yukarıda açıklanan nedenlerle oyçokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçelerle ipoteğin kaldırılmasına dair ilk kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davalı ...Bankası vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ipotek işleminin davacı ve ipotek veren davalı ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasına göre, bu hususun davacının ipotek işleminden haberdar olup bu işleme muvafakat ettiği anlamına gelip gelmediği noktasında toplanmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır.

Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir.

TMK'nın 193. maddesi ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte TMK'nın 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin

rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, "aile birliğinin" korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir.

TMK'nın 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle sözkonusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 41-42 sh.).

Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin açık rızası şarttır.

Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir…."

29. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6/4/2016 tarihli ve E.2015/26117, K.2016/6947 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" Davacı malik olmayan eş, aile konutu niteliğinde bulunan taşınmazın, malik olan davalı eş tarafından "açık rızası bulunmadan" davalı banka lehine ipotek ettirildiğini ileri sürerek, aile konutu üzerine konulan ipoteğin kaldırılmasını talep etmiş, davalı banka ise dava konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu olduğuna dair bir şerhin bulunmadığını, bankanın iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde, bankanın kötü niyetinin ispatlanamadığı gerekçesi ile talebinin reddine karar verilmiştir. ***Hukuk Genel Kurulu "emsal davalarda" gerekçesi aşağıya "aynen" alınan 2013/2- 2056 esas, 2015/1201 karar ve 15.04.2015 günlü kararı ile "yeni bir uygulamaya" geçmiştir.*** *Hukuk Genel Kurulunun benzer davalarda da sürdürülen yeni uygulaması Dairemiz tarafından da benimsenmiş olup Dairemiz emsal bütün davalarda Hukuk Genel Kurulunun aşağıdaki görüşlerine aynen katılmaktadır. Emsal Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan yerel mahkemenin "direnme gerekçesinde" açıkça belirtildiği üzere Türk Medeni Kanununun 194. madde hükmü ile* ***eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır.*** *4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi "konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir.* ***Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır****.*

Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, "emredici" niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem için verilebilir.Türk Medeni Kanununun 193. hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü ki-

şilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte Türk Medeni Kanununun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, ***"aile birliğinin korunması" amacıyla*** *sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça" aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına" bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma "ancak diğer eşin açık rızası alınarak" yapılabilir.*

Türk Medeni Kanununun 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak ***maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir*** *(Mustafa Alper GÜMÜŞ, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, s. 41-42). Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin "açık rızası" şarttır.*

Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin "açık rızası" alınmadan yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere "geçerli olduğunu" kabul etmek imkansızdır. Eş söyleyişle ***eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur.*** *Hal böyle olunca, mahkemece Hukuk Genel Kurulunca benimsenen yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılmasına ve taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır…."*

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 13/10/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; Anayasa'nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevlerinin açıkça belirtildiğini, bu kapsamda devletin aileyi koruyucu ya-

sal düzenlemeler yapmakla görevli olduğunu, konut dokunulmazlığının hangi gerekçelerle sınırlandırılabileceğinin Anayasa'da açıkça ifade edildiğini ve bu düzenleme dışında herhangi bir gerekçe ile konuta dokunulamayacağını belirtmiştir. Ayrıca yasaların aile konutuna özel bir önem verdiğini, aile konutu için özel bir koruma öngörüldüğünü, bu konutun kaybının genellikle kadın eş ve çocukların zarar görmesine neden olduğunu ve bu durumda Anayasa'nın 41. maddesindeki düzenlemeye rağmen kadın ve çocukların korunması hususunda zaafiyet yaşandığını ifade etmiştir. Başvurucu ikinci bozma kararına karşı yaptığı ve reddedilen karar düzeltme başvurusunda verilen karşıoyda davalı bankanın tacir olduğu, her tacirin ticaretiyle ilgili faaliyetlerinde basiretli davranma yükümlülüğünün bulunduğu, bu sebeple kendisinden beklenen özeni göstermeyen bankanın iyi niyet iddiasında bulunamayacağı, ayrıca davalı bankanın ipotek tesisinden önce konuta eksper gönderdiği ve konutun aile konutu olduğunu bu yolla öğrendiğinin dosya kapsamıyla belli olduğu gerekçesine yer verildiğini, karşıoy gerekçesinde de belirtildiği üzere bankanın iyi niyetli olduğundan söz edilemeyeceğini, Derece Mahkemesinin ilk kararında Bankanın iyi niyetinin korunmayacağına karar verilmişken son kararında başvurucunun iyi niyeti hususunda tereddüt oluştuğundan bahisle ret kararı verildiğini, bu tespitler ve 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmüne rağmen aile konutu üzerinde sınırlama yapıldığını belirterek Anayasa'nın 5., 10., 13., 17., 21., 35., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

32. 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 tarafından Anayasa'nın 5., 10., 13., 17., 21., 35., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber ihlal iddialarının mahiyeti gereği, başvurunun aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

34. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

35. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

36. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesine bakıldığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

37. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlü-

lükler bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılgan*, § 26; *Marcus Frank Cerny*, § 40; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55).

38. Anayasa'da pozitif yükümlülüklere işaret eden çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5. maddesinde "*(…), kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*" ifadelerine yer verilmektedir. Ayrıca,Anayasa'nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında yer verilen "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. (...)*" düzenlemeleri ile 16., 42., 48., 56., 57., 60., 63. ve 130. maddelerinde yer verilen düzenlemeler gerçekleştirme yükümlülüklerini ortaya koyan ifade ve hükümlerdir.

39. Bu bağlamda somut başvuru da dikkate alınarak ayrıca üzerinde durulması gereken düzenleme, Anayasa'nın 41. maddesidir. Söz konusu düzenlemede yer verilen "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*" ifadesinde, kamusal makamların aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki gerçekleştirme yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. 41. madde gerekçesinde de "*Ailenin sosyal yapısının yanı başında bugün millet hayatında oynadığı rol, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kılmıştır…Millet hayatı bakımından «aile» kutsal bir temeldir. Bu nedenle Devlet, ailenin refahını ve huzurunu koruyacaktır. Aileler için tanınan vergi indirimleri ve kolaylıkları veya çeşitli yardımlar ailenin refahına hizmet amacı taşır…Madde, kanun koyucuya aileyi milletin temeli olarak koruma, refahı ve huzurunu sağlama ödevini de yüklemektedir.*" ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

40. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin sağlan-

ması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddenin ikinci fıkrasında da devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ana ve çocuklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı açıkça belirtilmektedir.

41. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (*Murat Atılgan*, § 24; *Marcus Frank Cerny*, § 38).

42. Anne, baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup devletin aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğine ilişkin olarak bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır.

43. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği mümkün değildir. Özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda "saygı" kavramının gerekleri olaydan olaya önemli ölçüde değişmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 43; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

44. Ayrıca devletin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin sınırsız olmadığı da vurgulanmalıdır. Pozitif yükümlülüklerinden söz edebilmek için devletin alması gereken önlemler ile bireyin özel ve/veya aile hayatı arasında doğrudan ve yakın bir bağ kurulabilmesi gerekmektedir (*Botta/İtalya* (k.k.), B. No: 21439/93, 24/2/1998, § 34; *Zenhalova ve Zenhal/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 38621/97, 14/5/2002).

45. Bu kapsamda toplumun ihtiyaç ve beklentilerini en iyi şekilde bilebilecek durumda olan devletin, aile hayatına saygı hakkı bağlamında Anayasa'dan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini gerçekleştirme ve"-saygı" kavramının gereklerini yerine getirmek için alınacak önlemleri seçme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

46. Aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından her iki durum yönünden de aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre, aile hayatına *"saygının"* gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir (*Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 41; *Lopez Ostra/İspanya,* B. No: 16798/90, 9/12/1994,§ 51; *Evans/ Birleşik Krallık* [BD], B. No: 6339/05, 10/4/2007, § 75, *Hristozov ve diğerleri/ Bulgaristan*, B. No: 47039/11, 358/12, 13/11/2012, § 117).

47. Bu dengenin mevcut olup olmadığının tespitinde söz konusu menfaatleri karşı karşıya getiren meşru amacın irdelenmesi gerekebilir. Bu meşru amacın belirlenmesinde ise konuyla ilgili mevzuat yol gösterici olacaktır (*Rees/Birleşik Krallık*, B. No: 9532/81, 17/10/1986, § 37;*Evans/Birleşik Krallık,* § 75, 76).

48. Bu çerçevede somut olayla ilgili olarak devletin aile konutunu eşlerin ve üçüncü şahısların tasarrufları karşısında koruma şeklinde bir pozitif yükümlülüğü olup olmadığı sorusu cevaplandırılmalıdır. Bunun için öncelikle ilgili mevzuat çerçevesinde aile konutunun hukuki niteliği incelenmelidir.

49. Aile konutu kavramı, 4721 sayılı Kanun ile Türk hukukuna kazandırılmıştır. Bazı yabancı hukuk sistemlerinde daha uzun bir geçmişe sahip olmakla birlikte Türk hukuku yönünden nispeten yeni bir hukuki müessesedir.

50. 4721 sayılı Kanun'da aile konutunun tanımı yapılmamakla beraber Kanun'un gerekçesinde aile konutu "*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan*" şeklinde tanımlanmıştır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 11/6/2002 tarihli ve 2002/7 sayılı, *"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu"* konulu Genelge'sinin I/3. maddesinde ise aile konutu ile ilgili olarak "*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekân*" tanımına yer verilmiştir.

51. Yargıtay ise birçok kararında aile konutunu "*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, acı, tatlı günlerini yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekân* ", "*eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürmeleri için ay-*

rılan ve aynı konutta iki tarafın da yaşama hakkını güvenceye alan hukuksal bir kurum" olarak tanımlamaktadır (*Y.2.H.D.*, 2/2/2006 tarihli ve E.2005/16473, K.2006/799).

52. Sadece eşlerden birinin mülkiyetinde olsa bile aile konutu tüm aile bireylerince kullanılmakta yani tüm aile bireylerinin aile konutu üzerinde birlikte zilyetlikleri söz konusu olmaktadır. Ailenin sosyal ve ekonomik yaşamı açısından son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutluluğu ve çocukların geleceği için bir güvence, evlilik kurumunun ve aile hayatının bir arada sürmesini sağlayan ve aileyi bir çatı altında toplayan en önemli unsurlardan biriolarak görülmektedir.

53. Eşlerin acı tatlı günlerini bu konutta yaşamakta olduğu, sosyal ilişkilerini ve dış çevreyle olan münasebetlerini bu konut ekseninde gerçekleştirdiği, kişisel ve sosyal gelişimlerini bu konut çerçevesinde sürdürdükleri dikkate alındığında yadsınamayacak ölçüdeki ekonomik öneminin yanı sıra aile konutunun eş ve çocuklar yönünden manevi ve duygusal değerinin de bulunduğu açıktır. Çoğu olayda kadın eşin çocukları ile barındığı mekân konumunda olan aile konutunun -yukarıda belirtilen önemi de dikkate alındığında- birliğin devamı sırasında özensizce elden çıkarılması büyük sıkıntılara yol açabilmektedir.

54. Birey ve toplum hayatında yukarıda belirtilen önemi haiz olan bu müesseseye ilişkin olarak 4721 sayılı Kanun'da çeşitli düzenlemeler getirilmiştir (bkz. §§ 19-26). Bu düzenlemelerden en dikkat çekici olanı aile konutunu koruma altına alan 194. madde hükmüdür.Bu maddede eşlerden birinin -diğer eşin açık rızası bulunmadıkça- aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramayacağı kuralı konulmuştur. Maddede ayrıca aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhinverilmesini isteyebileceği, aile konutunun eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmış olması hâlinde ise sözleşmenin tarafı olmayan eşin kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği belirtilmiştir. Bu şekilde malik olmasa dahi diğer eşin de aile konutu üzerinde söz sahibi olması sağlanmıştır. Böylece konut üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve çocukların barınmaları ve aile yaşamının ortak çatı altında bir arada sürdürülebilmesi hukuken etkin bir güvenceye kavuşturulmuştur.

55. Böylece konut, ailenin ondan mahrum kalmasına yol açacak işlemlere karşı korunarak aile yaşamının korunması da sağlanacaktır. 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin gerekçesinde de bu denli önemli bir mal varlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemler yapmasının diğer eşin önemli yararlarını etkileyeceği, bu nedenle maddede yer alan koruma imkânlarının getirildiği açıkça belirtilmiştir. Buna göre eşlerin hukuki işlem özgürlüğü "aile birliğinin" korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre aile konutunun maliki olan eş tek başına, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde aile konutunun ipotek edilmesi gibi bir işlemle sınırlandırma yapamayacak ve bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilecektir.

56. Aile üyelerinin birlikte yaşama arzu ve iradesiyle belirledikleri ve tüm yaşamsal ilişkilerini geliştirdikleri fiziksel mekanın kaybı hâlinde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin büyük zarar göreceği açıktır. 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesi de dâhil olmak üzere belirtilen tüm bu düzenlemeler kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin icrası ve etkili bir temel hak korumasının sağlanması amacıyla aile konutuna ilişkin özel düzenlemelere yer verildiği, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün bu müessese bağlamında sınırlandırıldığı ve aile konutu bağlamında yer verilen düzenlemelerle esasen konut ekseninde aile yaşamının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

57. Sonuç olarak 4721 sayılı Kanun'un 194. madde hükmü ve gerekçesi dikkate alındığında yasa koyucu tarafından Türk toplumunun yapısı ve ihtiyaçları gözetilerek aile konutuna ilişkin getirilen hükümler vasıtasıyla aile yaşamının ve aile birliğinin korunması ve eşlerin bir arada yaşamalarını sağlayacak tedbirlerin alınmasının amaçlandığı söylenebilir. Devletin Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinden doğan aile hayatına saygıyı tesis etme konusundaki pozitif yükümlülüğünü gerçekleştirme vasıtalarından biri olarak 4721 sayılı Kanun hükümleriyle aile konutuna özel ve ayrı bir koruma sağlamayı tercih ettiği görülmektedir. Bu durumda aile hayatına saygı hakkı bakımından kamu makamlarının, her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde aile konutunun korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri söz konusu olabilecektir.

58. Belirtilen nedenlerle somut başvurunun aile hayatına saygı hakkı bağlamında ve kamusal makamların pozitif yükümlülükleri çerçevesinde değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

b. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

59. Somut başvuru açısından 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinde yer verilen hükümler vasıtasıyla aile yaşamının merkezi hâline getirdiği ve kaybı hâlinde aile bireylerinin barınma haklarının ve aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin tehlikeye gireceği konut bağlamında birtakım koruyucu düzenlemeler getirilerek bu düzenlemeler vasıtasıyla aile yaşamının korunmasının amaçlandığı görülmektedir. Aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde kullanımı ve korunması hususundaki pozitif yükümlülükler çerçevesinde getirilen söz konusu düzenleme ile aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde korunması ve bu kapsamda aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğinin sağlanması hususunda gerekli yasal alt yapının oluşturulduğu görülmektedir.

60. Bununla birlikte söz konusu yükümlülükler, belirtilen düzenlemelerin hayata geçirilmesi ile tamamlanacağından özellikle özel hukuk ilişkileri açısından temel hakların söz konusu ilişkilerin yorumlanmasında da gözönünde bulundurulması, gerekli usule ilişkin güvenceleri de haiz olan bir yargılama yapılması ayrıca yargı makamları tarafından Anayasa hükümlerinde ifade edilen değerlerin özel hukukun hüküm ve kavramlarının yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir.

61. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun temel hak ve özgürlüklere etkilerini değerlendirmekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin ilgili mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi aile konutu ve korunmasına ilişkin hükümlerin yorumlanması ve uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir yetkileri kapsamında aldıkları kararları aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olan güvenceler açısından değerlendirmektir.

62. Derece mahkemelerinin, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir.

Derece mahkemelerinin takdir yetkilerini yukarıda ifade edilen şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu özellikle değerlendirmek durumunda olan Anayasa Mahkemesi, takdiri haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*Murat Atılgan*, § 44; *N. Ö.*, B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 55; *Marcus Frank Cerny*, § 83; *Bronda/İtalya*, B. No: 22430/93, 9/6/1998, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

63. Yargı makamlarınca uyuşmazlığın özenli şekilde incelenmesi, ilgili tarafların katılım haklarına riayet edilerek iddia, savunma ve delillerinin gereği gibi değerlendirilmesi ve takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulması zaruridir. Bu kapsamda yargısal makamlar tarafından ilgili tüm unsurlar incelenmeli ve ilgili menfaatler arasında bir dengeleme yapılmalıdır.

64. Başvuru konusu yargısal sürecin incelenmesinden başvurucunun eşine ait olan ve başvurucu ile ailesi tarafından kullanılan taşınmazda 25/12/2003 tarihinde bir banka lehine ipotek tesis edildiği, ipotekle temin edilen borcun ödenmemesi üzerine ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibi işlemlerinin yürütüldüğü, başvurucu tarafından söz konusu ipoteğin kaldırılması talebiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır.

65. Başvurucunun; söz konusu yargılamada konutun aile konutu niteliğini taşıdığı, konutta çocukları ile birlikte ikamet etmekte olduğu, aile konutu üzerinde bilgi ve rızası olmaksızın eşi tarafından banka lehineipotek tesis ettirildiği, söz konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığının lehine ipotek tesis edilen ve basiretli bir tacir gibi davranma yükümlülüğü bulunan Banka tarafından bilindiği zira ipoteğin tesisi aşamasında ilgili banka bünyesinde çalışan uzmanlarca kıymet takdirine ilişkin rapor tanzim edildiği, 4721 sayılı Kanun'un 194. maddesinin iyi niyetin korunması ile ailenin korunması arasında tercih yaparken ailenin korunmasına öncelik verdiği hususlarını ileri sürdüğü görülmüştür.

66. Yargılama sonucunda Derece Mahkemesince Yargıtayın bozma kararına uyulmuş olup taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu anlaşılmakla birlikte Kanun'da aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olduğu, ipotek tesisine ilişkin işlemden önce taşınmazın tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığı, davalı Banka iyi niyetli ol-

duğunu savunduğuna göre Kanun'un iyi niyete sonuç bağladığı durumlarda esas olanın iyi niyetin varlığı olduğu, bu durumda davalı bankanın ipoteğe ilişkin kazanımının iyi niyetli ise korunacağı, başvurucunun davalı Bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlayamadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir.

67. Yargıtay kararlarında somut olayda olduğu gibi tapu kaydına aile konutu şerhinin konulmadığı durumlarda aile konutunun üçüncü şahıslarca edinilmesi yönünden 4721 sayılı Kanun'un iyi niyete dair hükümleri dikkate alınmakta iken Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/4/2015 tarihli ve E.2013/2- 2056, K.2015/1201 sayılı kararı ile yeni bir uygulamaya geçildiği, buna göre aile konutunun maliki olan eşin aile konutu üzerinde yapacağı tasarruflara diğer eşin açık rızasının bulunduğunun ispatlanmasının gerekli olduğu yaklaşımının benimsendiği anlaşılmıştır. Bu doğrultuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15/4/2015 tarihinden sonraki kararlarında 4721 sayılı Kanun'un 194. madde hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyi niyetli olup olmamasının da herhangi bir öneminin bulunmadığı yolundaki görüşü kabul ettiği görülmektedir.

68. Belirtilen tarihten sonra yargısal uygulamanın yön değiştirdiği ve farklı bir yorum tarzının benimsendiği görülmektedir. Bununla birlikte somut olayda anılan içtihat değişikliğinin gerçekleştiği 15/4/2015 tarihinden önce nihai kararın verilmiş olduğu, aile konutuna ilişkin mevzuat hükümlerinin yanı sıra o tarihte Yargıtay tarafından kabul edilen "iyi niyet" hükümlerine dair açıklamalar uyarınca uyuşmazlığın ele alınarak sonuçlandırıldığı, uyuşmazlıkta başvurucunun eşinin ticari faaliyeti dolayısıyla söz konusu aile konutu üzerinde ipotek tesis ettirmek suretiyle aynı bankadan farklı tarihlerde üç kez kredi kullanmış olduğu, borcun ödenmemesi üzerine taşınmazın cebri icra yoluyla satıldığı, davalı Bankanın ipoteğe ilişkin kazanımının iyi niyetli olup aksinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Söz konusu yargılamada tarafların katılım haklarına riayet edilerek iddia, savunma ve delillerin değerlendirildiği ve takdirin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu anlaşılmıştır.

69. Ayrıca Derece Mahkemelerinin karar gerekçelerinin incelenmesinden tarafların hukuki menfaatleri arasında bir dengeleme yapıldığı ve

yargısal makamlarca takdirlerinin gerekçelerinin ayrıntılı şekilde ortaya konduğu, bu kapsamda kararlarda yer verilen tespit ve unsurlar itibarıyla aile hayatına saygı hakkı yönünden yargısal makamların takdir yetkilerinin sınırının aşıldığına ilişkin bir bulguya rastlanılmadığı anlaşılmaktadır.

70. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/10/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

HABERLEŞME HÜRRİYETİ (MD. 22)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

KEMAL YİĞİT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1700)

Karar Tarihi: 20/1/2016

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör Yrd.	:	Hikmet Murat AKKAYA
Başvurucu	:	Kemal YİĞİT
Vekili	:	Av. Esin ASLAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda avukata gönderilmek istenen mektubun alıcısına gönderilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ile haberleşme ve ifade hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 22/2/2013 tarihinde İzmir 10. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 16/6/2015 tarihinde, başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 16/6/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 3/7/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 29/7/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 10/8/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 13/8/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 174., 204. ve 302. maddeleri gereğince İzmir 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucu, 6/12/2012 tarihinde Başsavcılığın kararı doğrultusunda İzmir 2 No.lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiştir.

10. Başvurucu ile başvurucunun avukatı arasındaki vekâlet akdi 24/11/2006 tarihinde kurulmuş olup başvurucunun, avukatına göndermek istediği APS mektubu, İzmir 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunca sakıncalı olarak değerlendirilmiş ve Disiplin Kurulunun 12/11/2012 tarihli ve 2012/986 sayılı kararıyla mektubun gönderilmemesine karar verilmiştir.

11. İlgili mektup toplam 53 sayfa olup Türkçe dışında bir dille yazılmıştır.

12. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında anılan mektubu inceleyen İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (İnfaz Tüzüğü) 91. maddesinin

(3) numaralı fıkrasına ve Mektup Okuma Komisyonunca belirtilen nedenlere gönderme yaparak mektubun gönderilmemesine karar vermiştir.

13. Başvurucunun avukatına göndermek istediği belgenin Mektup Okuma Komisyonunca sakıncalı olarak görülme sebebi Disiplin Kurulu kararında şöyle belirtilmiştir:

"Türkçe dışında bir dil ile Kürtçe olduğu tahmin edilen dil ile yazıldığı, hükümlü Kemal Yiğit'in ceza infaz kurumumuzda kaldığı dönem içerisinde resmi makamlara ve diğer mercilere Türkçe olarak yazışmalarını yapabildiği, hükümlünün ceza infaz kurumumuzda yazılan metinleri tercüme edebilecek nitelikli personel olmadığını bildiği ve bu sebeple böyle bir yöntem seçtiği, söz konusu mektubun şahsın savunmasına yönelik olmadığı, içeriğinde savunmasına ilişkin herhangi bir resmi belgenin bulunmadığı, söz konusu mektubun Kürtçe bilen ancak herhangi bir sertifika ya da belgeye sahip olmayan personel tarafından tercüme edilebilen kısmında dışarıda bulunan sivil halkı eylemlere özendirmek istediği, silahlı terör örgütünün savaş stratejisi hakkında bilgiler içerdiği, örgüt propagandası içerdiği, örgütsel mücadeleye destek istediği tespit edilmiştir."

14. Başvurucu İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunun bu kararına karşı İzmir 1. İnfaz Hâkimliği nezdinde şikâyet başvurusunda bulunmuştur. İnfaz Hâkimliği 21/12/2012 tarihli ve E.2012/2434, K.2012/2516 sayılı kararla başvurucunun şikâyetini reddetmiştir. Şikâyetin reddedilme gerekçesi özetle şöyledir:

"İzmir 2 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu bulunan KEMAL YİĞİT'in Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 12/11/2012 tarih ve 986 sayılı kararına itirazına ilişkin 30/11/2012 tarihli dilekçesi hâkimliğimize gelmekle evrak incelendi.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Tutuklu tarafından İzmir 2 Nolu F Tipi Yüksek güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 12/11/2012 tarih ve 986 sayılı "mektubun verilmemesi" kararına itiraz edilmiştir.

Dosya içerisinde mevcut, itiraz eden tutuklu Kemal Yiğit tarafından Av. Esin Aslan'a gönderilen mektubun içeriği incelendiğinde ve içeriği dikkate alındığında, 'Pkk terör örgütünü bir kahraman gibi gösteren, öven, yücelten,

çeşitli ceza infaz kurumlarında kalmakta olan hükümlü/tutuklulardan şiir, makale gibi yazılar toplayarak ölen terör örgütü üyelerini ölümsüzleştirmeye çalışan, kişileri örgütsel mücadeleye teşvik eden, terör örgütü propagandası içeren cümlelerin bulunması' gerekçesiyle, Kurum Disiplin Kurulu Başkanlığının 12/11/2012 tarih ve 2012/986 sayılı kararının Kanun, Tüzük ve Yönetmeliklere uygun olduğu, itirazın reddine karar vermek gerektiği…"

15. Başvurucu, İnfaz Hâkimliğinin kararına karşı itiraz yoluna başvurmuştur. İtirazı inceleyen İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesi 16/1/2013 tarihli ve 2013/68 Değişik İş sayılı kararıyla İnfaz Hâkimliğinin kararındaki gerekçeye atıf yaparak kararın usul ve yasaya uygun olduğundan bahisle başvurucunun itirazının reddine karar vermiştir.

16. Anılan karar başvurucuya 5/2/2013 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 22/2/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

17. 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"(4) Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunun 220 nci, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edebilirler."

18. 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.

(2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir."

19. İnfaz Tüzüğü'nün 122. maddesi şöyledir:

"(1) 91 inci maddeye göre mektup alma ve gönderme hakkı kapsamında hükümlüler tarafından yazılan mektup, faks ve telgraflar, zarfı kapatılmaksızın bu işle görevlendirilen ikinci müdür başkanlığında, idare memuru ve yüksek okul mezunu iki infaz ve koruma memuru tarafından oluşturulan mektup okuma komisyonuna iletilmek üzere güvenlik ve gözetim servisi personeline verilir. Yapılan incelemeden sonra gönderilmesinde sakınca görülmeyen mektuplar üzerine "görüldü" kaşesi vurulur, zarf içerisine konularak kapatılır ve postaneye teslim edilir.

(2) Resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilenler hakkında 91 inci maddenin dördüncü fıkrası hükmü uygulanır.

(3) Hükümlülere gönderilen ve açılıp incelendikten sonra verilmesinde sakınca olmadığı anlaşılan mektup, faks ve telgraflar zarfları ile birlikte verilir."

20. İnfaz Tüzüğü'nün 91. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir. Ancak, hü-

kümlünün savunması için avukatına gönderilen mektup, faks veya telgraflar 84 üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen hâllerin gerçekleşmesi hâlinde, bu gönderiler hakkında da 84 üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen esas ve usuller uygulanır."

21. İnfaz Tüzüğü'nün 84. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendi şöyledir:

"2. 5237 sayılı Kanunun 220 nci maddesinde, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisinde avukatın savunmaya ilişkin olduğunu beyan ettiği belge ve dosyalar fiziki olarak aranabilir. Konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edebilirler."

22. 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun 6. maddesinin altıncı fıkrası şöyledir:

"İtiraz, infaz hakimliğinin kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine, ağır ceza mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması halinde (2) numaralı daireye yapılır. İnfaz hâkimi aynı zamanda bu mahkemenin üyesi olduğu takdirde itirazla ilgili karara katılamaz."

23. 5237 sayılı Kanun'un ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü bölümde yer alan 302. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 20/1/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu; avukatıyla yazışma hakkının engellendiğini, avukatına yazmış olduğu mektubun Cezaevi idaresince Kürtçe yazılar olduğu gerekçesiyle gönderilmediğini, herhangi bir tercümana çevirisi yaptırılmamış yazının örgütsel faaliyetlerle ilgili olduğu nitelendirmesinin soyut iddia olduğunu, mektubun suç unsuru içermediğini, idarenin kararına karşı yaptığı şikâyet ve itiraz yollarında yargılamanın usulüne uygun yapılmadığını ve hakkında daha önce verilen hapis cezaları ile ilişkili olarak adil yargılanma hakkının ihlal edildiği düşüncesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurulduğunu belirterek adil yargılanma hakkının, din ve vicdan özgürlüğü ile haberleşme ve ifade hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

26. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde başvurucunun adil yargılanma, din ve vicdan özgürlüğü, haberleşme ile ifade hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürdüğü anlaşılmış ise de bu iddiaların özü, göndermek istediği mektubun Ceza İnfaz Kurumu idaresince sakıncalı görülerek gönderilmemesi nedeniyle haberleşme hürriyetinin kısıtlanması hakkındadır. 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). Bu sebeple başvurucunun bütün iddiaları haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Nitekim AİHM de haberleşme alanında ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 8. maddesi ile güvence altına alındığını hatırlatmaktadır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25/3/1983, § 107; *Fazıl Ahmet Tamer/Türkiye*, B. No: 6289/02, 5/12/2006, § 33; *Ahmet Temiz*, B. No: 2013/1822, 20/5/2015, § 23).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Başvurucunun, avukatına göndermek istediği mektubun sakıncalı olduğuna karar verilmesi nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir ka-

bul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Başvurucu ve Bakanlık Görüşleri

28. Başvurucu, avukatına göndermek istediği metnin içeriğinde suç unsuru oluşturabilecek veya örgütsel haberleşme şeklinde yorumlanabilecek bir ifade bulunmamasına rağmen İnfaz Kurumunca sakıncalı olarak görüldüğünü ifade ederek haberleşme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

29. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmiştir, ayrıca haberleşme hakkının demokratik toplum için önemi hatırlatılmış ve devletlerin pozitif ve negatif yükümlülüklerine değinilmiştir.

ii. AİHM'in yerleşik içtihatlarında özel hayata saygı gösterilmesi hakkına ilişkin düzenlemelerde devletlerin takdir hakkı bulunduğunun değerlendirildiğini, özel hayata saygı hakkına ilişkin ihlal nedeniyle yapılacak incelemenin öncelikle korunan menfaatin hakkın kapsamına girip girmediğinin, ikinci olarak hakkın kapsamı içinde olduğu tespit edilen menfaate yönelik bir müdahale olup olmadığının, müdahalenin varlığı hâlinde bunun Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerinde öngörülen şartlara uygun olup olmadığının incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

iii. Hükümlünün avukatına yazdığı mektubun Cezaevi tarafından denetlenmesi ve gönderilmemesine ilişkin olarak, bir avukatla haberleşmenin ne amaçla olursa olsun AİHS'in 8. maddesi uyarınca ayrıcalıklı bir statüye sahip olduğu, bu nedenle avukata gönderilen bir mektubun okunmasına, yalnızca yetkili makamların mektubun muhteviyatının cezaevi kurumunun veya bir başkasının güvenliğini tehdit ettiği ya da başka bakımlardan suç teşkil eden bir niteliğe haiz olduğu kanaatine vardıkları hâllerde avukatına teslimine izin verilemeyeceğini belirten AİHM'in *Kepeneklioğlu/Türkiye* (B.No: 73520/01, 23/1/2007) ile *Fazıl Ahmet Tamer/Türkiye* kararları hatırlatılmış ve başvurucunun iddialarının bu kararlar doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

30. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevabında başvuru dilekçesindeki ifadelerini anılan AİHM kararları ışığında yinelemiştir.

b. Genel İlkeler

31. Anayasa'nın 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

32. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

33. AİHM, haberleşme özgürlüğüne ilişkin şikâyetleri Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelemektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık Anayasa'da tek bir madde bulunmamaktadır. Başvurucunun iddialarına esas olan haberleşme özgürlüğü Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir.

34. Anayasa'nın 22. maddesinde herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa ve

Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra -içeriği ve biçimi ne olursa olsun- haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme kapsamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

35. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfî şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte haberleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp meşru birtakım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında ve Sözleşme'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılmıştır (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 50).

36. AİHM kararlarına göre haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın "*ulaşılabilir*", yeterince açık ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından "*öngörülebilir*" olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma "*meşru bir amaca*" dayalı olmalı, bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, §§ 85-90; *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No: 5029/71, 6/10/1978, §§ 42-55; *Campbell/Birleşik Krallık*, B. No: 13590/88, 25/3/1992, § 34).

37. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelenmesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığı her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

c. İlkelerin Olaya Uygulanması

i. Müdahalenin Varlığı

38. Somut olayda başvurucunun avukatına göndermek istediği mektubun savunmaya yönelik olmadığı ve örgüt propagandası içerdiği ge-

rekçesiyle İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu kararıyla sakıncalı olduğuna karar verilmiştir. Dolayısıyla anılan işlem ile kamu makamları tarafından başvurucunun haberleşme özgürlüğüne bir müdahalede bulunulmuştur.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

39. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 22. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu nedenle sınırlamanın; Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Ahmet Temiz*, § 36).

Kanunilik

40. Haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekmektedir. AİHM içtihatlarında ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içerisinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, §§ 86-88).

41. Kanunilik ilkesinin yerine getirilmesinin, haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceğine dair genel bir yasal düzenleme yapılması ile mümkün olduğu söylenemez. Buna göre "*kanunun kalitesi*" olarak tanımlanabilecek kanuni düzenlemede bulunması gereken temel esaslar belirlenerek takdir yetkisini kullanacak mercilerin sınırlarının da netliğe kavuşturulması gereklidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararında belirttiği üzere kanun ile o konuya ilişkin temel esasların, ilkelerin ve çerçevenin ortaya konulmuş olması gerekir (AYM, E.1984/14, K.1985/7, 13/6/1985). Bu noktada -özellikle kanunun idari makamlara haberleşme özgürlüğüne müdahalede takdir yetkisi tanıdığı durumlarda- ilgili kanu-

nun bu yetkinin çerçevesini belirli bir açıklıkta belirlemesi gerekmektedir (*Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 15672/08, 11/1/2011, § 56; *Tan/Türkiye*, B. No: 9460/03, 3/7/2007, § 21).

42. Cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların haberleşmesine müdahalesinin Anayasa'nın 22. maddesinin hangi fıkrası kapsamında kaldığının belirlenmesi müdahalenin kanuniliği açısından önemlidir. Zira ikinci fıkra kapsamında olduğunun kabulü hâlinde hâkim kararı veya onayı olmaksızın yapılan bir müdahale, kanunilik ilkesini karşılamayacaktır. Öte yandan üçüncü fıkranın gündeme gelmesi durumunda kanun koyucunun cezaevini istisna kamu kurumu olarak kabul edip etmediği değerlendirilecektir (*Ahmet Temiz*, § 39).

43. 5275 sayılı Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi şöyledir:

> *"Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."*

44. Buna göre 5275 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."* ibaresi uyarınca cezaevlerinin haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceği istisnai kamu kurumu olarak kabul edildiği değerlendirilmiştir (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 76). Dolayısıyla hâkim kararı olmaksızın usul ve esasları gerçekleştirmek kaydıyla hükümlülerin haberleşmesinin denetimi mümkündür.

45. Somut olayda hükümlünün Cezaevinden avukatına yaptığı yazışmanın denetimi ve sınırlanmasının dayanağı, 5275 sayılı Kanun'un 59. ve 68. maddesi ile İnfaz Tüzüğü'nün 84., 91. ve 122. maddeleridir.

46. 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesi ile anılan Tüzük'ün 91. maddesinde hükümlülerin mektup, faks ve telgraf gönderme ve kendilerine gönderilenleri alma hakkına sahip oldukları, resmî makamlara veya savunmaları için avukatlarına gönderdikleri mektup, faks ve telgrafların de-

netime tabi olmadığı, 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesine paralel şekilde İnfaz Tüzüğü'nün 91. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir. Ancak, hükümlünün savunması için avukatına gönderilen mektup, faks veya telgraflar 84 üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen hâllerin gerçekleşmesi hâlinde, bu gönderiler hakkında da 84 üncü maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen esas ve usuller uygulanır."* denilerek hükümlü tarafından avukata gönderilen mektupların hangi merci tarafından, hangi hâllerde ve usullerle denetime tabi tutulabileceği düzenlenmiştir.

47. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği; kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2009/51, K.2010/73, 20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

48. Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şeklî olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin -gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle- hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden aranan açıklığın ölçüsü; söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedefle-

diği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir (AYM, E.2011/62, K.2012/2, 12/1/2012).

49. AİHM içtihatlarına göre de bir kanuni düzenlemenin; bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, gerektiği takdirde kişinin hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir (*Kayasu/Türkiye*, B. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 83).

50. 5275 sayılı Kanun'un 59. maddesi, hükümlülerin avukatları ile ilişkisi hususunda özel bir hassasiyet göstermiş ve savunmaya ilişkin belgelerin incelemeye tabi tutulamayacağını ifade etmiştir. Bu çerçevede İnfaz Tüzüğü'nün 84. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendiyle beraber, avukata gönderilmek istenen metnin incelenmesi için aşağıdaki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

i. Öncelikle ilgilinin, 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesi ile ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlü olması gerekir.

ii. Bu haberleşme nedeniyle konusu suç teşkil eden fiillerin işlendiğine, infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık edildiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmiş olması gerekir.

iii. Bu durumda bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler ancak infaz hâkimince incelenebilir.

iv. Bu kapsamda İnfaz Tüzüğü'nün 84. maddesinde kamu görevlilerinin yetkileri düzenlenmiş olup sadece infaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verebilir.

v. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanun'a göre itiraz edebilirler.

51. İlgili hukuk kısmında gösterilen hükümler (bkz. §§ 16-22) incelendiğinde de hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı belirtilmiştir. Bununla beraber hükümlünün savunması için avukatına gönderilen mektup, faks veya telgraflar hakkında bu hükmün istisnası olarak İnfaz Tüzüğü'nün 84. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen hâl gösterilmiştir. Bu kapsamda, ayrıca 84. maddenin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan esas ve usullerin uygulanacağı da belirtilmiştir.

52. Somut olayın değerlendirilmesinde UYAP kayıtlarından başvurucunun 5237 sayılı Kanun'un ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü bölümde yer alan 302. maddesi uyarınca 2/12/2010 tarihinde hüküm giydiği anlaşılmakla İnfaz Tüzüğü'nün 84. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinin (2) numaralı alt bendinde belirtilen hâlin gerçekleşmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Ancak başvurucu İnfaz Hâkimliğinin kararında tutuklu olarak addedilmiştir (bkz. § 14).

53. Dolayısıyla 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinde, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile mektuplaşmaları sırasında; avukata gönderilen mektubun, konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin olduğu yani savunmaya ilişkin olmadığı düşünülüyorsa bu durumda ilk başta yapılması gereken husus, söz konusu belgelerin savunmaya ilişkin olup olmadığını değerlendirmeden ilgili belgelerin fiziki olarak denetlenmesi ve infaz hâkimliğine yollanmasıdır. Bu kapsamda infaz hâkimliği, avukata gönderilmek istenen mektubun savunmaya ilişkin olup olmadığının değerlendirmesini kendisi yaparak karar verecektir. Aksi takdirde yasada yer alan güvencelerin bir anlamı kalmayacağı gibi hâkim güvencesiyle verilen bu ilk karar sayesinde muhtemel hak ihlallerinin önüne de geçilebilecektir.

54. Nitekim Yargıtay 9. Ceza Dairesi kanun yararına bozma istemli benzer bir konuda 23/2/2011 tarihli ve E.2010/12814, K.2011/1204 sayılı kararıyla "*Tekirdağ 1 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan… H.K.'nin avukatına göndermiş olduğu mektubun okunup incelenmeksizin, sadece fiziki olarak kontrolünün yapılabilmesi için ceza-*

evi idaresine ağzı açık olarak verilmesi gerektiğini…" belirtmiştir. Söz konusu olayda hükümlünün avukata verdiği belgenin fiziki olarak incelenebileceği ama okunamayacağı ve bu belgelerin infaz hâkimliğince incelenebileceği sonucuna varılmıştır.

55. Bunun yanı sıra 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin gerekçesi şöyle belirtilmiştir:

"Birleşmiş Milletler Hükümlülerin İyileştirilmesi İçin Asgari Standart Kurallarının dış dünya ile irtibat kurma başlığını taşıyan 37 nci maddesinde, "Gerekli gözetim altında hükümlülerin düzenli aralıklarla aileleri ve yakın arkadaşları ile haberleşmelerine olanak sağlanarak iletişim kurmalarına izin verilir." denilmektedir.

Avrupa Cezaevi Kurallarının 43 üncü maddesinde de benzeri tavsiye kuralı bulunmaktadır.

Bu madde ile hükümlülere, kurum üst amirinin veya varsa mektup okuma komisyonunun denetiminden geçen mektup, faks ve telgrafları göndermek veya kendilerine gelenleri almak hakkı verilmektedir.

Yine Avrupa Cezaevi Kurallarının 42 nci maddesinin (3) numaralı bendi, "her hükümlünün cezaevleri merkez idaresine, adlî makama veya diğer yetkili makamlara, kapalı zarfla, istek veya şikâyette bulunmasına izin verilmesi" tavsiyesini içermektedir. Şüphesiz istek ve şikâyetlerin kurumun denetimine tabi tutulması bu hakkı işlemez hale getirebileceğinden kapalı zarfla istek ve şikâyette bulunmasına izin verilir denilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, hükümlünün resmî makamlara veya avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmayacağı esası benimsenerek, savunma hakkı vurgulanmıştır.

Cezaevinin güvenlik ve disiplini asıl olduğundan, asayiş ve güvenliği tehlikeye düşürecek haberleşmelere izin verilmeyecektir. Bu husus maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hükümle sağlanmıştır."

56. Dolayısıyla cezaevinin güvenlik ve disiplini asıl olmakla beraber avukata gönderilmek istenen belgenin savunmaya ilişkin olmadığı ve mektubun sakıncalı olduğu konusundaki değerlendirmelerin yetkili merciler tarafından yapılması gerekmektedir. 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinde, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümle-

rinde yer alan suçlardan biriyle mahkûm olan hükümlülerin avukatına göndermek istediği mektubun hangi merciler tarafından ne şekilde denetleneceği mevzuatta belirtilmekle, somut olayda 5237 sayılı Kanun'un 302. maddesinden hükümlü olan başvurucunun, avukatına göndermek istediği mektubun Disiplin Kurulu tarafından savunmaya yönelik olmadığının değerlendirilmesi ve avukatına gönderilmemesi suretiyle yapılan müdahalenin kanunilik şartını taşımadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanında ayrıca -İnfaz Hâkimliğinin kararından anlaşıldığı kadarıyla- başvurucu hükümlü olmasına rağmen İnfaz Hâkimliğinin tutuklu olduğu zannıyla hareket ettiği anlaşılmaktadır (bkz. § 14).

57. Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden haberleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı hâlinde bulunması gereken ve Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen (bkz. § 39) Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen meşru amaçlardan biri kapsamında olma, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama gibi kriterlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

58. Belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

59. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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." Başvurucu, anayasal hakları ihlal edildiği için 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

60. Başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü ihlal edilmiştir.

61. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 1. İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

62. Başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya takdiren net 3.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin haberleşme özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 1. İnfaz Hâkimliğine GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucuya net 3.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

F. Başvurucuya 1.800 TL vekâlet ücreti ÖDENMESİNE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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,

20/1/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÖMÜR KARA VE ONURSAL ÖZBEK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/4825)

Karar Tarihi: 24/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 10/5/2016-29708

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
Raportör Yrd.	:	Fatih ALKAN
Başvurucular	:	1. Ömür KARA
		2. Onursal ÖZBEK
Vekili	:	Av. Zeliha Tuyan ÇAĞLAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, özel bir şirket bünyesinde çalışan başvurucuların mahremiyete ilişkin yazışmalar içeren kurumsal e-posta hesaplarının işveren tarafından incelenmesi ve bu yazışmaların işe iade davasında delil olarak kullanılması nedenleriyle özel hayata saygı ve haberleşmenin gizliliği haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/6/2013 tarihinde Bakırköy 8. İş Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 18/2/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Konu bakımından irtibat nedeniyle 2013/5442 numaralı başvurunun 2013/4825 numaralı başvuru üzerinde birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği 2013/5442 numaralı başvuru dosyası üzerinden bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 21/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 29/4/2014 tarihinde başvuruculara tebliğ edilmiştir. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 14/5/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Birinci başvurucu 1/3/2010 tarihinde imzaladığı iş sözleşmesi ile, ikinci başvurucu 11/4/2011 tarihinde imzaladığı iş sözleşmesi ile işveren T. Ticaret A.Ş. (Şirket) bünyesinde işçi statüsünde çalışmaya başlamıştır.

10. Anılan iş sözleşmelerinin *"Özel Şartlar"* başlıklı bölümünde *"13.8. Personel, işyerinde yürürlükte olan tüm Yönetmelik, İç Tüzük, Prosedür ve talimatlara uymakla yükümlüdür."*, *"13.23. İşyerinde uyulması gereken kurallara ilişkin iç tüzük, yönetmelik, oryantasyon kitapçığı, hükümler ve seyahat yönetmeliği, talimatlar, prosedürler, iş bu iş akdinin ayrılmaz eki ve parçasıdır."* şeklinde ifadelere yer verilerek yönetmelik ile diğer düzenlemeler iş sözleşmelerinin bir parçası olarak belirlenmiş ve bu düzenlemelere uygun davranmak konusunda başvurucular ve işveren karşılıklı taahhüt altına girmişlerdir.

11. Bu kapsamda Şirket Temel Yönetmeliği'nin *"İşyerleri içerisinde, temel ahlaki kurallara uyulması ve yanlış anlaşılacak davranış ve ilişkilerden kaçınılması"* başlıklı 20. maddesinde yer alan *"Eşit veya ast/üst pozisyonlarda çalışan personel, hem eşitleri hem de üst veya astları ile karşılıklı saygıya dayanan mesafeli ve profesyonel bir ilişki kurmalı, özel yaşamlarını, birbirlerine açacak kadar samimi olmaktan kaçınılmalı, özel dostluklarını tercihen şirket dışındaki arkadaşları ile oluşturmalı"* şeklindeki düzenleme, anılan iş sözleşmelerinin bir parçası kabul edilerek her iki başvurucu tarafından imzalanmıştır. Yine iş sözleşmelerinin devamı olarak kabul edilen Bilgi Güvenliği Taah-

hütnamesi'nin 2. maddesinde yer alan *"Şirket tarafından çalışanlara iş için tahsis edilmiş olan bilgisayar, e-posta, internet kullanımı, telefon, USB memory, CD-writer, iletişim programı ve diğer IT kaynaklarını ve iletişim araçlarını zaruri ihtiyaçları aşan ölçüde kişisel amaçlı, kabul edilemez maksatlı, eğlence niyetli, genel ahlaka, örf ve adetlere aykırı şekilde kullanılmayacağı"* şeklindeki taahhüt ile 6. maddesinde yer alan *"Yetkili şirket yöneticileri tarafından çalışanlara herhangi bir haber verilmeksizin ve uyarıda bulunulmaksızın; kullandıkları IT ve iletişim kaynaklarının her zaman takip altında tutulabileceği, yaptıkları yazışmaların ve iletişim kayıtlarının yedeklenebileceği, raporlanabileceği, gerekli durumlarda detay bazlı incelenebileceği, el konulabileceğini ve kullanım sınırlaması getirilebileceği"* şeklindeki taahhütleri içeren düzenlemeler de başvurucular tarafından imzalanmıştır.

12. 14/5/2012 tarihinde işveren Şirketin yöneticilerinin başvurucularla yaptıkları görüşmede, ikinci başvurucunun eşinin Şirket üst yöneticisini ziyaret ederek başvurucular arasında duygusal bir ilişki bulunduğunu belirttiği ve buna kanıt olarak başvuruculara ait e-posta yazışmalarının bir suretini Şirket yönetimine verdiği dile getirilmiştir. Ayrıca bu nedenle işverenin artık başvurucularla çalışmak istemediği, istifa edebilecekleri ya da karşılıklı anlaşma yoluna gidilebileceği, aksi takdirde iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshedileceği ifade edilmiştir. Başvurucular, duygusal ilişki yaşadıkları iddiasını reddetmişler ve iş sözleşmelerinin feshini gerektirecek bir neden bulunmadığını belirtmişlerdir. Anılan görüşme sonrasında iş yerinde kullanım amaçlı olarak başvuruculara tahsis edilen bilgisayarlar işveren tarafından kapatılmıştır. Ayrıca aynı gün talepleri üzerine başvuruculara yıllık izin verilmiştir.

13. Başvuruculların iş sözleşmeleri 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan *"Ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri"* başlıklı (II) numaralı bendi gereğince 21/5/2012 tarihinde işveren tarafından feshedilmiştir.

14. Başvurucular; ikinci başvurucu ile eşi arasında boşanma davasının devam ettiğini, haklarında dile getirilen beyanların bir iftiradan ibaret olduğunu, özel hayatlarının gizliliği ve haberleşme hürriyetleri yok sayılarak kişisel e-posta hesaplarının incelendiğini,ve bu hesaplardan elde edilen yazışmaların içerikleri üzerinden ulaşılan "evlilik dışı ilişki yaşadıkları" şeklindeki varsayım gerekçe gösterilerek iş sözleşmelerinin haksız yere feshedildiğini ileri sürerek 20/6/2012 tarihinde işveren şirket aleyhine işe iade istemli tespit davası açmışlardır.

15. Söz konusu davalar Bakırköy 12. İş Mahkemesinin 2012/279 ve 2012/280 Esas sıralarına kaydedilmiştir.

16. Davalı işveren tarafından sunulan cevap dilekçesinde, başvuruculaın iş sözleşmelerinin yalnızca ikinci başvurucunun eşinin tek taraflı beyanları üzerine feshedilmediği, başvuruculaın özel hayat alanlarının dışında kalan ve Şirketin işleyişini ilgilendiren iddiaların araştırılması için başvuruculaın kullanımına tahsis edilen ancak mülkiyeti Şirkete ait olan bilgisayarların sınırlı şekilde incelendiği, iddiaları destekleyen ve iş sözleşmelerinin devamını çekilmez kılan hususların bulunduğu, iddiaları doğrulayacak şekilde başvuruculaın karşılıklı olarak e-posta hesapları üzerinden yazıştıklarının tespit edildiği, bu yazışmaların müstehcenlik unsurları taşıdığı, tüm bu hususların iş sözleşmesi ile iş sözleşmesinin parçası olan Şirket içindeki diğer düzenlemelere aykırılıklar oluşturduğu belirtilmiş ve söz konu yazışmaların içerikleri Mahkemeye delil olarak sunulmuştur.

17. 2012/279 Esas sıra sayılı davada, davalı Şirket çalışanları tarafından Mahkeme huzurunda tanık sıfatıyla verilen ifadelerin ilgili kısımları şöyledir:

"... ben 2005 yılından bu yana davalı işyerinde çalışmaktayım, ben Uluslararası mağazacılık insan kaynakları direktörü olarak davalı işyerinde çalışmaktayım, davacı firmanın avukatıydı. fesih öncesinde 3-4 ay öncesinde davacı ve Ömür Hanım aralarında yakınlık olduğu konusunda birkaç duyum aldım, aralarındaki ilişkinin profesyonelliğin ötesinde yorumlandığını gördüm, bu konuda davacı ve Ömür Hanımı bilgilendirdim, onlarda böyle bir ilişkinin olmadığını söylediler, davacı Ömür Kara'nın çalıştığı bölüm kapanmadı, grup içerisinde organizasyonda değişiklik oldu, bu değişikli Onursal Özbek'i ilgilendirdi,V. beyle Onursal Özbek in eşi İ.Özbek bu konuda görüşmüş bunu bana yönetim kurulu başkanı V. Bey söyledi, bilgi işlem vasıtasıyla davacının e-mailini özel amaçlı kullanıp kullanmadığı konusunda araştırma yaptık, gerçekten de belirtilen e-mailler bilgisayar kayıtlarında mevcuttur, ... davacı ile Ömür hanım arasında iş ilişkisinden farklı bir ilişki olduğuna dair diğer birimlerde çalışan kişilerden işyerinde bu kadar uzun mola nasıl yapılabiliyor. Hep aynı 2 kişinin işyerinde dikkat çekici şekilde her molada sürekli birlikte olmalarının dikkat çektiği hususunda bana bilgi verildi. Ben kendileri ile görüştüğümde reddettiler. Buna ilişkin olarak genel müdürümüzün de bana uyarısı olmuştur. Bu durumun dışında davacının işyerindeki performansı

veya çalışmasına ilişkin herhangi bir olumsuzluk bana iletilmedi. İşyerinde davacının evli olması sebebiyle bize bu konuyu bilmeniz gerekir şeklinde uyarılar gelmişti. Davacı vekilinin talebi üzerine soruldu: davacı ile Ömür hanım arasındaki diyalogun liseli aşıklar şeklinde benzetme ile bana iletilmişti dedi."

"... ben 2003 yılından bu yana davalı işyerinde çalışmaktayım, ben Uluslararası genişleme direktörü olarak davalı işyerinde çalışmaktayım, davacı firmanın avukatıydı. davacı ve Ömür Hanım mesai saatlerinin arasında mola zamanlarında normal mesai arkadaşlarından daha fazla vakit geçirmekte idiler, davacının işi aksatacak şekilde mesai saatleri içerisinde davranışlarına tanık olmadım."

"Ben ekim 2011 ayı ile ocak 2013 ayı arasında davalı işyerinde personel ve özlük işleri müdürü olarak çalıştım, benim işyerine karşı açılmış herhangi bir davam yoktur. Davacı firmanın avukatıydı. Bildiğim kadarıyla şu an davacının çalıştığı bölüm faaliyet göstermemektedir, ben sadece fesih sürecinde yer aldım bunun dışında tam bilgim yoktur, fesih öncesinde feshe, daha sonra ek olarak sunulan e-mail yazışmaları ve diğer belgeler nedeniyle davacı ve Ömür Hanımın iş akdi feshedildi."

"Onursal Özbek benim eski eşim olur, işyerinden ortak arkadaşlarımla davacı ile eşim arasında yakınlık olduğunu duydum, ayrıca birbirlerine göndermiş oldukları e-mailleri gördüm, bunun üzerine yönetim kurulu başkanı V. Bey ile görüştüm, diğer yönetici ve avukatlarıyla görüşüp durumu değerlendireceğini söyledi, benim gerekçelerimle hareket etmeyeceğini söyledi, gerekli araştırma yapıldıktan sonra işlem yapılacağını söyledi, daha sonra dan iş akitlerinin feshedildiğini öğrendim, evliliğin bitmesinebuneden olmuştur iki tarafla da görüşmeme rağmen sonuç alamadım dedi."

"Ağustos 2011 ve temmuz 2012 tarihleri arasında davalı işyerinde Uluslar arası finansal kiralama ve sözleşme uzmanı olarak çalıştım. davacı firmanın avukatıydı. Davacı ile Ömür Hanım arasında yakınlık konusunda herhangi bir bilgim yoktur, davacının çalıştığı bölüm kapatılmadı, Onursal Özbek bana Ömür Kara ile beraberliği nedeniyle iş akdinin feshedildiğini, eşinin e-maillerini kırıp e-mailleri V. beye gösterdiğini söyledi, bir daha işyerinde çalışmak istemediğini söyledi, her zaman dikkat çekecek şekilde Ömür Kara ile beraberliği yoktu, herkese karşı sıcak davranmaktadır, ben hiçbir farklılık görmedim, davacı hakkında daha önce fesih konusunda araştırma yapılıp yapılmadığını bilmiyorum.."

18. 2012/280 Esas Sıra sayılı davada verilen tanık ifadeleri de aynı doğrultudadır.

19. Birinci başvurucu açısından Bakırköy 12. İş Mahkemesinin 8/2/2013 tarihli ve E.2012/280, K.2013/76 sayılı kararı ile; ikinci başvurucu açısından Bakırköy 12. İş Mahkemesinin 7/3/2013 tarihli ve E.2012/279, K.2013/129 sayılı kararı ile davaların reddine karar verilmiştir.

20. 8/2/2013 tarihli kararın gerekçesi şöyledir:

"... Davacının hizmet cetveli, işyeri özlük dosyası dosyaya celb edilmiştir.

Dava ile ilgili olarak davacı ve davalı tanıklarının beyanları alınmıştır.

Dosyanın incelenmesinden; davacının iş akdinin 4857 sayılı Kanunun 25/2. maddesi gereğince feshedildiği, davacı ile Onursal Özbek arasındaki e-maillerin dosyaya ibraz edildiği, şirketin kendisine tahsis edilen e-mail adresinden mesai saatleri içerisinde özel amaçlı olarak e-mail gönderilmesi ve kabul edilmesinin doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan eylem niteliğinde olduğu, davacı ve Onursal Özbek arasındaki yakınlaşma nedeniyle,aynı zamanda Onursal Özbek in eşinin işyerine gelip şikayetçi olması nedeniyle de şirket açısından iş akdinin devamının imkansız hale geldiği nazara alınarak davanın reddine karar vermek gerekmiştir".

21. 7/3/2013 tarihli kararın gerekçesi ise şöyledir:

"... Mahkememizce davacının hizmet cetveli, işyeri özlük dosyası getirtilip incelenmiş, davacı ve davalı tanıkları dinlenmiştir. Davalı tarafından sunulan, şirketçe tahsis edilmiş e-mail adresinden yapılan yazışmaların içeriği davacı tarafından kabul edilmiştir.

Tüm dosya kapsamı, e-mail yazışmaları, tanıkların beyanları birlikte değerlendirildiğinde; evli olan davacının işyerinde bir bayan işçi ile gönül ilişkisine girmesi sonrası, davacı eşinin işyerine geldiği ve durumu yöneticilere ilettiği, bu nedenle işyerinde olumsuzluklar yaşandığı ve bu olumsuzlukların davacının davranışından kaynaklandığı, işverenin zor durumda kaldığı ve işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmadığı anlaşıldığından davanın reddine karar vermek gerekli ve uygun görülmüştür."

22. Kişisel hesaplar üzerinden gerçekleştirilen yazışmalardan oluşan e-postaların fesih gerekçesi olarak gösterilmesiyle özel hayatın gizliliğinin

ihlal edildiği, buna rağmen söz konusu delil içeriklerinin Mahkemece değerlendirildiği ve yalnızca bu hukuka aykırı deliller esas alınarak hüküm kurulduğu, performans ve verimliliğe ilişkin tanık ifadelerinin dikkate alınmadığı, özel hayat alanına yönelen haksız müdahalenin Mahkemece benimsendiği, işe iade davalarının kabulü gerekirken şartları oluşmadığı hâlde reddedildiği ileri sürülmüş ve söz konusu kararlar bozma talebiyle başvurucuların vekilince temyiz edilmiştir.

23. Temyiz nedenlerine karşı cevap dilekçesi sunan davalı işveren vekilince, yazışmaların Şirket tarafından çalışanlar adına açılmış e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirildiği, bu hesapların yalnızca iş amaçlı kullanılması yönünde başvuruculara gerekli uyarıların yapıldığı, buna rağmen yazışmaların içeriğinde adap ve ahlaka aykırı unsurlar içeren yazılar ve resimler bulunduğu, lehe tanık ifadeleri ve tüm bu saptamalar dikkate alındığında birinci başvurucu ile fesih sürecinde evli olan ikinci başvurucu arasında duygusal bir ilişkinin bulunduğu, bu nedenlerle davacıların iş sözleşmelerinin devamının çekilmez hâle geldiği ileri sürülmüş ve söz konusu kararların onanması talep edilmiştir.

24. Temyiz incelemesi neticesinde delillerin takdirinde isabetsizlik bulunmadığı gerekçesiyle birinci başvurucu açısından Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 30/4/2013 tarihli ve E.2013/6232, K.2013/9082 sayılı ilamı ile; ikinci başvurucu açısından yine Dairenin 16/5/2013 tarihli ve E.2013/9419, K.2013/11237 sayılı ilamı ile kararlar onanarak kesinleşmiştir.

25. 30/4/2013 tarihli nihai karar 29/5/2013 tarihinde başvuruculara vekiline tebliğ edilmiş ve 27/6/2013 tarihinde bireysel başvuru yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

26. 4857 sayılı Kanun'un *"İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı"* kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> *"Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:*
>
> *...*
>
> *II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:*
>
> *...*

b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.

c) İşçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması.

d) İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması, işyerine sarhoş yahut uyuşturucu madde almış olarak gelmesi ya da işyerinde bu maddeleri kullanması.

e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması.

...

h) İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi.

...

III- Zorlayıcı sebepler:

İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.

..."

27. Başvurucular tarafından imzalanan iş sözleşmelerinin *"Özel Şartlar"* başlıklı bölümünde yer alan ilgili düzenleme şöyledir:

"13.8. Personel, işyerinde yürürlükte olan tüm Yönetmelik, İç Tüzük, Prosedür ve talimatlara uymakla yükümlüdür.

...

13.23. İşyerinde uyulması gereken kurallara ilişkin iç tüzük, yönetmelik, oryantasyon kitapçığı, hükümler ve seyahat yönetmeliği, talimatlar, prosedürler, iş bu iş akdinin ayrılmaz eki ve parçasıdır."

28. Şirket Temel Yönetmeliği'nin *"İşyerleri içerisinde, temel ahlaki kurallara uyulması ve yanlış anlaşılacak davranış ve ilişkilerden kaçınılması"* başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Eşit veya ast/üst pozisyonlarda çalışan personel, hem eşitleri hem de üst veya astları ile karşılıklı saygıya dayanan mesafeli ve profesyonel bir ilişki kurmalı, özel yaşamlarını, birbirlerine açacak kadar samimi olmaktan kaçınılmalı, özel dostluklarını tercihen şirket dışındaki arkadaşları ile oluşturmalı. (Eşitler veya ast/üst arasındaki aşırı samimiyet, duygusallığı öne çıkarıp, profesyonellikten uzaklaştıracağı için günlük iş ilişkilerinde, performans değerlendirmede ve ileride oluşabilecek terfi sonrası otorite kurmada, zaaflara neden olabilecektir.)"

29. Başvurucular tarafından imzalanan Bilgi Güvenliği Taahhütnamesi'nin ilgili kısımları şöyledir:

"Çalışanı olduğum Şirketin faaliyetleri kapsamında;

...

2. Şirket tarafından şahsıma iş için tahsis edilmiş olan bilgisayar, e-posta, internet kullanımı, telefon, USB memory, CD-writer, iletişim programı ve diğer IT kaynaklarını ve iletişim araçlarını zaruri ihtiyaçları aşan ölçüde kişisel amaçlı, kabul edilemez maksatlı (örn: yasal olmayan kopyalama, iş yürütme, iş araştırma, izinsiz yazılım kurulumu, kullanımı v.b.), eğlence niyetli(örn: çevrimiçi topluluklara, sohbet odalarına, forumlara katılım, toplu e-mail gönderimi, müzik sitelerine giriş v.b.), genel ahlaka, örf ve adetlere aykırı şekilde (örn: cinsel içerikli materyallere erişim, taciz, kumar, bahis amaçlı) kullanmayacağımı,

...

6. Yetkili şirket yöneticileri tarafından şahsıma herhangi bir haber verilmeksizin ve uyarıda bulunulmaksızın; kullandığım IT ve iletişim kaynaklarının her zaman takip altında tutulabileceğini, yaptığım yazışmaların ve iletişim kayıtlarının yedeklenebileceğini, raporlanabileceğini, gerekli durumlarda detay bazlı incelenebileceğini, el konulabileceğini ve kullanım sınırlaması getirilebileceğini,

... kabul ve taahhüt ediyorum. ... iş bu taahhütname tarafımdan okunarak imzalanmıştır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 24/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucular; kişisel e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri yazışmaların içeriklerine işveren tarafından rızaları olmaksızın ulaşıldığını, bu içerikler dikkate alınarak devamının çekilmez hâle geldiği gerekçesiyle iş sözleşmelerinin feshedildiğini, açtıkları işe iade istemli tespit davasında söz konusu yazışmaların delil olarak kabul edildiğini, elde ediliş biçimleri dikkate alınmaksızın e-posta içeriklerini inceleyip değerlendiren Mahkemece feshin hukuka uygun olduğuna karar verildiğini, ikinci başvurucunun eski eşinin tanık sıfatıyla Mahkeme huzurunda dinlenmesi ile söz konusu davanın özel hayatlarının detayları üzerinden devam eden bir davaya büründüğünü, Mahkeme tarafından özel hayatlarına ilişkin yazışmaların bu şekilde alenileştirildiğini, üçüncü kişiler tarafından özel hayat alanlarına yapılan haksız müdahale karşısında Mahkemece bir korunma sağlanmadığını ve dava sürecinde dile getirdikleri düşüncelerin sorgulandığını belirterek Anayasa'nın 20., 22. ve 25. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

B. Değerlendirme

32. 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).

33. Bakanlık görüş yazısında, delillerin takdirine ilişkin şikâyetlerin yargılamanın adil olup olmadığının değerlendirilmesinden ibaret olduğu, bu nedenle adil yargılanma hakkı bağlamında incelenmesi gerektiği, buna ilişkin görüşlerin benzer nitelikteki şikâyetlerin bulunduğu başvurularda sunulduğu belirtilmiştir. Ayrıca davalı işverenin davranışları yönünden yapılan değerlendirmede, davalı Şirket aleyhine tazminat davası açılabileceği ve ilgili kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulabileceği dikkate alınarak başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği açısından inceleme yapılması gerektiği, özel yazışmaların davalarda kullanılması yönünden yapılan değerlendirmede ise özel hayatın kapsamı ile fesih işlemi arasındaki ilişkinin incelenmesi ve özel hayata saygı hakkının kamusal makamlara tedbirler alma yükümlülüğü yükleyip yüklemediği açısından inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiş; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne benzer ihlal iddialarıyla yansıyan dava ve karar örneklerine yer verilmiştir.

34. Başvurucular tarafından Bakanlık görüşüne karşı verilen beyanda, ihlal iddialarının yargılamanın adil olup olmadığı hususuna değil, özel hayata saygı hakkına ve haberleşmenin gizliliğine ilişkin olduğu belirtilmiş ve başvuru dilekçelerindeki görüş ve talepler tekrar edilmiştir.

35. Söz konusu iddiaların özünün, başvurucuların özel hayat alanlarına üçüncü kişilerin yaptığı müdahalelere karşı Mahkemeler tarafından bir koruma sağlanmaması ve kişisel yazışmaların Mahkemelerce delil olarak kabul edilip alenileştirilmesi hususunda olduğu anlaşıldığından incelemenin delillerin değerlendirilmesinin adil olup olmadığı yönünden değil, iddiaların özüne uygun olarak özel hayata saygı hakkı ile haberleşmenin gizliliği hakkı yönünden yapılması gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. Başvurucular tarafından açılan işe iade davalarının gerekçesi, iş sözleşmelerinin feshedilmesine dayanak olarak gösterilen kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesiyle elde edilen yazışmalar nedeniyle özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetlerinin ihlal edilmesi, bunun da fesih işlemlerini hükümsüz kılmasıdır. Dolayısıyla haberleşmelerin denetlenmesi şeklindeki işverenin müdahalesine ilişkin şikâyetlerin Derece Mahkemeleri önünde dile getirildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan özel hayata saygı hakkı ile haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

38. Başvurucular esas olarak üçüncü kişilerin müdahalesi karşısında özel hayat alanlarının Mahkemelerce korunmadığını ve kişisel yazışmalarının Mahkemelerce delil olarak kabul edilip alenileştirildiğini, bu nedenle Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

39. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine 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 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).

40. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."*

41. Anayasa'nın *"Haberleşme hürriyeti"* kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*
>
> *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.*
>
> *İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."*

42. Sözleşme'nin *"Özel ve aile hayatına saygı hakkı"* kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

> *"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
>
> *(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."*

43. Özel hayata saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınmıştır. Devlet, kişilerin özel ve aile hayatına keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemekle yükümlüdür.

Özel hayat geniş bir kavram olup bu kavramın kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram; kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır (*Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 61). Ayrıca Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde yer alan güvencelerin amacı gözetildiğinde somut olayda olduğu gibi iş yerlerinden gerçekleştirilen kişisel telefon görüşmelerinin ve internet kullanımının izlenmesiyle elde edilmiş veriler de benzer şekilde bu hak kapsamında incelenmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Barbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 12/1/2016, § 36).

44. Özel hayat kavramı, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir *"özel hayatı"* güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. AİHM içtihatlarında da mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin *"özel hayat"* kavramı dışında tutulamayacağı belirtilmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını daha çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir (*Bülent Polat*, § 62; *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

a. Genel İlkeler

45. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklar, yalnızca kamusal gücün doğrudan uygulanmasıyla değil; kimi zamanda özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara konu olacak şekilde üçüncü kişilerin müdahaleleriyle zedelenebilmektedir. İlkinde söz konusu güvencelerin sağlanması adına kamusal makamlara yüklenen negatif ve pozitif tüm yükümlülüklerin doğrudan yerine getirilmesi konusunda tereddüt bulunmamakta ise de ikinci durumda devletin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere ne tür bir koruma imkânı sunması gerektiği ve hangi çerçevede yükümlülükler taşıdığı hususunda her olayın kendine özgü koşullarına göre değerlendirmelerde bulunulması gerekmektedir.

46. Anayasa'nın 11. maddesine göre Anayasa hükümleri; yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarının yanı sıra diğer kuruluş ve kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Buna göre Anayasa'da tanınan hak ve özgürlükler tüm bireyler bakımından güvence altındadır. Yine Anayasa'nın 5. maddesinde sayılan devletin temel amaç ve görevlerinin kapsamı ile temel hak ve hürriyetlerin niteliklerine yönelik Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan vurgu da bu koruma alanını pekiştirmektedir. Söz konusu hak ve özgürlüklerin etkili şekilde korunması amacıyla özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklardan dahi kaynaklansa kamusal makamlar belirli durumlarda pozitif yükümlülükler altına girebilir. Uyuşmazlıkların özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği durumlarda temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilip getirilmediği denetlenirken Anayasa'nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamayacağından taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir (*Barbulescu/Romanya*, § 53).

47. Bu yükümlülükler özel hukuk kişilerinin birbirleri ile olan uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin yasal alt yapının oluşturulmasını, söz konusu uyuşmazlıkların adil yargılama gereklerine uygun ve usul yönünden güvenceleri haiz bir yargılama kapsamında incelenmesini ve bu yargılamalarda temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesini gerektirir. Bu gereklilikler üçüncü kişilerin, bireylerin hak ve özgürlüklerine yaptığı haksız müdahalelere karşı kamusal makamlar tarafından müsamaha gösterilmemesi zorunluluğundan kaynaklanır. Zira derece mahkemeleri, özel hukuk ilişkisi kapsamındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesinde bağlayıcı kararlar vererek güvencelerin korunup korunmamasında rol almaktadır. Bu noktada uyuşmazlıkların yargısal makamlar önüne taşınması ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılarak çözümlenmesi, kamusal makamların pozitif yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturur.

48. AİHM de devletin doğrudan müdahalesinden kaynaklanmasa da bu tür uyuşmazlıklarla ilgili olarak devletlerin sorumluluğunun devam edebileceğini, kamusal makamlardan gelebilecek keyfî uygulamalardan başka Sözleşme'deki haklara etkili şekilde koruma sağlanabilmesi için özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de makul ve uygun önlemler almak suretiyle devletlerin müdahale etme yükümlülüğü taşıyabileceğini ifade etmektedir (*Sorensen ve Rasmussen/Danimarka* [BD], B. No: 52562/99,

52620/99, 11/1/2006, § 57; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya* [BD], B. No: 28955/06, ..., 12/9/2011, § 59).

49. Başvuru konusu olayda olduğu gibi kamu gücünü kullanan aktörler dışında kalan kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde kamusal makamların yükümlülükleri; bireylerin temel hak ve özgürlüklerine, bu başvuru açısından özel hayata saygı hakkı ile haberleşmenin gizliliği hakkına üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Kamusal makamlarca gerekli yapısal önlemler alınmış olunsa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkânı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir.

50. Bu doğrultuda, özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda derece mahkemelerince söz konusu güvenceler göz ardı edilmemeli, işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli, başvuruculara tahsis edilmiş kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi şeklindeki müdahalenin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır.

51. Derece mahkemeleri tarafından tarafların çıkarları dengelenirken ve müdahalenin ölçülülüğü irdelenirken iş sözleşmelerinde kısıtlayıcı ve zorlayıcı düzenlemelerin ne şekilde belirlendiği, tarafların bu düzenlemeler hakkında bilgilendirilip bilgilendirilmediği, çalışanların temel haklarına yönelik müdahalede bulunulmasına neden olan meşru amacın müdahale ile ölçülü olup olmadığı, başvuruya konu olayda olduğu gibi sözleşmenin feshinin çalışanların eylem ya da eylemsizlikleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığı somut olayın koşullarına göre ele alınmalıdır. Ayrıca yargılamalar sırasında gerçekleştirilen işlemlerin ve neticede verilen kararın gerekçesinin bizatihi özel hayat alanına ilişkin bir müdahale oluşturmaması için derece mahkemelerince gereken özen gösterilmelidir.

52. AİHM de özel hukuk iş ilişkilerinde Sözleşmenin 8-11. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen davalarda, taraf devletlerin anılan maddelerdeki güvencelerden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini incelemekte ve işten çıkarılan başvuruculara ın söz konusu güvencelerinin özel hukuk iş ilişkileri çerçevesinde ulusal mahkemelerce yeterli derecede korunup korunmadığını irdelemektedir (*Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya*, § 61).

53. AİHM'e göre Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan haklara ilişkin olan özel hukuk uyuşmazlıklarında bireylerin çıkarlarıyla toplumun çatışan çıkarları arasında ulusal mahkemelerce adil bir denge kurulması gerekir. (*Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 5/10/2010; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya*, § 62; *Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 48420/10, ..., 15/1/2013, § 84). Ayrıca güvence altındaki söz konusu haklara özel hukuk iş ilişkisi kapsamında yapılan müdahalelerin meşru amaçla ölçülü olup olmadığı ile ulusal mahkemelerce verilen kararlarda sunulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı tespit edilmelidir (*Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya*, § 63).

54. Karşılıklı menfaatler gözetilerek özel hukuk kişileri tarafından imzalanan iş sözleşmeleri gereğince taraflar, doğal olarak birtakım sorumluluklar altına girmekte, çalışma saatleri içinde bazı kısıtlayıcı kurallara uyacaklarını taahhüt etmekte ve sözleşmeye aykırılık hâlinde ne tür yaptırımlarla karşı karşıya kalacakları hususunda bilgi sahibi olmaktadır. Bu noktada iş yerindeki huzur ve güvenin devamından elde edilecek yararlar gözetilerek işveren tarafından çalışma saatleri içinde çalışanların bazı haklarının kısıtlanabilmesi ve belirlenen çalışma düzeninin gerçekleşebilmesi için çalışanların bazı kurallara uymak zorunda bırakılmaları mümkün olabilmektedir. Ancak bu tür kısıtlayıcı ve belirlenen özel kurallara uyulmasını zorlayıcı nitelikteki hususların çalışanların temel haklarının özünü zedeleyici nitelikte olmaması, imza altına alınan iş sözleşmelerinde bu hususların açık bir şekilde yer alması ve çalışanların bu hususlarda bilgilendirilmesi gerekir. Bilgilendirmelerin ve gerekli uyarıların yapılmadığı durumlarda çalışanlar, temel hak ve özgürlüklerine keyfî bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda makul bir beklenti içinde olacaklarından sözleşme şartlarını genellikle belirleyici konumda olan işverenler tarafından çalışanlara yönelecek bu tür müdahalelerin kabul görmesi söz konusu olmayacaktır.

55. Çatışan çıkarların belirlenmesi, doğru dengenin kurulması ve müdahalelerin işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığının tespiti öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin tarafların sınırlanan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin hukukiliğini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 22. maddesindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi, sözleşmelerin fesih nedeninin oluşup oluşmadığını değerlendirmek ve bunların uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak olmayıp kamusal makamların takdir hakları kapsamında aldıkları kararları, özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyeti bağlamındaki güvenceler açısından değerlendirmektir.

56. Bu doğrultuda AİHM de ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta; yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta; ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle özel hayata saygı hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir (*Petrenco/Moldova,* B. No: 20928/05, 30/6/2010, § 54; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya*, § 55).

b. Genel İlkelerin Uygulanması

57. Somut olaydaki uyuşmazlığın özel hukuk kişileri arasında gerçekleşmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilmediği iddiasını içeren başvurunun devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekir (bkz. § 46).

58. Belirtildiği üzere özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınabilecek olan negatif ve pozitif yükümlülüklerin sınırının ve pozitif yükümlü-

lüklerin hangi durumda olumlu edimde bulunulmasını zorunlu kıldığının kesin çizgilerle belirlenmesi mümkün olmayıp bu yükümlülüklerin olaydan olaya farklılaşması olasıdır (bkz. §§45, 46).

59. Başvurucular, e-posta hesaplarının incelenmesinin özel hayat alanlarına ve haberleşme hürriyetlerine haksız bir müdahale oluşturmasına rağmen feshin haksız olduğunun tespit edilerek geçersiz sayılması ve işe iadelerinin sağlanması talebiyle açtıkları işe iade davalarında bu yönde bir tespit yapılmadığını, aksine Mahkemelerce verilen kararlar nedeniyle söz konusu müdahalelerin meşru hâle getirildiğini ve yazışmalarının alenileştirildiğini iddia etmişlerdir. Bu kapsamdaki iddiaların, müdahalelerin nedeni olarak gösterilen olayların gerçekleştiği sürecin özellikleri incelenerek ve derece mahkemelerince gerçekleştirilen yargılamalarda yukarıda belirlenen ilkelere (bkz. §§ 50, 51, 54) uygun şekilde hareket edilip edilmediği dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

60. Başvuru konusu olayda işe iade davalarını yürüten Bakırköy 12. İş Mahkemesinin 31/1/2013 tarihli birinci oturumunda, ikinci başvurucunun eski eşi dâhil yedi tanık dinlenmiş; tanık ifadelerinin genelinde başvurucular arasındaki ilişkinin boyutu ve yakınlığı hakkında tanıkların gözlemlerine yer verilmiştir. Ayrıca farklı birimlerde çalışan başvurucuların arkadaşlıklarının verimlilik ve performanslarına olan yansıması ile genel olarak iş ortamına olan etkisi de tanık ifadelerinde dile getirilmiştir. Buna göre fesih tarihinde başvurucular ile aynı Şirket bünyesinde birlikte çalışan diğer tanıkların beyanlarında başvurucuların performans ve verimliliklerine ilişkin olumsuz değerlendirmelerin bulunmadığı görülmüş, bazı tanıklar ise başvurucuların birbirlerine yakın davrandıkları konusunda birtakım duyumlar aldıklarını ancak arkadaşlık ilişkisinin ötesindeki bir ilişkinin varlığından haberdar olmadıklarını dile getirmişlerdir (bkz. § 17).

61. Tarafların yargılama sürecinde dile getirdikleri beyanlar ile tanıkların ifadeleri incelendiğinde, ikinci başvurucunun eski eşi tarafından işverene sunulan başvuruculara ait yazışmaların kişisel e-posta hesapları üzerinden mi yoksa kurumsal e-posta hesapları üzerinden mi gerçekleştirildiği hususu tespit edilememekle birlikte başvurucuların iş sözleşmelerinin feshedildiği tarihte işveren Şirket bünyesinde insan kaynakları direktörü olarak çalışan tanığın mahkeme huzurunda dile getirdiği *"..Bilgi işlem vasıtasıyla davacının e-maillini özel amaçlı kullanıp kullanmadığı konusunda araştırma yaptık, gerçekten de belirtilen e-mailler bilgisayar kayıtların-*

da mevcuttur." şeklindeki beyanları ile işverenin Derece Mahkemelerine sunduğu dilekçelerdeki kabul beyanları dikkate alındığında, söz konusu yazışmaların içerikleri ile ikinci başvurucunun eski eşinin beyanları üzerinden durumdan haberdar olan işveren tarafından yazışmaların doğruluğunun teyit edilmesi amacıyla bilgi işlem sisteminden ulaşılabilen başvurucuların kurumsal e-posta hesaplarının incelendiği anlaşılmaktadır.

62. Yargılamaya konu dava dosyalarından, başvurucuların karşılıklı olarak gerçekleştirdikleri yazışmaların dava dışı üçüncü kişi tarafından davalı Şirketin yetkili kişi ya da organlarının bilgisine sunulduğu, bundan sonra kurumsal e-posta hesapları üzerinden işveren tarafından inceleme yapıldığı, elde edilen yazışmalarda yer alan unsurların iş sözleşmelerine aykırı olduğundan yola çıkılarak farklı gerekçelerin de eklenmesiyle sözleşmelerin feshedildiği, davalı Şirket tarafından söz konusu yazışmaların liste hâlinde ilk Derece Mahkemelerine delil olarak sunulduğu, delilleri inceleyen ve tanıkları dinleyen Mahkemelerce oluşturulan karar gerekçelerinde söz konusu yazışmaların içeriklerine ilişkin olarak herhangi bir detaya yer verilmediği ve işveren açısından iş ilişkilerinin sürdürülmesi olanağının kalmadığı şeklinde değerlendirme yapılarak davaların reddedildiği görülmektedir.

63. Başvuru konusu olayda, işverenin belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurucuların özel hayatlarına saygı hakları ve haberleşmelerinin gizliliği arasında var olan bir çatışma hâlinden söz edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin görevi, özel hukuk kişileri arasındaki söz konusu uyuşmazlık hakkında doğrudan değerlendirmelerde bulunmak değildir. Anayasa Mahkemesinin rolü, uyuşmazlığın çözümünde tarafları bağlayıcı kararlar alan derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemek ve tarafların sınırlanan hak ve özgürlüklerine yönelik müdahalelerin hukukiliğini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerindeki güvencelerin derece mahkemelerince gözetilip gözetilmediğini belirlemektir.

64. Başvurucular ve işveren tarafından imzalanan iş sözleşmelerinde yer alan hükümler gereğince başvurucuların iş yerinde uyulması gereken kurallara ilişkin yürürlükte olan İç Tüzük'ü, Temel Yönetmelik'i, oryantasyon kitapçığını, Seyahat Yönetmeliği'ni, talimatları ve prosedürleri ilgili sözleşmelerin ayrılmaz eki ve parçası olarak kabul ettikleri ve tüm bu düzenlemelere uymakla kendilerini yükümlü kıldıkları görülmektedir.

65. İşverenlerin keyfî ve sınırsız bir şekilde çalışanların özel hayat alanlarına ve haberleşme hürriyetlerine yönelik müdahalelerde bulunabilmelerine izin veren düzenlemelerin, Anayasa'nın 11. ve 12. maddeleri kapsamında kabul görmesi mümkün olmamakla birlikte anayasal hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelere, kanunlara, uluslararası sözleşmelere aykırı olmayacak şekilde işletmenin ticari gerekliliklerine ve disiplin anlayışına göre belirlenen kuralların açık bir şekilde yer aldığı düzenlemelerin bulunduğu ve bu düzenlemeler konusunda çalışanların önceden bilgilendirilip uyarıldığı durumlarda, kapsamı belirli şekilde çalışanların özellikle çalışma saatleri içinde birtakım haklarının kısıtlanması ve kuralların dışına çıkılmamaya zorlanması amacıyla tedbirler alınması makul görülebilir. Bu doğrultuda bir bilgilendirmenin ve uyarının yapılmadığı durumlarda, hak ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda çalışanların makul bir beklenti taşıyacaklarının kabul edilmesi ve söz konusu hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerden yararlandırılması gerekmektedir.

66. Bu kapsamda yapılan incelemede iş sözleşmelerinin parçası olarak kabul edilen İş Yeri Temel Yönetmeliği'nin, Bilgi Güvenliği Taahhütnamesi'nin, temel yönetim ilkeleri ve temel davranış kurallarının yer aldığı düzenlemenin, ticari alışveriş yapılan firma ilişkilerine yönelik etik kuralların yer aldığı düzenlemenin, İş Yeri Seyahat Yönetmeliği'nin, İş Yeri Disiplin Yönetmeliği'nin, İş Yeri Personel Yönetmeliği'nin ve İş Yeri Kıyafet Yönetmeliği'nin iş sözleşmesiyle birlikte başvurucular tarafından her bir sayfasının ayrı ayrı imzalandığı ve böylece iş yerinde huzur ve disiplinin sağlanması amacıyla işveren tarafından hazırlanmış kuralları ve kısıtlamaları içeren tüm genel düzenlemeler hakkında başvuruculara yeterli biçimde bilgilendirildiği anlaşılmaktadır.

67. Özellikle Bilgi Güvenliği Taahhütnamesi'yle başvuruculara, Şirket tarafından kendilerine iş için tahsis edilmiş olan bilgisayar, e-posta, internet kullanımı, telefon, iletişim programı, diğer IT kaynaklarını ve iletişim araçlarını zaruri ihtiyaçları aşan ölçüde kişisel amaçlı, eğlence niyetli, genel ahlaka, örf ve adetlere aykırı şekilde kullanmayacakları hususunda işverenlerine karşı taahhüt altına girdikleri; ayrıca Şirket yöneticileri tarafından başvuruculara haber verilmeksizin ve uyarıda bulunulmaksızın kullandıkları IT ve iletişim kaynaklarının her zaman takip altında tutulabileceği, yapılan yazışmaların ve iletişim kayıtlarının yedeklenebileceği, raporlanabileceği, gerekli durumlarda detaylı olarak incelenebileceği, el

konulabileceği ve kullanım sınırlaması getirilebileceği hususunda da kabul beyanında bulundukları ve taahhüt verdikleri görülmektedir.

68. İş sözleşmelerinin parçası olan düzenlemeler ile şirket kaynaklarının, bilgisayarların, kurumsal e-posta hesaplarının kişisel amaçlar doğrultusunda kullanımı kesin şekilde yasaklanmış; gerektiğinde yazışmaların ve iletişim kayıtlarının takip edilebileceği ve incelenebileceği hususunda başvuruculara gerekli uyarılar ve bilgilendirmeler yapılmıştır. Bunun yanında, kurumsal olmadığı sürece kişisel hesapların ve kişisel iletişim vasıtalarının mesai saatleri içerisinde kullanılma imkânı olmasına ve buna ilişkin bir engel bulunmamasına rağmen, yapılan işin gerekleriyle ilgisi olmayan yazışmaların iş sözleşmelerine aykırı biçimde mesai saatleri içerisinde kurumsal hesaplar üzerinden gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle başvuruculara kurumsal e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri kişisel yazışmaların korunması konusunda makul bir beklenti içinde oldukları sonucuna ulaşılamaz.

69. Ayrıca işveren, başvuruculara kurumsal e-posta hesaplarını incelemiş; bunu da ikinci başvurucunun eski eşi tarafından Şirket yönetimine sunulan e-posta yazışmaları hakkında bilgi sahibi olduktan sonra başvuruculara Şirket düzenlemelerine aykırı davranışlarının bulunduğu şeklindeki iddianın doğruluğunu teyit etme inancıyla gerçekleştirmiştir. Bu yöndeki tespit ile birlikte 4857 sayılı Kanun hükümleri ve iş sözleşmelerinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında kurumsal e-posta hesaplarının kişisel amaçlarla ve Temel Yönetmelik'e uygun kullanıp kullanmadığını doğrulamak amacıyla başvuruculara yazışmalarını inceleyen işverenin meşru bir amaç taşıdığı ve işveren tarafından gerçekleştirilen müdahalenin söz konusu meşru amaçla ölçülü olduğu, bu hususların Derece Mahkemelerince verilen kararların gerekçelerinde dikkate alındığı kanaatine ulaşılmıştır.

70. Başvuruya konu edilen yargılama süreçleri incelendiğinde öncelikle başvuruculara Derece Mahkemeleri önünde delillerini sundukları, iddiada bulunma ve savunma haklarını herhangi bir engellemeyle karşı karşıya kalmadan kullandıkları görülmektedir. Ayrıca söz konusu yazışmaların çalışma saatleri içinde kişisel amaçlar doğrultusunda kullanıldığı, iş yeri düzenine ilişkin olarak belirlenen düzenlemeler hakkında başvuruculara bilgilendirildikleri ve uyarıldıkları, bu durumu ispat edecek şekilde imzalarının alındığı, sözleşmelere aykırı davranışların bulunduğu

hususunda oluşan inanç doğrultusunda önceden belirlenmiş müdahale sınırlarına riayet edilerek işveren tarafından kurumsal e-posta hesaplarının denetlendiği, bunun dışında işveren tarafından başvuruculara ait diğer verilere ulaşılıp inceleme yapıldığına dair herhangi bir bilginin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yargılamalarda, başvuruculara ait hizmet cetveli ile iş yeri özlük dosyalarının Derece Mahkemeleri tarafından celp edilerek incelendiği, karar gerekçelerinde kurumsal e-posta yazışmalarının içeriklerine yer verilmediği, dava konusuyla sınırlı bir şekilde değerlendirme yapıldığı, başvuruculara doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan eylemleri nedeniyle iş yerinde olumsuzlukların yaşandığı ve bu durumun işveren açısından sözleşmelerin sürdürülmesi imkânını ortadan kaldırdığının kararlarda vurgulandığı, başvuruculara eylemlerinin 4857 sayılı Kanun'un yanı sıra iş sözleşmelerine ve iş yerinin iç düzenlemelerine aykırılıklar oluşturduğu, bu nedenlerle sözleşmelerin feshedilmesinde hukuka aykırı bir durumun bulunmadığı şeklinde kararlar verilmiştir. Ayrıca ikinci başvurucunun eski eşinin tanık sıfatıyla alınan ifadesinin işverenin iddialarının doğruluğunun anlaşılabilmesi amacıyla Mahkemece sorulan ve mahremiyet içermeyen sorulara verilen cevaplardan oluştuğu, yargılama süreçlerinde ve oluşturulan karar gerekçelerinde başvuruculara özel hayat alanlarını alenileştiren ve haberleşmelerinin gizliliğini ortadan kaldıran herhangi bir unsura yer verilmediği anlaşılmaktadır.

71. Derece Mahkemelerince verilen kararlarda, başvuruculara makul bir beklentisinin bulunmadığı hususunun dikkate alınarak başvurucular ile işveren arasında çatışan çıkarların dengelendiği, işveren tarafından başvuruculara tahsis edilmiş kurumsal e-posta hesaplarının incelenmesi şeklindeki müdahalenin Şirket içi düzenlemeler gereğince işverenin meşru amacıyla ölçülü olup olmadığı hususunda değerlendirmelerin yapıldığı, sözleşmelerin feshinin başvuruculara eylemleri karşısında makul ve orantılı bir işlem olup olmadığının gözetildiği ve tüm bu hususlara dayanılarak davaların reddine ilişkin ilgili ve yeterli gerekçeler sunulduğu, ayrıca başvurucular arasındaki yazışmalara ait içeriklerin gerek yargılamaya ilişkin işlemlerde gerekse karar gerekçesinde alenileştirilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

72. Açıklanan nedenlerle özel hukuk iş ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkları karara bağlayan Derece Mahkemelerince ilgili ve yeterli gerekçeler oluşturularak anayasal güvencelerin korunması açısından pozitif yüküm-

lülüklerin yerine getirildiği ve yargılama süreçlerde gerçekleştirilen işlemlerde yazışmaların içeriklerinin alenileştirilmediği anlaşıldığından başvuruculaların Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ile Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Özel hayata saygı hakkının ve haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ve Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşmenin gizliliği hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Başvurucular tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerlerinde BIRAKILMASINA

24/3/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA HÜRRİYETİ (MD. 26 VD.)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HASAN GÜNGÖR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6152)

Karar Tarihi: 24/2/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 1/4/2016-29671

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Abuzer YAZICIOĞLU
Başvurucu	:	Hasan GÜNGÖR
Vekili	:	Av. Mehmet Yahya EKMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, devlet memurunun, bir siyasi partinin basın açıklamasına katılmasının, siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunma kabul edilerek disiplin cezası verilmesi nedeniyle eşitlik ilkesinin ve ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/8/2013 tarihinde Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 19/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/2/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 26/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 3/4/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, Diyarbakır il merkezinde bulunan Celal Güzelses İlköğretim Okulunda sınıf öğretmeni olarak görev yapmakta ve aynı zamanda Eğitim-Sen Diyarbakır Şube sekreteri olarak sendikal faaliyet yürütmektedir. Demokrasi Platformu'nun çağrısı üzerine, 21/4/2007 tarihinde Cumartesi günü Demokratik Toplum Partisi'nin düzenlediği basın açıklamasına katılmıştır. Başvurucu hakkında basın açıklamasına iştirak etmek suretiyle siyasi parti faaliyetine katılması nedeniyle disiplin soruşturması başlatılmıştır.

9. Başvurucunun görev yaptığı Diyarbakır İl Milli Eğitim Müdürlüğü, başvurucu hakkında yürüttüğü idari soruşturma sonucunda 20/9/2007 tarihli ve 17 sayılı kararı ile *"1 yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması"* cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Başvurucu hakkındaki muhakkik raporunda yer alan tespitlerin bir kısmı şöyledir:

> *"Yukarıya çıkarılan öğretmen Hasan Güngör'ün kendi ifadesinden, Eğitim-Sen şube sekreteri olduğunu, Demokrasi Platformu'nun daveti üzerine basın açıklamasına katıldığını belirtiyorsa da yapılan basın açıklamasının herhangi bir sendikal faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği, basın açıklamasının Demokratik Toplum Partisi tarafından yapılması nedeniyle bu faaliyetin bir parti faaliyeti olduğu, Demokratik Toplum Partisinin yaptığı basın açıklamasına katılmasının parti eylemine katılmış sayılacağı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7 maddesinin 1 paragrafının son cümlesinde memurların siyasi parti eylemlerine katılamazlar hükmünün yer aldığı, öğretmen Hasan Güngör'ün kendi ifadesi ile iddianın sübuta erdiği, bu eylemi ile*

öğretmenin –Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak– fiilinin faili olduğu, bu eyleminin karşılığının memurun kendi özel kanununda yerinin olmadığı, fiilin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125 maddesinin D bendinin (o) alt bendi kapsamına girdiği kesinlik kazanmıştır. Açıklanan ve sübuta eren davranışlardan dolayı; …"

10. Başvurucu, hakkında verilen disiplin cezasının iptali istemiyle 26/11/2007 tarihinde idare mahkemesinde iptal davası açmış, Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinin 29/4/2008 tarihli kararı ile dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"Bakılan davada, davacı tarafından disiplin kuruluna sunulan savunmasının incelenmesinden, söz konusu basın açıklamasına katıldığını kabul ettiği, ancak Eğitim-Sen Diyarbakır Şubesi yönetim kurulu üyesi olduğu için sendikayı temsilen basın açıklamasına katıldığını belirttiği görülmektedir.

Dosyada bulunan tüm bilgi ve belgelerin incelenmesinden; 21/4/2007 tarihinde Demeokratik Toplum Partisi tarafından gerçekleştirilen basın açıklamasının bir parti faaliyeti olduğu, zira basın açıklaması yaparak ülkede yaşanan bazı olaylara karşı partilerinin tavırlarını ortaya koyma niyetlerinde oldukları, basın açıklamasının içeriğinden de bu hususun kolayca anlaşılabildiği, bu açıklamaya katılmanın söz konusu partinin faaliyetine katılındığı anlamına geleceği, öte yandan davacı tarafından sendikayı temsilen basın açıklamasına katıldığı ileri sürülse de, yukarıda hükmü yazılı 4688 sayılı Kanunun ilgili maddesine göre sendikanın faaliyetlerinin ancak kamu görevlilerini ilgilendiren meselelerle sınırlı olduğu, basın açıklaması içeriğinin incelenmesinden ise bu açıklamanın kamu görevlileri ile ilgili bir yanının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu durumda davacının, Demokratik Toplum Partisinin basın açıklamasına katılarak fiilen bu parti yararına faaliyette bulunduğu, başka bir deyişle 657 sayılı Yasanın 125/D-o maddesinde belirtilen fiilin faili olduğu anlaşıldığından, hakkında tesis edilen disiplin cezasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

11. Temyiz üzerine, Danıştay Onikinci Dairesinin 8/7/2011 tarihli ve E.2008/6095, K.2011/3748 sayılı ilamıyla; karar usul ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek mahiyette görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.

12. Karar düzeltme istemi, aynı Dairenin 2/4/2013 tarihli ve E.2011/9532, K.2013/2291 sayılı ilamıyla dilekçede ileri sürülen hususların 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirine uymadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

13. Karar 3/7/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu 2/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

15. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesi şöyledir:

"Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar.

Devlet memurları her durumda Devletin menfaatlerini korumak mecburiyetindedirler. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına ve kanunlarına aykırı olan, memleketin bağımsızlığını ve bütünlüğünü bozan Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğini tehlikeye düşüren herhangi bir faaliyette bulunamazlar. Aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, teşekküle veya derneğe katılamazlar, bunlara yardım edemezler."

16. 657 sayılı Kanunu'nun 125. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

…

D - Kademe ilerlemesinin durdurulması: Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

…

o) Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak.

…"

17. 657 sayılı Kanun'un 135. maddesi şöyledir:

"Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.

İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.

İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır.

İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.

Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 24/2/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu, aynı konumda olan devlet memurları hakkında başka siyasi partilerin toplantı ve mitinglerine katıldıkları halde işlem yapılmadığını, bir siyasi partinin basın açıklamasına katılmanın idari yaptırıma bağlanmasının düşünce hürriyetini sınırladığını, devlet memurlarının da diğer tüm vatandaşlar gibi seçme ve seçilme hakkının olduğunu, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasının ancak öngörülen amaç içinde uygulanabileceğini, bu nedenlerle hakkında verilen cezaya yönelik işlemin hukuka aykırı olduğunu belirterek, Anayasa'nın 10., 13. ve 25. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ile yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

B.Değerlendirme

1.Kabul Edilebilirlik Yönünden

20. 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 eşitlik ilkesinin ihlaline ilişkin iddialarının, başka bir haktan bağımsız ve soyut biçimde ileri sürülmesi mümkün olmadığından bir bütün olarak ifade özgürlüğünün ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

21. Öte yandan başvurucu, siyasi partinin basın açıklamasına katılmasının disiplin cezası ile yaptırıma tabi tutulmasının siyasi kimliğinden kaynaklandığı ve bu tutumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Eşitlik ilkesi iddiaları yönünden başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayırımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir. Somut olayda başvurucu, benzer olaylar ile kendi durumunun aynı olduğunu ortaya koyamadığı gibi kendisine nasıl bir ayırımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir beyanda da bulunmamıştır. Bu nedenle başvurucunun Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik iddiaları ayrıca incelenmemiştir.

22. Başvurucunun, bir siyasi partinin basın açıklamasına dinleyici olarak katılma fiilinin disiplin soruşturmasına konu edilerek disiplin cezası verilmesi kararının bilgiye erişim kapsamında ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ihlal iddialarının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

23. Başvurucu, olay tarihinde bir siyasi partinin basın açıklamasına dinleyici olarak katıldığını, slogan atmadığını, dinlediği basın açıklamasının daha sonra da medyada duyurulduğunu, devlet memurunun siyasete tamamen duyarsız olmasının mümkün olmadığını, seçme ve seçilme hakkını kullanan birinin ülke sorunlarını gözlemlemesi ve getirilen çözüm önerilerini takip etmesinin doğal bir durum olduğunu belirtmiştir. Yine memurlarla ilgili siyaset yasağı getirilme amacının, memur kimliğinden yararlanarak sahip olduğu olanakları siyasi partinin yararına veya zararına kullanmasının önüne geçmek olduğunu, basın açıklamasına katılmanın bu kapsamda olmaması gerektiğini savunmuştur.

24. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuya ilişkin örnek kararlarına vurgu yapmış; başvurucunun ihlal iddiaları değerlendirilirken belirtilen hususların dikkate alınması gerektiğini bildirmiştir. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme/AİHS) 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birini oluşturduğu; ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu, benzer olaylardaki AİHM uygulamalarında Sözleşme'nin 11. maddesi bağlamında barışçıl toplanma hakkının incelendiği belirtilmiştir. Bu kapsamda başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığı, gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin dayandığı amacın meşru olup olmadığı ve müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

25. Anayasa'nın *"Temel Hak Ve Hürriyetlerin Sınırlanması"* kenar başlıklı 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

26. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesi 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, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

27. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece *"düşünce ve kanaate sahip olma"* özgürlüğünü değil aynı zamanda sahip olunan *"düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma"*, buna bağlı olarak *"haber veya görüş alma ve verme"* özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602,23/1/2014, §40).

28. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini, düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (*Emin Aydın*, §41).

29. İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü *"haber"* ve *"düşüncelerin"* değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın *"demokratik toplumdan"* bahsedilemez (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, §49).

30. İfade özgürlüğü, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif

olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla ifade özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Fikriye Aytin ve Diğerleri*, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 29).

31. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar *"söz, yazı, resim veya başka yollar"* olarak ifade edilmiş ve *"başka yollar"* ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (*Emin Aydın*, §43). Somut olaydaki gibi basın açıklamasında bulunma özgürlüğünün ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

32. Öte yandan ifade özgürlüğü, sınırlanabilir bir haktır ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (*Fikriye Aytin ve Diğerleri*, § 27).

33. Somut olayda başvurucu, öğretmen olarak devlet memuru statüsünde iken Demokratik Toplum Partisinin basın açıklamasına dinleyici olarak katılmıştır. Disiplin soruşturması ve ilk derece yargılama aşamasında başvurucu, Demokrasi Platformunun daveti ve sendika temsilciliği sıfatıyla basın açıklamasına katıldığını savunmuş, ilk derece mahkemesi, basın açıklamasının sendikal faaliyetle ilgili olmadığını belirterek, başvurucunun fiilini siyasi faaliyete katılma olarak değerlendirmiştir. Bunun dışında başvurucuya isnat edilen ve disiplin soruşturmasına konu edilen herhangi bir eylem bulunmamaktadır.

34. Başvuruya konu olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, bir siyasi partinin basın açıklamasına katılan başvurucu aleyhine bir yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması kararı verilmesinin haber ve bilgiye

erişimi kapsamında ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda, varlığı kabul edilen müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığının, söz konusu hakkın özü zedeleyecek ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve kullanılan araçların orantısız olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

a. Müdahalenin Varlığı

35. Başvurucunun bir siyasi partinin basın açıklamasına katılması sonucunda devlet memurundan beklenen yükümlülüklere uymadığı gerekçesiyle disiplin yaptırımına tabi tutulmasının, ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığında şüphe bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

36. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ifade özgürlüğüne, *"kanunla öngörülmedikçe"* ve madde metninde belirtilen meşru amaçlar dışında müdahale edilemez. Aynı zamanda ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanun tarafından öngörülme, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

37. Yapılan müdahalede, Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan müdahalenin *"kanun"*la yapılması şartına aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 657 sayılı Kanun'un *"Tarafsızlık ve devlete bağlılık"* kenar başlıklı 7. maddesi ile *"Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller"* kenar başlıklı 125. maddesinin *"kanunilik"* koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

38. İlk Derece Mahkemesi *"davacının 21/4/2007 tarihinde katıldığı basın açıklamasının, Demokratik Toplum Partisinin ülkede yaşanan bazı olaylarla ilgili tavırlarını ortaya koymak biçiminde parti faaliyeti olduğu ve kamu görevlileri ile ilgili bir yanının bulunmadığı"* gerekçesi ile müdahalenin kamu düzeni ve tarafsızlığın korunması amacı güttüğünü belirtmiştir. Başvurucu, hak-

kındaki uygulamanın yasanın öngördüğü amaçla uyumlu olmadığını ileri sürmüştür.

39. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık, genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle ve kanunla yapılmış olması gerekir.

40. Başvurucunun bir siyasi partinin basın açıklamasına dinleyici olarak katılması nedeniyle verilen disiplin cezasının Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile bu hususun müdahalenin gerekliliği konusunda yapılacak değerlendirmelerle birlikte tartışılmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

41. Başvurucu, 657 sayılı Kanun'daki sınırlayıcı düzenleme ile memurların siyasete tamamen duyarsız hale gelmesinin veya ilgisiz kalmasının amaçlanmadığını, sadece devlet memurlarının bu kimliğinden yararlanarak ve kimliğin sağladığı olanakları bir siyasi parti yararına veya zararına kullanmasının yasaklandığını iddia etmiştir. Basın açıklamasına dinleyici olarak katılması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasının ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucu, görevi ile ilgili olarak yargı süreci devam eden başka soruşturmaların bulunduğunu ve başvuru konusu olmayan bu soruşturmalar nedeniyle memuriyetine son verildiğini vurgulamıştır.

42. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı halinde alınan önlemleri haklı kılacak gerekçelerin olup olmadığının ve *"sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının"* demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

43. İfade özgürlüğü mutlak olmadığından bazı sınırlandırmalara tabi tutulabilir. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

44. Anayasada belirtilen *"demokratik toplum"* kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. *"Demokratik toplum"* ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in bu ölçütün kullanıldığı 9., 10. ve 11. maddeleri arasındaki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 61).

45. İfade özgürlüğü genel çerçevesinde siyasi partilerin hedefi, fikirleri ve bunları topluma ulaştırma özgürlüğünü korumak, bireylerin seçme ve tercih yapma imkanına zemin hazırlamak, demokrasinin doğru şekilde işlemesini sağlamak ve *"çoğulculuk"*, *"açık fikirlilik"* ve *"hoşgörü"* gibi kavramların içi boş kavramların ötesine geçmesine yardım etmek olduğundan demokrasinin vazgeçilmez araçları olarak kabul edilir. Bu bağlamda siyasi partilerin veya diğer toplumsal örgütlenmelerin, kamuyu ilgilendiren sorunlarla ilgili gösteri, yürüyüş veya basın açıklaması yapması veya daha farklı barışçıl yöntemlerle sesini duyurmaya çalışması ve farkındalık oluşturarak, çoğunluğun dikkatini çekmesi bu özgürlük kapsamında beklenen bir sonuçtur.

46. Demokrasinin esasını meselelerin halka açık olarak tartışılması ve çözümlenmesi yeteneği oluşturur. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında demokrasinin temellerinin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu vurgulamıştır (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 52). Buna göre aynı zamanda birey olan devlet memurları, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi, demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanırlar. Başka bir deyişle, görevine yansıtma, şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi, ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler demokrasiye hizmet edemez ve hatta tehlikeye düşürür (benzer değerlendirmeler için bkz. *Kayasu/Türkiye*, B. No: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008, § 77).

47. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen *"ölçülülük ilkesi"*dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir

güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler (*Tayfun Cengiz*, § 53).

48. İfade özgürlüğü, devlet memurları söz konusu olduğunda, görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığını, kişisel tavırlar sergilenip sergilenmediğini ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığını tartışma konusu yapmaktadır. Bu bağlamdaki AİHM uygulamalarında, memurun bulunduğu konum, görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesini belirlemede ulusal makamlara bir takdir marjı tanınmaktadır (*İsmail Sezer/Türkiye*, 36807/07, 24/3/2015, § 28; *Ahmed ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 2/9/1998, §§ 53-54; *Vogt/Almanya*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51-53; *Otto/Almanya* (k.k.), B. No: 27574/02, 24/11/2005). Fakat örgütlenme özgürlüğünü sınırlama niteliği taşıyan bu durumun bir sınırının olduğu da unutulmamalıdır.

49. Devletin, kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlere sahip olduğu ve bu nitelikleriyle AİHS'in 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğu şüpheden uzaktır (*İsmail Sezer/Türkiye*, § 52; *Vogt/Almanya*, § 53).

50. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını davanın bütününe ve her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (*Yaman Akdeniz ve Diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 43). Bu bağlamda başvurucunun ifa ettiği görev, katıldığı basın açıklamasının içeriği, siyasi partinin konumu ve başvurucunun siyasi yönünün görevine yansıması gibi hususlar değerlendirilecektir.

51. Başvurucunun, bir devlet okulunda sınıf öğretmeni ve aynı zamanda sendika temsilcisi olduğu göz önüne alındığında devlet memurlarının ifade özgürlüğü kapsamında düşünceyi açıklama ve bilgiye erişim hakkından bütünüyle mahrum bırakılamayacaklarını dikkate almak gerekir.

Bununla birlikte, demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Başvurucunun bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek veya başka güvenlik tehdidi oluşturan bir görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulunduğuna ilişkin olarak okul idaresinden yakınmalar olmadığı anlaşılmaktadır.

52. Başvurucunun katıldığı topluluk, Demokratik Toplum Partisinin (DTP) ülkede yaşanan bazı toplumsal ve siyasal olaylarla ilgili basın açıklamasını dinleyen bir kalabalıktır. DTP, 9/11/2005 tarihinde kurulmuş ve 11/12/2009 tarihinde *"eylemleri yanında terör örgütüyle olan bağlantıları da değerlendirildiğinde Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiği"* gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır (AYM, E.2007/1, K.2009/4, K.T. 11/12/2009). Parti kurucularından bir kısmı halen TBMM'de bulunan başka bir siyasi partide görev yapmaktadır.

53. Başvurucu, ilk derece yargılamasında, üyesi olduğu sendika şubesinin sekreteri olduğunu ve sendikacı sıfatıyla dinleyici olarak basın açıklamasına katıldığını, slogan atmadığını belirtmiştir. İlk derece mahkemesi başvurucunun, basın açıklamasına katılan grup içerisinde bulunma dışında başka bir eylemini tespit etmemiş ve basın açıklamasının sendikal faaliyetlerle ilgili olmadığını belirlemiştir. Serbest seçimlerin bulunduğu bir ortamda bireyin, gerek siyasi tercihlerini yapabilme amacının doğurduğu ihtiyacı gerek siyasal ve toplumsal olaylarla ilgili bilgi edinme merakı gözardı edilemez bir durumdur (§ 28).

54. Öte yandan başvurucunun eylemi sonucunda, kendisine bir yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir. Bu cezanın, beş dereceli disiplin cezası sisteminde dördüncü dereceden ve nitelikli sayılabilecek bir ceza olduğu, başvurucunun memuriyet görevinin sona ermesine doğrudan sebep olmasa da tekerrür durumunda görevden atılmasına neden olabileceği ve bireyin haber ve bilgiye ulaşma kapsamında ifade özgürlüğünü engelleyecek niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır.

55. Açıklanan nedenlerle şikâyet edilen, bir yıl süre ile kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının *"toplumsal bir ihtiyaç baskısına"* tekabül etmemesi nedeniyle *"demokratik toplumda gerekli olmadığı"* sonucuna varıl-

mıştır. Bu sebeple başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3.6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

56. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

57. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuştur.

58. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

59. İfade özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

60. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

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

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 1. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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,

24/2/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

FAİK ÖZGÜR EROL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2719)

Karar Tarihi: 9/3/2016

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Hüseyin TURAN
Başvurucu	:	Faik Özgür EROL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumu tarafından *Demokratik Modernite* adlı Dergi'nin (Dergi) başvurucuya teslim edilmeyerek yayına erişiminin engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 15/7/2015 tarihinde, başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 15/7/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm başkanı tarafından 9/11/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 4/12/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, 22/1/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulanmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediği iddiasıyla tutuklanan başvurucu, başvuru tarihi itibarıyla Kocaeli 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olarak bulunmaktadır.

10. Posta yoluyla gönderilmiş olan *Demokratik Modernite* adlı Dergi'nin 2012 yılı 3. sayısı, Kocaeli 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulunun (Eğitim Kurulu) 21/11/2012 tarihli ve K.2012/64/63 sayılı kararı gereğince başvurucuya teslim edilmemiştir.

11. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"İlgili dergide yasa dışı terör örgütünün sözde lideri Abdullah ÖCALAN'ın yasaklı kitaplarından alıntılar (Örnk. S.29-86) yapılmış olup; ÖCALAN'ı ve örgütü övücü, meşrulaştırıcı (Örnek. S.35-47) ifade ve yorumlar vardır.

Belirtilen nedenlerden: Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 62. Maddesinin 3. bendinde geçen 'Kuruma gelen her türlü yayının, kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan nitelikte olup olmadığına karar vermek.' ve ayrıca, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin 11. Maddesinin (b) bendinde geçen 'Mahkemece yasaklanmamış olsa bile, Kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsadığı eğitim kurulu kararıyla tespit edilen hiçbir yayın kuruma kabul edilmez.' hükmüne binaen ilgili yayınların arşive kaldırılmasına, adı geçen hükümlü ve tutuklulara verilmemesine, ..."

12. Başvurucu, bu karara karşı Kocaeli İnfaz Hâkimliğine (İnfaz Hâkimliği) itirazda bulunmuştur. Başvurucunun itirazını inceleyen İnfaz Hâkimliği 13/2/2013 tarihli ve E.2012/2531, K.2013/839 sayılı kararıyla itirazı reddetmiştir.

13. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

" ... Taleple ilgili olarak C.Savcısından yazılı görüş istenilmiş C.Savcısı yasal olmayan itirazın reddine karar verilmesi mütalaasında bulunmuştur.

İtiraz edenin dilekçesi, Eğitim Kurulu kararına yönelik karar ve ekleri bir bütün halinde inceleyip değerlendirildiğinde, kararının usul ve yasalara uygun olduğu kanaat ve sonucuna varıldığından talebin reddine karar verilmesi gerekmiştir."

14. Başvurucunun anılan ret kararına karşı yaptığı itiraz, Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 5/3/2013 tarihli ve 2013/322 Değişik İş sayılı kararında İnfaz Hâkimliği kararının usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiş, anılan karar başvurucuya 14/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 11/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Başvuruya Konu Dergi

16. *Demokratik Modernite*, merkezi İstanbul'da olan ve iki ayda bir yayımlanan bir dergidir.

17. Dergi'nin başvuruya konu 2012/3 numaralı sayısının ilgili kısımları, başvuru dosyasının içinde bulunan nüshadan incelenmiştir.

18. Dergi'nin 28. vd. sayfalarında yer verilen ve N.K. tarafından kaleme alınan "*Kapitalist Modernitenin Hegomonik Saldırısı ve Ortadoğu Krizinden Çıkış*" başlıklı makalede, Ortadoğu'da meydana gelen gelişmelerin temel nedenleri ve bundan çıkış yolları üzerinde durulurken bu nedenlerden birinin Abdullah Öcalan tarafından dile getirilen "*kapitalist hegemonyanın 'çekirdek gücü' olan İsrail'in her koşulda korunması ve varlığını bölgesel hegemon olarak sürdürmesinin sağlanması*" olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kapitalist modernitenin bu amaçla gerçekleşen saldırılarının, Ortadoğu toplumsallığını parçalamakla kalmadığı, aynı zamanda atomize edilen toplumsallığın kendi içerisinde çok yönlü çelişki ve çatışma zeminine çekilerek sosyal kültür olarak da bitirilmek istendiği ifade edilmiştir.

19. Makalenin devamında ise yazar, Ortadoğu'nun krizden çıkışı için Abdullah Öcalan tarafından dile getirilen demokratik moderniteden alıntılara yer verilmiştir. Bunlardan birinin demokratik ulus kavramı, diğerinin ise komün ekonomisi olduğu belirtilerek bu konuda açıklamalar yapılırken yazar, terör örgütü lideri olan Abdullah Öcalan'ın kavramsal tanımlamalarına yer vermiştir.

20. Dergi'nin 33. sayfasından başlayıp devam eden ve C. Ö. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Ahlak-Politika ve Demokrasi Sorunu*" başlıklı makalede, Ortadoğu coğrafyasında yaşanan ortak sorunların başında ahlak, politika ve demokrasinin geldiği, bu kavramların toplumsal oluşumundaki yeri ve önemi üzerinde durulurken Öcalan tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Uygarlık Krizi*" adlı kitaptan alıntılar yapılarak "*ahlak*", "*politika*" ve "*demokrasi*" kavramlarının açıklanmasına yer verilmiştir.

21. Makalenin devamında ise Ortadoğu'da halkların kendi dinamiklerine dayanan, oradan beslenen ahlaki ve politik yapılanmaya her zamankinden daha fazla ihtiyaç olduğu, özellikle halkın kendisini kattığı ve kararlarını doğrudan katılımı ile gerçekleştirdiği toplumsal yapılanmaya gereksinim olduğu belirtilirken bu konuda Öcalan'ın "*Demokratik Ulus Çözümü*" adlı savunmasında belirttiği konfederalist çözüm modelinin önemli olduğuna vurgu yapılmıştır.

22. Dergi'nin, 36 ilâ 38. sayfalarında, Y.D. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Liderlik Kültü ve Önderlik Gerçeği*" başlıklı makalede, Ortadoğu'da liderlik kültü ele alınırken bunun anlaşılabilmesi için derin bir tarih kültürüne gereksinim olduğu, önderliğin varoluş ya da yok oluş dönemlerinde ortaya çıktığı, bu tür önderlerin daha çok peygamber olarak adlandırıldığı, toplumların sadece güncel sorunlarını çözen değil, geleceklerini de güvence altına alan çözümleri; zihinsel, örgütsel ve eylemsel olarak yaşama geçiren kişilerin önder olabileceği; Hz. İsa, Hz. Muhammed, Lenin, Mandela ve Abdullah Öcalan'ın ilk akla gelen örnek önderler olduğu ifade edilmiştir.

23. Dergi'nin, 39 ilâ 42. sayfalarında, M.Y. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu Toplumunda Tarihsel Direnişler ve Çözüm Arayışları*" başlıklı makalede yazar, Ortadoğu'da devletler arasında kan bağı ya da akraba uyuşması olduğu gibi devletçi geleneğe karşı da direnişler olduğunu, bu direnişlerin toplumsal mirası paylaşarak devam ettiğini, oysa bu direnişlerin

birbirinden kopuk olduğunu, bunun anlaşılabilmesi için Abdullah Öcalan'ın direnişlerdeki nedensellik bağı konusundaki görüşlerinin önemle incelenmesi gerektiğini, Öcalan'ın "*merkez-çevre diyalektiği*" ekseninde bir direnişler tarihi açıklaması yaptığını, bu diyalektiğin, merkezî uygarlığın bunalım süreçleriyle açıklandığını belirtmiştir.

24. Dergi'nin 44 ilâ 48. sayfalarında A.S. tarafından kaleme alınan "*Devlet ve Demokrasi İkileminde Ortadoğu Çözümü*" başlıklı makalede, güncel sorunlara çözüm arayışında işaret edilen yerin tarih olduğu, güncelde yaşanan sorunların çözümünün sadece bilmekle değil, aynı zamanda yapmakla gerçekleşeceği, tarih ile şimdi arasındaki bu bağlamın diyalektiğini en güçlü ifadelendirenin Abdullah Öcalan olduğu belirtilmiştir. Öcalan'ın "*tarih günümüzde saklı, biz tarihin başlangıcında gizliyiz*" derken çözümün de sorunun da adresini ve dolayısıyla diyalektiğini verdiğini ifade etmiştir. Ortadoğu'da çözümden bahsedilebilmesi için öncelikli olarak toplumsal hakikat perspektifinin kabul edilmesi gerektiği, bunun kabul edildiği durumda ise her toplumsallığın farklı bir hakikati olduğunun kabul edilmiş olduğu, dolayısıyla her toplumun çözümünün de farklı olacağı ifade edilmiştir. Çözüm modellerinden birincisi Öcalan'a göre "*devlet ulusuyla demokratik ulusun varlığını ve özerkliğini esas alan anayasal çözüm*" olup bir değer çözüm yöntemi ise "*Demokratik Konfederalizm*"dir. Yazar, Öcalan'ın demokratik konfederalizm çözümünün özünün demokrasinin toplumsallaşması oduğunu ifade etmiştir.

25. Dergi'nin 49 ilâ 54. sayfalarında A.S. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Kadın Devrimi*" başlıklı makalenin girişinde Abdullah Öcalan'ın "*Sistem reformla düzelme şansını çoktan yitirmiştir. Gerekli olan, tüm toplumsal alanlarda yürütülecek bir kadın devrimidir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Yazının devamında bir toplumu düşürmenin, zayıflatmanın ve köleleştirmenin ilk adımının kadınları düşürmek, zayıflatmak ve köleleştirmek olduğu; güçten düşürülen kadının, güçten düşürülen toplumsallık, toplumsal ahlak ve toplumsal vicdan demek olduğu ifade edilmiştir. Kadının özgürleşmesi için ne yapılması gerektiği sorusuna yazar, Öcalan'ın "*Aslında negatif bir duruş gerekiyor. Sistemin hakikat rejimine her cepheden olumsuz davranmak! Kuru bir cephe alıştan bahsetmiyorum. Onu çözerek karşı duruşun sergilenmesi gerektiğini savunuyorum*" sözlerine atıf yaparak cevap vermeye çalışmıştır.

26. Makalenin devamında, kadın hareketinin bir toplumun ulusal demokratik özgürlük mücadelesinin öncülüğünü de yürüttüğü; bu mücadeleyi sokak siyasetinde, meclis kürsülerinde, kota uygulamasında ve eşbaşkanlık ilkesiyle ülkede ve tüm bölgede gerçekleştirdiği, Kürt kadının; ataerkil din, töre ve sosyal kapatma cenderesinden çıkarıp ulusal özgürlük mücadelesinin söz ve karar gücüne dönüştürenin Kürdistan Devrimi olduğu; bu özelliğiyle devrimin bir kadın devrimi olduğu ifade edilmiştir.

27. Dergi'nin 57 ilâ 60. sayfalarında R.Ç tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Kürt Kültürel Tarihi*" başlıklı makalede kültürel tarih ve bu bağlamda Kürtlerin tarihi anlatılmaya çalışılmıştır. Yazar, Kürt etnik kimliğini açıklarken neolitik dönemde Kürt etnik kimliği ile Kürt kabile kimliğinin iç içe geçtiğini, Kürtlerdeki kabile-aşiretçiliğinin güçlü olmasının nedeninin bu olduğu, Kürtlerin kabileyi ilk yaşayan toplum olmasının büyük ihtimal dahilinde olması nedeniyle Abdullah Öcalan'ın, Kürtlerin kabile toplumunun temsilcisi olduğunu ifade ettiğini belirtmiştir.

28. Dergi'nin 61 ilâ 64. sayfalarında R.Ç. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Yaşananlar Sanal mı?*" başlıklı makalede Ortadoğu'da yaşanan ayaklanmalar ve arayışlar konu edinilmiş, bölgenin merkezinde yer alan Kürtlerin de herkes gibi bu gelişmelere duyarlı olmasının doğal olduğu, zira bu gelişmelerden en çok etkilenen ve etkilenme potansiyeline sahip bir halk konumunda olduğu, Kürtlerin bölgedeki diğer halklardan daha önce örgütlendiği ve devrimsel sürece girdiği ifade edilmiştir. Yazının devamında PKK'nın bir güç olarak geliştiği sürece değinilmiş; 1970 yıllarında şekillenen PKK'nın liderliğini yapan Öcalan'ın önce sosyalist ideolojiyi benimsediği, Sovyet blokunun çökmesiyle eski sosyalist anlayış yerine "*daha az devlet daha çok demokrasi*" biçiminde bakışını formüle ettiği ve Konfederal demokratik bir sistemi teorileştirdiği ifade edilmiştir.

29. Dergi'nin 68 ilâ 72. sayfalarında M.İ. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Mezhep Sorunu ve Şii Geleneği*" başlıklı makalede 2010 yılının sonlarında başlayan ve "*Arap Baharı*" olarak adlandırılan halk hareketlenmelerinin, "*Ortadoğu'nun kültürel ve sosyo-politik dokusuna dayatılan kapitalist modernite unsurlarına karşı bir direnişi de temsil ettikleri*" şeklinde de anlaşılması gerektiği, bu konuda "*Öcalan*" ın"*…her şeyden önce yaşanan çatışmanın uygarlık hegomonyası çerçevesinde değil, kültürel çerçevede geliştiğinin bilinmesi önem taşır. Kültürel çatışmanın uzun sürmesi ve bölgenin yerleşik kültürünün kolayca teslim olmaması, hatta kültürel hegomonik savaşa*

kalkışması beklenmelidir." görüşüne yer verilmiştir. Yazıda, Şia ve Şiilik kavramları üzerinde durulmuş, nihayetinde İran Devrimi açıklanırken bu konuda Abdullah Öcalan'ın görüşlerine yer verilmiştir. Yazıda Öcalan'ın İran devrimini, "*20.yy.'ın son büyük sosyal devrimi olarak*" tanımladığı, bu devrimin "*esas gücünün tarihin derinliklerinden gelen toplumsal kültüründen ve isyan geleneğinden*" aldığı belirtilmiştir.

30. Dergi'nin 81 ilâ 86. sayfalarında H.D. tarafından kaleme alınan "*BOP(Büyük Ortadoğu Projesi) ve Siyasal İslam*" başlıklı makalede, kapitalist modernitenin yapısal kriziyle bağlantılı olarak ortaya çıkan krizin, "*III. Dünya Savaşı*" olarak nitelendirildiği, küresel güç merkezlerinin I. ve II. Dünya savaşlarında yarım bıraktıkları hesapların Ortadoğu üzerinde yürütüldüğü, söz konusu projenin bölgede yeni bir hegomonya oluşturma operasyonu olduğu ifade edilmiştir. Yazıda, projenin birden fazla ayağının olduğu, bunlardan birinin dünyanın neresinde olursa olsun sistem dışı devrimci demokratik hareketlerin tasfiye edilmesi, parçalanması ve söz konusu eğilimlerin etkisizleştirilmesi olduğu, aynı politikanın Kürtlere ve Kürt Özgürlük Hareketine de karşı kullanıldığı, Öcalan'ın uluslararası bir komployla Türkiye'ye teslim edilmesinin de bu politikayla yakından ilişkili olduğu iddia edilmiştir.

C. İlgili Hukuk

31. 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun"*İnfaz hâkimliklerinin görevleri*" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

> *"İnfaz Hâkimliklerinin görevleri şunlardır:*
>
> *1. Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.*
>
> *2. Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahadeye tabi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.*

3. Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, tüzük veya yönetmelik hükümleri ile genelgelere aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

4. Ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar vermek.

5. Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak.

Kanunlarda başka bir yargı merciine bırakılan konulara ilişkin hükümler saklıdır."

32. 4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar" kenar başlıklı 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Şikayet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir; ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikayet 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."

33. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı*" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, hükümlülere ücretsiz ola-

rak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.

(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez."

34. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün "*Eğitim kurulunun görev ve yetkileri*" kenar başlıklı 43. maddesinin (1) numaralı fırkasının (ı) bendi şöyledir:

"(1) Eğitim Kurulu aşağıda sayılan işleri yapmakla görevli ve yetkilidir;

…

ı) Kuruma gelen her türlü yayının, kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan nitelikte olup olmadığına karar vermek,

…"

35. 12/7/2005 tarihli Adalet Bakanı oluru ile yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin "*Kuruma kabul edilmeyecek yayınlar*" kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"a) Mahkemelerce yasaklanmış olan,

b) Mahkemelerce yasaklanmamış olsa bile, kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsadığı eğitim kurulu kararıyla tespit edilen, hiçbir yayın kuruma kabul edilmez."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 9/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

37. Başvurucu; kendisine verilmemesine karar verilen Dergi hakkında mahkemeler tarafından verilmiş herhangi bir yasaklama kararı olmadığını, ayrıca Eğitim Kurulunun yasaklamaya ilişkin kararında, Kanunda

belirtilen kurum güvenliğini tehlikeye düşürme şartının ne şekilde gerçekleştiğine dair yeterli gerekçenin de yer almadığını, dolayısıyla Eğitim Kurulunun başvuruya konu müdahalesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek söz konusu müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş, manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. Başvurucu, basım veya dağıtımına ilişkin herhangi bir yasaklama kararı bulunmayan, kamuya açık alanlarda satışı yapılan ve herkesin erişimine açık olan Dergi'nin Eğitim Kurulu tarafından yasaklanmasının Anayasa'nın 26. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) 10. maddelerine aykırı olduğunu belirterek ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Bakanlık görüş yazısında, başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin şikâyetinin kabul edilebilirliği yönünden görüş bildirilmemiştir.

40. Başvurucunun, açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden bulunmayan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair başvurusunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

41. Başvurucu, kendisine verilmemesine karar verilen Dergi hakkında mahkemeler tarafından verilmiş herhangi bir yasaklama kararı olmadığını, ayrıca Eğitim Kurulunun yasaklamaya ilişkin kararında, Kanunda belirtilen kurum güvenliğini tehlikeye düşürme şartının ne şekilde gerçekleştiğine dair yeterli gerekçenin yer almadığını, dolayısıyla Eğitim Kurulunun başvuruya konu müdahalesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek söz konusu müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Bakanlık görüş yazısında, başvuruya konu Dergi'nin başvurucuya verilmemesine ilişkin kararın kanuni bir dayanağının olduğu, bu kapsamda söz konusu kararın suç işlenmesinin önlenmesi ve kamu emniyeti gibi amaçlarla alındığının anlaşıldığı; Eğitim Kurulu kararında, Dergi'nin bazı

bölümlerinde Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar bulunduğu gerekçesiyle verilmediği belirtilmiştir.

43. Bakanlık, ayrıca başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığı, gerçekleştirilen müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiğini belirterek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bazı kararlarına atıfta bulunarak cezaevlerinde düzenin ve disiplinin sağlanması çok önemli olduğundan kuralların daha sıkı uygulanabileceğini ve bu tür uygulamaların Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olacağını ifade etmiştir.

44. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi 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 fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

45. Sözleşme'nin 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü

ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

46. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir (*Emin Aydın* [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

47. İfade özgürlüğü; insanın serbestçe haber, bilgi ve başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (*Emin Aydın*, § 40).

48. Somut olayda cezaevinde tutuklu olarak bulunan başvurucuya gönderilen Dergi'nin, Eğitim Kurulu tarafından sakıncalı bulunması nedeniyle cezaevi idaresince verilmemesinin, ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Haber veya fikirlere ulaşma hakkı, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Anayasa'da ifade özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almakla birlikte mevcut koşullar altında başvurunun ifade özgürlüğüne ilişkin temel düzenleme olan Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

49. Hükümlü ve tutuklular, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (*Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri*, B. No: 2013/583, 10/12/2014, § 65; *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No. 74025/01, 6/10/2005, § 69). Bu bağlamda hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğü de (*Yankov/Bulgaristan,* B. No.

39084/97, 11/12/2003; *T./Birleşik Krallık,* B. No. 8231/78, 12/10/1983) Anayasa ve Sözleşme kapsamında koruma altındadır.

50. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar gereğince ifade özgürlüğü mutlak bir hak niteliğinde değildir. Sınırlanabilir nitelikte olmasına rağmen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi gözetildiğinde sınırlamaların daha dar yorumlanması ve bir sınırlamanın gerekliliğinin inandırıcı ve makul olması gerekmektedir (*Yankov/Bulgaristan*, § 129). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler gözönüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (*İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, 26/2/2015, § 51).

51. Öte yandan cezaevinde bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebilecektir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlama makul ve ölçülü olmalıdır (Benzer yönde AİHM kararları için bkz.*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 6205/73…, 23/3/1983, §§ 99-105).

52. Açıklanan ilkeler ışığında başvuruya konu olayda, ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığının, sonrasında ise müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

a. Müdahalenin Varlığı

53. Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olan başvurucunun Dergi'ye erişiminin engellenmesinin, başvurucunun bilgi ve düşünceleri edinme özgürlüğüne ve dolayısıyla ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

54. Tespit edilen müdahalenin, Anayasa'nın 26. maddesi anlamında meşru kabul edilebilmesi için aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden bir veya daha fazlasına dayanması ve hak ve öz-

gürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olması gereklidir. Bu nedenle sınırlamanın; Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş ve kanunla öngörülmüş olma, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Ahmet Temiz*, B. No: 2013/1822, 20/5/2015, § 36).

i. Kanunilik

55. Başvurucu, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğinin ifade edilmiş olmasına karşılık Eğitim Kurulu kararında atıf yapılan Yönerge maddesinin, 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (3) numaralı fıkrasında düzenlenmeyen bir kısıtlamayı kapsadığını belirterek müdahalenin kanunilik şartını yerine getirmediğini iddia etmiştir.

56. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği; kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2009/51, K.2010/73,20/5/2010; AYM, E.2009/21, K.2011/16, 13/1/2011; AYM, E.2010/69, K.2011/116, 7/7/2011; AYM, E.2011/18, K.2012/53, 11/4/2012).

57. Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şeklî olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni; bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal

yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir (AYM, E.2011/62, K.2012/2, 12/1/2012).

58. AİHM içtihatlarına göre de bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı, arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir (*Kayasu/Türkiye*, B. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 83).

59. 5275 sayılı Kanun'un "*Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı*" kenar başlıklı 62. ve Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin "*Kuruma kabul edilmeyecek yayınlar*" kenar başlıklı 11. maddelerinde, yasaklanmış veya yasaklanmamış olmakla birlikte kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veyahut müstehcen içeriğe sahip yayınların ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir.

60. Ceza infaz kurumları ve infazla ilgili mevzuatın, belirli düzeyde açık ve öngörülebilir olması yanında özellikle özgürlüğü bağlayıcı cezanın amacı, kurumun iç disiplininin sağlanması ve benzeri birçok nedenle cezaevi idaresine belirli ölçüde takdir yetkisi ve bir hareket alanı sağlaması da gerekir. Bu nedenle müdahalenin dayanağı olan düzenlemeler; yeterli düzeyde açık, belirli, öngörülebilir ve erişilebilir niteliktedir (*İbrahim Bilmez*, § 59).

61. Eğitim Kurulu kararında; Dergi'de PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yapılması, adı geçeni ve örgütü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verilmesi hususları-

nın, kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçelerine dayanıldığı, şikâyet üzerine bu kararı denetleyen İnfaz Hâkimliğinin de bu gerekçelere atıfta bulunarak Eğitim Kurulu kararını hukuka uygun bulduğu anlaşılmaktadır. Gerek Eğitim Kurulu gerekse İnfaz Hâkimliği kararlarında başvuruya konu Dergi içeriğinde, PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yapılması ile anılan kişi ve örgütü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlar bulunması, 5275 sayılı Kanun'un 62. ve Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin 11. maddeleri kapsamında değerlendirilmiştir. Belirtilen hususlar çerçevesinde, başvurucunun haber veya fikirlere ulaşma hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının olduğu açıktır.

ii. Meşru Amaç

62. Başvurucu; kendisine verilmeyen Dergi hakkında bir toplatma kararının bulunmadığını, kanunda tahdidi olarak sayılan "*kurum güvenliğini tehlikeye düşürme*" şartının gerçekleşmediğini, kurum güvenliğinin ne tür bir tehlikeye maruz kalacağına dair somut bir gerekçenin gösterilmediğini belirterek müdahalenin meşru bir amacının bulunmadığını iddia etmiştir.

63. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin, Cumhuriyet'in temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması; suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarına yönelik olması gerekir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 5/6/2015, § 57).

64. Somut olayda müdahale gerekçesi; Dergi'de PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yapılması, adı geçeni ve örgütü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verilmesi hususlarının, kurum güvenliğini tehlikeye düşürmesi olarak gösterilmiştir.

65. Gerçekten C.Ö. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Ahlak-Politika ve Demokrasi Sorunu*" başlıklı makalede, Ortadoğu coğrafyasında yaşanan ortak sorunlar olarak ahlak, politika ve demokrasinin geldiği, bu kavramların toplumsal oluşumundaki yeri ve önemi üzerinde duran

yazarın, Abdullah Öcalan'ın fikirlerinden alıntılar yaparken anılan kişiyi meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verdiği anlaşılmaktadır.

66. Bu tespitler ışığında, başvuruya konu müdahalenin, "*kamu düzeni*"nin sağlanması kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin bir uzantısı niteliğinde olduğu, bunun da Anayasa'nın ifade özgürlüğünü güvence altına alan 26. maddesinin ikinci fıkrası anlamında meşru bir amaç taşıdığının kabulü gerekir.

iii. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

67. Başvurucu, Dergi'nin verilmeme gerekçesi olarak Eğitim Kurulu kararında Abdullah Öcalan'ın kitaplarından alıntılar yapılmış olmasının ve örgütü övücü ifadelerin bulunmasının gösterildiğini, ancak Dergide hangi bağlamda Öcalan'ın hangi kitabından alıntılar yapıldığının gösterilmediğini, Öcalan'ın adının geçmesinin yasaklama için yeterli görüldüğünü belirterek dergiye el konulmasının ölçüsüz ve orantısız olduğunu iddia etmiştir.

68. İfade özgürlüğü bazı sınırlandırmalara tabi olabilir. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir (*Mehmet Ali Aydın* , § 64).

69. 1982 Anayasası'nda belirtilen "*demokratik toplum düzeni*" kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. "*Demokratik toplum düzeni*" ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşme'nin "d*emokratik toplum düzeninin gerekleri*" ölçütünün bulunduğu 8., 9., 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (*Mehmet Ali Aydın*, § 65).

70. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamalara yer verilemez. Anayasa'nın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve

ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir (*Mehmet Ali Aydın*, § 66).

71. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeni gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*"ne evleviyetle aykırı olacağından, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeni gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir (*Mehmet Ali Aydın*, § 67).

72. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "d*emokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Mehmet Ali Aydın*, § 68).

73. Buradan çıkan sonuca göre demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil; devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

74. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada esas alınan bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin

başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında gereklilik ve ölçülülük arasındaki bu ilişkiye dikkat çekmiş, amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunması gerektiğine karar vermiştir (AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007; *Fatih Taş*, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 93).

75. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir (*Fatih Taş*, §§ 92, 93)

76. Müdahalenin orantılı olduğundan söz edebilmek için temel hakka daha az zarar verebilecek ancak aynı zamanda güdülen amacı yerine getirebilecek nitelikte olan yöntemin tercih edilmiş olması gerekmektedir (*Nada/İsviçre*, B. No: 10593/08, 12/9/2012, § 183).

77. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından *"demokratik bir toplumda gerekli"* olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Fatih Taş*, § 97).

78. AİHM de konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçen "*gerekli*" kavramını Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen yaklaşımına benzer bir biçimde açıklamıştır. AİHM'e göre "*gerekli*" kavramı, "*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı*" ifade etmektedir (*Handyside/Birleşik Krallık*, § 48). O hâlde ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Bu çerçevede müdahale, meşru amaç taşıyan orantılı bir müdahale olmalıdır. İkinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır (başka bir bağlamda benzer bir değerlendirme için bkz. *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 56).

79. Dolayısıyla içeriğinde PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yapıldığı, adı geçen ve örgütü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verildiği tespit edilen Dergi'nin başvurucuya verilmemesi yoluyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, cezaevi güvenliğinin tehlikeye düşürülmemesi şeklindeki meşru amaçla orantılı olduğunun kabulü hâlinde başvurucunun talebinin reddine ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 57).

80. Yapılacak değerlendirmelerde ifade özgürlüğünün "*herkese*" tanındığının hatırda tutulması gerekir. Yüksek güvenlikli bir cezaevinde kapatılmış bulunan bir tutuklu olan başvurucunun da herkes gibi Anayasa'nın 26. maddesi hükmünden yararlanabileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Bununla beraber disiplini bozacak ve dolayısıyla cezaevi güvenliğini tehlikeye düşürecek faaliyetleri önlemeye yönelik hukuki düzenlemeler olmadan bir cezaevinde düzen ve güvenliğin sağlanması da düşünülemez (*Özkan Kart*, B. No: 2013/1821, 5/11/2014, § 50).

81. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi kendi takdirini davada uygulamadan önce müdahalenin gözetilen meşru amaçlarla orantılı olması hususunun, öncelikle kamu gücünü kullanan makamlara ait olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu konuda kamu otoritelerinin bir takdir yetkisi olduğu açıktır. Bu takdir yetkisinin genişliği birçok unsura, özellikle de söz konusu faaliyetin niteliğine ve sınırlamaların amacına bağlı olarak değişmektedir (*Özkan Kart*, § 51).

82. Somut olayda başvurucuya Ceza İnfaz Kurumu tarafından teslim edilmeyen Dergi hakkında, Eğitim Kurulu tarafından verilen kararda, anılan Dergi'nin içeriğinde PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yapıldığı; adı geçeni ve terör örgütünü övücü, meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verildiği belirtilmiş ve bu hususlar karara gerekçe gösterilmiştir. Bu karara karşı yapılan şikâyet başvurusu üzerine İnfaz Hâkimliğinin vermiş olduğu ret kararında, Eğitim Kurulu kararının usul ve yasalara uygun olduğu belirtilmiştir. İtiraz üzerine Kocaeli 2. Ağır Ceza Mahkemesince verilen kararda ise İnfaz Hâkimliğinin kararındaki gerekçe yerinde görüldüğünden itirazın reddine karar verilmiştir.

83. Dergi'nin 61 ilâ 64. sayfalarında R.Ç. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Yaşananlar Sanal mı?*" başlıklı makalede, bölgenin merkezinde yer alan Kürtlerin de herkes gibi bu gelişmelere duyarlı olmasının doğal olduğu, bu gelişmelerden Kürtlerin en çok etkilenen ve etkilenme potansiyeline sahip bir halk konumunda olduğu, Kürtlerin bölgedeki diğer halklardan daha önce örgütlendiği ve devrimsel sürece girdiği ifade edilirken PKK'nın bölgede bir güç olarak geliştiği, 1970 yıllarında şekillenen PKK'nın liderliğini yapan Öcalan'ın önce sosyalist ideolojiyi benimsediği, Sovyet blokunun çökmesiyle eski sosyalist anlayış yerine "*daha az devlet daha çok demokrasi*" biçiminde bakışını formüle ettiği ve konfederal demokratik bir sistemi teorileştirdiği ifade edilmiştir.

84. Dergi'nin 57 ilâ 60. sayfalarında R.Ç. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Kürt Kültürel Tarihi*" başlıklı makalede ise Kürtlerin tarihi anlatılmaya çalışılmıştır. Yazar, Kürt etnik kimliğini açıklarken neolitik dönemde Kürt etnik kimliği ile Kürt kabile kimliğinin iç içe geçtiğini, Kürtlerdeki kabile-aşiretçiliğinin güçlü olmasının nedenin bu olduğunu, Kürtlerin kabileyi ilk yaşayan toplum olmasının büyük ihtimal dahilinde olduğunu, bu nedenle Abdullah Öcalan'ın, Kürtlerin kabile toplumunun temsilcisi olduğunu ifade ettiğini belirtmiştir.

85. Y.D. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Liderlik Kültü ve Önderlik Gerçeği*" başlıklı makalede ise yazar, önderliği tanımlarken önderliğin varoluş ya da yok oluş dönemlerinde ortaya çıktığı, bu tür önderlerin daha çok peygamber olarak adlandırıldığı, toplumların sadece güncel sorunlarını çözen değil, geleceklerini de güvence altına alan çözümleri zihinsel, örgütsel ve eylemsel olarak yaşama geçiren kişilerin önder olabileceği belirtilmiş; Hz. İsa, Hz. Muhammed, Lenin ve Mandela gibiAbdullah Öcalan'ın da ilk akla gelen örnek önderler olduğu ifade edilmiştir

86. AİHM'e göre denetim görevi, "*demokratik bir toplumu*" niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeyi zorunlu kılmaktadır. İfade özgürlüğü, sadece hoşa giden veya zararsız ya da tepki oluşturmayacak bilgi veya fikirler için değil; devlete veya halkın bir kısmına ters düşen veya onları şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerlidir. Demokratik toplumun "*olmazsa olmazları*" olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik bunu gerektirir (*Handyside/Birleşik Krallık*,§ 49).

87. Buna karşılık millî güvenlik ve ülkenin toprak bütünlüğünün korunması, kamu düzeninin sağlanması ve terörle mücadelenin bir yöntemi

olarak ifade özgürlüğü kapsamındaki güvencelere birtakım sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ancak bu sebeplere dayanarak özgürlüğe getirilen sınırlama, elde edilmek istenen amaçla kullanılan vasıta arasında orantı olması ve bu yönde acil bir sosyal ihtiyaç bulunması hâlinde ölçülü kabul edilebilecektir (benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Zana/Türkiye*, B. No: 18954/91, 25/11/1997, §§ 55-62). Bu noktada gözetilmesi gereken orantı, kişilerin haber veya fikirlere ulaşma hakkı ile devletin, toplumu terör eylemlerinden koruma ve ceza infaz kurumlarındaki güvenlik sorunlarını ortadan kaldırma yükümlülüğü arasında olup devletin bu konudaki takdir marjını kullanırken anılan orantının gözetilip gözetilmediğinin belirlenmesi gerekir. Bu değerlendirmenin ise ceza infaz kurumlardaki somut güvenlik sorunları ışığında yapılması gereklidir.

88. Başvurucu tarafından ifade edildiği ve Bakanlık tarafından da herhangi bir itirazda bulunulmadığı üzere başvuruya konu Dergi hakkında herhangi bir genel yasaklama kararı bulunmamaktadır. Somut başvuru bakımından kamu otoritesinin sınırlama gerekçesi olan cezaevi güvenliğinin sağlanması perspektifinde, özellikle terör suçları nedeniyle tutulan kişilere ulaştırılmasına izin verilecek yayınlara ilişkin sınırlamaların orantılılığı değerlendirilirken bu kapsamdaki kişilerin tutuldukları ceza infaz kurumlarının güvenliği konusundaki somut risk ve tehlikelerin dikkatten uzak tutulmaması gereklidir.

89. Başvuruya konu olayda, "*cezaevi güvenliği*" başlığı altında somutlaşmış olan "*kamu düzeninin korunması*" meşru amacı çerçevesinde, başvurucunun Dergi'ye erişimi engellenmiştir. Nitekim Dergi'nin 68 ilâ 72. sayfalarında M.İ. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Mezhep Sorunu ve Şii Geleneği*?" başlıklı makalede, M.Y. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu Toplumunda Tarihsel Direnişler ve Çözüm Arayışları*" başlıklı makalede ve Dergi'nin 33. sayfasından başlayıp devam eden ve C.Ö. tarafından kaleme alınan "*Ortadoğu'da Ahlak-Politika ve Demokrasi Sorunu*" başlıklı makalede yazarların görüşlerini aktarırken Öcalan'ın yasaklı kitaplarından alıntılar yaptıkları anlaşılmaktadır.

90. Ancak tüm bunlara rağmen Ceza İnfaz Kurumunun iç güvenliğinden sorumlu kamu otoritesinin bir parçası olan Eğitim Kurulunun müdahale oluşturan kararının gerekçesinden ve bunu uygun bulan İnfaz Hâkimliği kararlarından, Dergi'nin başvurucuya ulaştırılmasına izin verilmesinin, Kurum güvenliği bakımından ne tür somut risk ve tehlike-

ler taşıdığı anlaşılamamaktadır. Bu bağlamda, anılan kararda dayanılan Dergi'de Abdullah Öcalan'ın kitaplarından alıntılar yapılması,adı geçeni ve terör örgütünü meşrulaştırıcı ifade ve yorumlara yer verilmesi olarak ifade edilen gerekçelerin "*cezaevi güvenliği*" bağlamında "*ilgili*" ve "*yeterli*" olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Dergi'ye erişiminin engellenmesi suretiyle başvurucunun haber veya fikirlere ulaşma hakkına getirilen kısıtlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olduğu kanaatine ulaşılamamıştır.

91. Açıklanan nedenlerle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

92. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

93. Başvurucu insan onuru ve saygınlığını zedeleyen ve bilgi alma hakkından mahrum kalmasına yol açan kararlar sonucunda ortaya çıkan acı ve üzüntüsü nedeniyle 2.500 TL manevi tazminat ve yaptığı ve yapacağı masraflar nedeniyle 1.000 TL'nin kendisine ödenmesini talep etmiştir.

94. Başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

95. Başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olması nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 1.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

96. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin kabulüne,

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

C. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Başvurucuya net 1.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

F. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA

9/3/2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvurucunun cezasını çekmekte olduğu ceza infaz kurumunun "Demokratik Modernite" adlı derginin başvurucuya teslimini engellemesinde, Abdullah ÖCALAN (2013/409) ve Engin DEMİR (2013/2947) başvurularına ilişkin karşıoylarımızda belirtilen nedenlerle, her hangi bir ihlal bulunmadığı kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İLTER NUR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6829)

Karar Tarihi: 14/4/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 14/6/2016-29742

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Alparslan ALTAN
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	İlter NUR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, taşeron firma tarafından işletilen işyerinde çalışan işçinin, Başbakanlık İletişim Merkezine (BİMER) firma ile ilgili yaptığı başvurusu nedeniyle iş akdinin sonlandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/9/2013 tarihinde Samsun 2. İş Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 21/7/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 24/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlığa) gönderilmiştir. Bakanlığın 24/11/2014 tarihli yazısında, Anayasa Mahkemesinin adil yargılanma hakkının ihlali yönündeki görüş talebine

ilişkin olarak Mahkemenin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucu, TEİAŞ 10. İletim Tesis İşletme Grup Müdürlüğü bünyesinde taşeron firma tarafından işletilen işyerinde kaloriferci olarak çalışmakta iken 5/9/2012 tarihinde BİMER'e başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun 539329 sayılı şikâyet içeren dilekçesi şöyledir:

"Merhaba ismim İlter Nur ben Samsun TEİAŞ 10 İletim Grup Müdürlüğünde taşeron firmaya bağlı ısı merkezinde vardiyalı çalışıyorum ben 4 arkadaşım geçen sene ihalede bize asgari ücretin yüzde 50'si yol ve yemek verilecekti fakat olmadı asgari ücretten verdiler verilen aylıklar hiç birbirini tutmadı her ay farklı verildi bu sene de ocak ayında ihale var bizi ayıracaklarını söylediler ayrı olacakmış ihale fakat şartnamesi geçen sene ile aynı olacakmış ama geçen sene ve bu sene yemekhanede çalışan arkadaşlarımıza yüzde 50 asgari ücretin üstünde verdiler bu senede aynısı olacakmış ama bize yok bizim iş risk faktörü var sigortalarımızı bile belirli bir bedelden ödemesi lazım ama ödemiyor yapılan şartname tamamen idare ve taşeron firmayı koruyor bizi ise düşünen yok bi de biz listede vardiyalı olduğumuz halde sabah 08:00 ve akşam 17:00 arası gösteriyor bu nasıl adalettir bizim şartlarımızı iyileştireceklerine aksine kötüleşiyor. Bi de başka TEİAŞ ve EÜAŞ ta bizim gibi çalışanlar bizden fazla alıyorlar, onların ihale şartnamesi bizden farklımı, çifte standart değilmi, size soruyorum müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar ve standartlarımızın ve maaaşlarımızın iyileştirilmesini ve bunuda şartnameye yansımasını istiyorum. lütfen şurda 2 ay kaldı, lütfen erken cevap yazınız"

8. BİMER'e yazılan şikâyet dilekçesinin ardından 26/9/2012 tarihinde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. maddesinin (II) numaralı fıkrasının (e) bendi uyarınca haklı fesih şartları oluştuğundan bahisle başvurucunun iş akdi sona erdirilmiştir. Bunun üzerine başvurucu,iş akdinin fesih edilmesinin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır.

9. Samsun 2. İş Mahkemesi 31/1/2013 tarihli ve E.2012/590, K.2013/32 sayılı kararıyla feshin geçersizliğine ve başvurucunun işe iadesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili yerleri şöyledir:

"...davacı, işyerindeki iş şartları ve diğer çalışanlarla olan arasındaki sosyal haklarının eşit hale getirilmesi asıl maksatlı talebini, BİMER'e gizli olarak göndermiştir ve söz konusu müracaatta çalışma koşullarını beğenmediğini belirtmekle, işyerindeki kontrol ve denetimlerle ilgili müfettişlerle, işverenini şikâyet niteliğinde ve de titizlikle yerine getirilmesi için "... TEİAŞ ve EÜAŞ ta bizim gibi çalışanlar bizden fazla alıyorlar, onların ihale şartnamesi bizden farklımı, çifte standart değilmi, size soruyorum. Müfettiş geliyor, yedirip, içirip yolluyorlar, bize bıraktıkları yok. biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar ve standatlarımızın, maaaşlarımızın iyileştirilmesini ve bunuda şartnameye yansıtılmasını istiyorum. lütfen şurada 2 ay kaldı, lütfen erken cevap verin..." şeklinde yazı yazdığı, söz konusu yazının üzerine muhatabı olan BİMER tarafınca gerekli soruşturma yapılırken, davalı TEİAŞ ve bu arada diğer şirkete de durumun bildirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Davalı taraf söz konusu yazıyı iş akdinin devamının mümkün kılmayacak şekilde İK 25. maddesindeki haklı sebep kabul edilerek, bu hususta ayrıntılı savunması alınmadan iş akdinin fesih edildiği görülmektedir.

Davacının kabul edilen feshe sebep gösterilen eylemi, işveren açısından haklı sayılabilecek, sadakati, bağlılığı ortadan kaldırabilecek bir sebep değildir. çünkü ekonomik durumunun, sosyal durumunun düzeltilmesi, aynı işyerinde benzer şartlarda çalışanların haklarına kavuşma maksatlı, gizli sayılabilecek nitelikte ve de işin kısa kalan ihale şartnamesine yakın dönemde ele alınması varsa yapılabileceklerin yapılması için kanunen kurulmuş, işçilerin de müracaat edebileceği BİMER'e sadece dikkati çekmek için, "iyice ağırlanıp, gerekli titizlik gösterilmeden, işlemsiz geri gidildiği" hususunda işverence duyulduğunda kabul edilmez olan cümlelerle, fakat hakaret sayılmayacak nitelikte bildirilmiştir.

Günlük hayatta bu tür işin önemini belirten yazışmalar, denetim ve kontrol makamına bildirilebilmektedir. Davacının da yaptığı bunu gizli fakat açık sözlerle yardım mahiyetindedir. Davalı tarafın yapacağı iş, davacının usulünce bu konudaki savunmasını alıp, geçerli sebep kabulü halinde iş akdinin feshi olmalıydı. Fakat davalı kurum bu konuda savunmasını almadan, 4857 sayılı İK.25/II. maddesinde ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlıklı, (e) maddesine göre iş akdini sonlandırmıştır. Fesih şekli geçerli

değildir, geçerli sebep olsa bile, 4857 sayılı kanunun 19/II. maddesi gereğince fesih sebebinin açık ve net olarak belirtilmemesi ve de yazılı olarak savunmasının alınmaması sebebi ile, geçersiz sayılması gerekmektedir. ..."

10. Karar, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 1/7/2013 tarihli ve E.2013/12100, K.2013/12423 sayılı kararıyla bozulmuş ve aynı ilamda işin esasına geçilerek davanın reddine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"... Mahkemece söz konusu başvuru içeriği yardım mahiyetinde olduğu değerlendirilerek haklı fesih nedeni olarak kabul edilmemiştir. Işçinin işveren hakkındaki şikâyeti yasal sınırlar içerisinde kaldığı sürece, hak arama özgürlüğü olarak nitelendirilebilir. Ancak şikâyet hakkı kullanılırken hakaret ve sataşma içerikli beyanlarda bulunulmaması gerekir. Davacı işçi tarafından yapılan başvuru içeriğindeki " Müfettiş geliyor, yedirip, içirip yolluyorlar, bize bıraktıkları yok. biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar" şeklindeki beyanlar işverene yönelik hakaret ve sataşma içermektedir. Bu duruma göre fesih haklı nedene dayalıdır. Hal böyle olunca, feshin haksız olduğu kabul edilerek davacının işe iadesine karar verilmesinde isabet görülmemiştir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır."

11. Nihai karar başvurucuya 31/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

12. Başvurucu 2/9/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

13. 4857 sayılı Kanun'nun "*İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı*" başlıklı 25. maddesinin (II) numaralı fıkrasının (b, e) bentleri şöyledir:

"II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri:

b) İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması.

e) İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 14/4/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu; TEİAŞ bünyesinde taşeron firma tarafından işletilen işyerinde çalışmakta iken işyeri ile ilgili olarak BİMER'e yaptığı başvurusu nedeniyle iş akdinin sonlandırıldığını, açtığı davayı İlk Derece Mahkemesinde kazanmasına rağmen kararın Yargıtay tarafından bozulduğunu ve davanın reddine karar verildiğini, bu şekilde hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

16. 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).

17. Başvuru konusu olayda temel mesele başvurucunun BİMER'e yazdığı dilekçe nedeniyle iş akdinin feshedilmesidir. Bu bağlamda başvurucu, şikâyet içeren dilekçeyi hakkını aramak için yazdığını, bu nedenle iş akdinin feshedilmesi ve buna ilişkin olarak yaptığı itirazların da reddedilmesinin hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla başvurucunun şikâyetinin özü, BİMER'e yazdığı şikâyet dilekçesi nedeniyle iş akdinin haklı fesih hükümleri uyarınca sonlandırılmasıdır. Bu durum başvurucunun şikâyet dilekçesi ile ifade ettiği hususlar nedeniyle iş akdinin feshedilmesi şeklinde ağır bir yaptırıma maruz kalması olarak değerlendirilmelidir.

18. Somut olayda TEİAŞ 10. İletim Tesis İşletme Grup Müdürlüğü bünyesinde taşeron firma tarafından işletilen işyerinde kaloriferci olarak çalışan başvurucunun, işveren şirkete ilişkin olarak hukuka aykırı olarak devam ettiğini değerlendirdiği konularla ilgili olarak BİMER üzerinden şikâyetlerini iletmesinin Anayasa'nın 26. maddesinin getirdiği korumadan yararlanacağı açıktır. Dolayısıyla her ne kadar başvurucu, yaptığı şikâyetin haklı fesih nedeni oluşturmasını hak arama hürriyetinin ihlali

olduğunu iddia etmiş ise de iddialarının özü başvurucunun ihbar içeren beyanları nedeniyle ifade özgürlüğüne ilişkindir.

19. Yukarıda belirtilen gerekçeler nedeniyle başvurucunun iddiaları Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü temelinde incelenmiştir. Öte yandan 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.

2. Esas Yönünden

20. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesi 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 fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*
>
> *Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*
>
> *...*
>
> *Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."*

21. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkeleri ayrıntılı olarak belirtmiştir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, §§ 30, 36; *İbrahim Bilmez*, B. No: 2013/434, 26/2/2015,§ 40, 54; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 58, 80, 94; *Kamuran Reşit Bekir* [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015, §§ 46, 50, 54; *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, § 44; *Hüseyin Sürensoy*, B. No: 2013/749, 6/10/2015, §§ 47, 50, 51; *Ali Rıza Üçer (2)* [GK], B. No: 2013/8598, 2/7/2015, §§ 30-33; vd.)

22. Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

23. İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez temel taşlarından biri olup toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biridir. Mahkeme, bu bağlamda ifade özgürlüğünün sadece hoşa giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil aynı zamanda devlet veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için geçerli olduğunu ve demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün bunu gerektirdiğini ifade etmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 24/9/1976, § 49).

24. Demokratik çoğulculuğun sağlanmasındaki önemi dikkate alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasında sadece devletin müdahale etmemek şeklindeki negatif bir yükümlülüğü olduğunun kabulü etkin koruma için yeterli değildir. İfade özgürlüğünün gerçek anlamda ve etkili olarak kullanılabilmesi için devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün ötesinde pozitif yükümlülüklerinin de olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda pozitif yükümlülüğün sadece devlet ile birey arasındaki ilişkileri değil bireyler arasındaki ilişkileri de kapsaması gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Fuentes Bobo/İspanya*, B. No: 39293/98, 29/2/2000, § 38; *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, §§ 42-46; *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya* [BD], B. No: 28955/06 ..., 12/9/2011, § 59).

25. Somut olayda başvurucu, yazdığı dilekçe nedeniyle devlet tarafından değil, çalıştığı Şirket tarafından haklı fesih hükümleri kapsamında işten çıkarılmıştır. İş akdinin feshine ilişkin olarak başvurucunun açtığı dava Yargıtay tarafından reddedilmiştir. Bu bağlamda başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin kamu otoritelerinin müdahalesinden kaynaklandığı söylenemez. Bununla birlikte başvuru konusunun,Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün korun-

masında kamu otoritelerinin üzerlerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemelerinden kaynaklanması durumunda kamu otoritelerin sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu şartlar altında başvuru konusu olayın, Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri bakımından incelenmesi mümkündür. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, birey ve toplumun yarışan menfaatleri arasında kamu otoritelerinin gözetmesi gereken dengenin adil yapılıp yapılmadığını belirlemektir.

26. Somut olay açısından özel bir firmada işçi statüsünde çalışan kişinin, işveren ile arasındaki ilişkide ahlak ve iyi niyet kuralları çerçevesinde hareket etmesi beklenir ve bu bağlamda meslek sırlarının açıklanması veya işverenin şeref ve itibarına yapılacak bir saldırı haklı fesih nedeni sayılarak meşru kabul edilebilir. Bu meşruiyet meselesi "*herkes*"in ifade özgürlüğünden yararlanması esası gözetildiğinde işçilerin, bir birey olarak Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün korumasından yararlanması için herhangi bir engel olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla Anayasa'nın 26. maddesinin getirdiği güvence, yerine getirilen görevle bağlantılı bir şekilde genel olarak özel sektörde çalışanların, işverenleri hakkında yaptıkları beyanları da kapsamaktadır.

27. Diğer taraftan Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar gereğince ifade özgürlüğü mutlak bir hak niteliğinde değildir. Sınırlanabilir nitelikte olmasına rağmen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi gözetildiğinde sınırlamaların daha dar yorumlanması ve sınırlama gerekliliğinin inandırıcı ve makul olması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler gözönüne alınmak zorundadır. Bu sebeple ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.

28. Açıklanan ilkeler ışığında ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığının, sonrasında ise müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Tespit edilen müdahalenin, Anayasa'nın 26. maddesi anlamında meşru kabul edilebilmesi için aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama nedenlerinden bir veya daha fazlasına dayanması ve hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olması

gereklidir. Bu nedenle sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş ve kanunla öngörülmüş olma, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti

29. İşçi olarak çalıştığı şirkete ilişkin olarak BİMER'e yazdığı şikâyet dilekçesi nedeniyle başvurucu iş akdi haklı fesih hükümleri kapsamında sonlandırılmıştır. Anılan feshin haksızlığına ilişkin olarak başvurucunun açtığı davanın neticeden reddine karar verilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun şikâyetlerini dile getirmesi nedeniyle iş akdinin haklı fesih hükümleri kapsamında sonlandırılması ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

30. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu nedenle müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

31. Başvurucunun iş akdinin haklı nedenle feshinin kanuni dayanağı İlk Derece Mahkemesi tarafından 4857 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b, e) bentleri olduğu değerlendirilmiştir. Anılan düzenlemenin "*ulaşılabilirlik*" ve "*öngörülebilirlik*" şartları da gözetilerek "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır (Anayasa Mahkemesi'nin "*kanunilik*" değerlendirmesi için biçok karar arasından bkz. *Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 80-101).

ii. Meşru Amaç

32. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, ret kararının gerekçesinde başvurucunun yazdığı şikâyet dilekçesindeki beyanların işverene yönelik hakaret

ve sataşma içerdiğini belirtmiştir. Öte yandan İlk Derece Mahkemesinin gerekçesinde haklı fesih nedeninin 4857 sayılı Kanun'nun 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendi kapsamında başvurucunun, "*işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması*" bağlamında değerlendirilmiştir. Her iki karar gözönünde bulundurulduğunda başvurucunun davasının İlk Derece Mahkemesi tarafından kabul edilmesine rağmen şikâyet dilekçesini Yargıtayın hakaret ve sataşma olarak belirleyerek davanın reddine karar vermesi kapsamında iş akdinin fesih edilmesini haklı olarak kabul edilmesinin nedeni işverenin şeref ve itibarının korunması olarak kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeler çerçevesinde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin amacının "*başkalarının şöhret veya haklarının ... korunması*" kapsamında kaldığının ve meşru olduğunun kabul edilmesi gerekir.

iii. Demokratik Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

33. Başvuru konusu olayda, işçi olan başvurucu, işverenin faaliyetleri hakkında BİMER'e şikâyet dilekçesi yazarak kendi durumu ile ilgili sıkıntıları ve firmanın davranışlarını ihbar etmiştir. Bu nedenle bir işçinin, çalıştığı iş yerindeki hukuka aykırılıklar veya işverenin yaptığı haksızlıklar nedeniyle kamu otoritelerini uyarması kural olarak ifade özgürlüğünün güvencesi kapsamındadır. Bu durum işyerinde olan olayların farkına varan sadece bir veya bir grup işçiyi ilgilendirebileceği gibi işverene ya da kamuoyuna duyurulması şeklinde de meydana gelebilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Langner/Almanya*, B. No: 14464/11, 17/9/2015, § 44).

34. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı hâlinde alınan önlemleri haklı kılacak "*ilgili*" ve "*yeterli*" gerekçeler ileri sürülüp sürülmediğinin ve "*sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının*" demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 64-73). Bu değerlendirmede somut olayın kendi şartları içinde başvurucunun hangi saik ile beyanda bulunduğu, beyanın hukuki ve fiili esası, beyan tarzı, beyanın muhtemel yorumları, işverene etkileri ve başvurucunun maruz kaldığı yaptırım gözönünde bulundurulmalıdır.

35. Başvuru konusu olayın kendi şartları gözetildiğinde başvurucu TEİAŞ 10. İletim Tesis İşletme Grup Müdürlüğü bünyesinde taşeron firma tarafından işletilen iş yerinde kaloriferci olarak çalışmaktadır. BİMER'e yazılan şikâyet dilekçesi, temel olarak başvurucunun kendisinin firmadaki durumu ile firmanın yaptıklarını dile getirerek ilgili kamu otoritelerinden yardım isteme mahiyeti taşımaktadır. Bununla birlikte yazılan dilekçe, sadece ilgili kamu otoritesine yönelik yazılmış olup firmanın itibarını sarsacak nitelikte kamuoyuna açıklama gibi aleni bir nitelikte de değildir. Bu bağlamda şikâyet dilekçesi sadece ilgili kamu otoriteleri ve firma tarafından görülerek sınırlı bir kesim tarafından öğrenilmiştir.

36. Hukuk devletinin gerekleri kapsamında bir işçinin,vatandaşlık hakkını kullanarak kendi inisiyatifiyle işvereni ihbar etmesi, çalışanın bilerek ya da gayri ciddi bir şekilde gerçeğe aykırı bilgi vermediği sürece kural olarak haklı fesih nedeni olamaz. Nitekim Yargıtay 7. Hukuk Dairesi de aynı hususu vurgulayarak başvurucunun BİMER'e yazdığı dilekçenin içeriğindeki bazı bölümlerin başvurucunun yardım isteği niteliğinde ve hak arama özgürlüğü kapsamında olduğunu belirtmiştir.

37. Öte yandan başvurucunun "*müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar"*şeklindeki ifadelerinin Yargıtay tarafından hakaret ve sataşma içerdiği kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne ilişkin bireysel başvurularda, ifadelerin bağlamlarından kopartılarak incelenmesinin Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerinde yer alan ilkelerin uygulanmasında ve elde edilen bulguların kabul edilebilir bir değerlendirmesinin yapılmasında hatalı sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceğini belirtmiştir (*Fatih Taş*, § 99). Bu çerçevede söz gelimi bir düşünce açıklamasının ifade edildiği bağlamdan koparıldığında "*başkalarının şöhret ve haklarına*" yönelik bir saldırı oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır. Bu nedenle Yargıtayın hakaret ve sataşma olarak kabul ettiği ifadelerin diğer ifadelerle birlikte bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir.

38. Başvurucunun şikâyet dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde saldırgan bir üsluptan öte yardım isteği içeren ve çaresizliğini vurgulayan ifadeler içermektedir. Başvurucu özellikle diğer çalışanlar ile kendi çalıştığı iş kolu açısından haksızlığa uğradığını ifade etmeye çalışmıştır. Öte yandan işverenin, sigorta bedelini eksik ödediği, vardiyalı ça-

lışmalarına rağmen resmî belgelerde çalışma saatlerinin farklı gösterildiği iddia edilmiştir. Başvurucu ayrıca şikâyetinin ciddiyetle araştırılmadığını vurgulamak için "*müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar* " şeklinde beyanda bulunmuştur.

39. Dolayısıyla şikâyet dilekçesinin bütünlüğü içerisinde hakaret ve sataşma içeren sözlerin başvurucunun şikâyetinin ciddiyetle incelenmesine yönelik çabası olup olmadığı karar gerekçesinde belirtilmemiştir. Özellikle anılan ifadelerin sadece işverene yönelik olmayıp müfettişlerin görevlerini yerine getirmediğine yönelik olup olmadığı da değerlendirilmemiştir. Öte yandan şikâyet dilekçesi, kamu otoriteleri ve firma dışında kamuoyuna aleniyet kazanacak şekilde açıklanmayarak işverenin itibarına yönelik olumsuz bir sonuç doğurup doğurmayacağı hususuna gerekçede değinilmemiştir. Şikâyet dilekçesinin işveren üzerindeki etkilerinin hafifliği ile başvurucunun iş akdinin haklı fesih hükümlerince sona erdirilmesi şeklindeki yaptırımın başvurucu üzerindeki olumsuz etkisi karşılaştırıldığında haklı fesih hükümlerinin uygulanmasının gerekliliği hususu da gerekçede tartışılmamıştır. Dolayısıyla başvurucunun iş akdinin haklı fesih hükümlerince sonlandırılması ile ilgili olarak karar gerekçesinde başvurucunun ifade hürriyeti ile işverenin itibarı ve iş ilişkilerinde huzurun temini menfaatleri arasında adil bir dengeleme hususunda ilgili ve yeterli gerekçe sunulamadığı değerlendirilmiştir.

40. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

41. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

42. Başvurucu, hakkında verilen kararın ortadan kaldırılması talebinde bulunmuştur.

43. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

44. İfade özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Yargıtay 7. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

45. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

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 Yargıtay 7. Hukuk Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 198,35 TL harç ücretinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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

14/4/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKI (MD. 34)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ SARIPINAR BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2013/6186)

Karar Tarihi: 9/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 28/4/2016-29697

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		M. Emin KUZ
Raportör Yrd.	:	Yusuf Enes KAYA
Başvurucu	:	Ali SARIPINAR
Vekili	:	Av. Mustafa YILDIZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; gösteri yürüyüşüne katılınması sonucunda mahkûmiyete karar verilmesi nedeniyle adil yargılanma, özel hayata saygı, toplantı ve gösteri yürüyüşü haklarının ihlaledildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/8/2013 tarihinde Batman 1. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 23/2/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 25/5/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 24/7/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 4/8/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı 17/8/2015 tarihinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu hakkında yapılan soruşturma kapsamında Batman İl Emniyet Müdürlüğünün hazırladığı tutanaklar dikkate alınarak PKK/KONGRA-GEL terör örgütü liderinin talimatları üzerine kurulduğu değerlendirilen *"Halkın Demokratik Çözüm ve Barış Çadırı"* Batman 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 23/3/2011 tarihli ve 2011/347 Değişik İş sayılı kararı ile el konularak kaldırılmıştır. Bu çadır başvurucunun da üyesi olduğu TÜMBELSEN'in de dahil olduğu Batman Demokrasi Platformu tarafından kurulmuştur.

9. Bu çadırla ilgili olarak mahkeme kararında şu değerlendirmelerde bulunulmuştur:

> *"PKK terör örgütünün talimatları doğrultusunda kurulan, HALKIN DEMOKRATİK ÇÖZÜM VE BARIŞ ÇADIRI'nda zaman zaman etkinlikleri ve basın açıklamalarını bahane ederek toplanan gruplar tarafından; araç yolu trafiğe kapatıldığı, yasadışı bölücü PKK terör örgütünü simgeleyen sözde bayraklar ve terör örgütü elebaşısının fotoğraflarının açıldığı, sık sık yasadışı bölücü PKK terör örgütü ve örgüt elebaşısı lehine sloganlar atıldığı, yüzleri puşi ile kapalı gruplar tarafından güvenlik güçlerine ve resmi araçlara, sivil vatandaşlara ait araçlara ve işyerlerine yönelik taşlı, sopalı, havai fişekli ve molotof kokteylli saldırıda bulunulduğu, 15/03/2011-24/03/2011 tarihleri arasında meydana gelen olaylar sırasında (7) güvenlik görevlisinin yaralandığı, (16) resmi ve sivil araçta maddi hasar meydana geldiği, bazı işyerlerinin de camlarının kırıldığı,*
>
> *Böylelikle söz konusu çadırın, kurulmasından itibaren yasadışı olayların*

merkezi haline geldiği, söz konusu çadırda Batman Sulh Ceza Mahkemesinden alınan karara istinaden yapılan aramada; (1) adet ruhsatsız tabanca ve fişekleri, (1) adet sapan, molotof kokteyli yapımında kullanılan benzin, (34) adet kar maskesi, çok sayıda Abdullah Öcalan posteri, çok sayıda örgüt mensubuna ait fotoğraf, örgütsel içerikli poster, sözde bayrak ve afişler ele geçirildiği, Batman 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 23.03.2011 gün ve 2011/347 Değişik iş sayılı Kararına istinaden de sözkonusu çadıra el konularak Çadırın kurulduğu yerden kaldırıldığı (anlaşılmıştır.)"

10. 24/3/2011 tarihinde içlerinde başvurucu ve Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) milletvekillerinin de bulunduğu 150 kişilik bir grup saat 11.20'de *"baskılar bizi yıldıramaz"* sloganları eşliğinde Diyarbakır Caddesi'ni tek taraflı olarak trafiğe kapatarak kaldırılan çadırın bulunduğu yere doğru yürüyüşe geçmişlerdir.

11. Protesto yürüyüşü yapan grup kaldırılan çadırın bulunduğu yere geldikleri esnada orada bulunan caddenin ortasında oturma eylemine başlamışlardır. Bu şekilde cadde çift yönlü olarak trafiğe kapatılmıştır.

12. Görevli emniyet görevlisi megafonla protesto grubuna yaptıkları eylemin yasa dışı olduğu, dağılmaları gerektiği, dağılmamaları hâlinde zor kullanmak suretiyle dağıtılacakları uyarısında bulunmuştur. Oturma eyleminden yaklaşık 15-20 dakika sonra grup içinde bulunanların dağılmamaları ve zorluk çıkarmaları üzerine grup içinde bulunan milletvekilleri ve Batman Belediye Başkanı dışındaki kişiler gözaltına alınmışlardır. Gözaltına alınanlar arasında başvurucu da bulunmaktadır.

13. Yakalama tutanağında olay şu şekilde anlatılmıştır:

"24/03/2011 günü saat 11.20 sıralarında, HALKIN DEMOKRATİK ÇÖZÜM VE BARIŞ ÇADIRI" nın Batman 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 23.03.2011 gün ve 2011/347 Değişik iş sayılı Kararına istinaden el konularak kaldırılmasını protesto etmek amacıyla aralarında Barış ve Demokrasi Partisi Batman Milletvekilleri Bengi YILDIZ, Ayla AKAT ATA, Batman Belediye Başkan Vekili Serhat TEMEL, BDP Batman Eş Başkanları Şehmus ASLAN, Saadet BECEREKLİ ile bazı parti yöneticileri ve yaklaşık 150 kişilik bir grubun "BASKILAR BİZİ YILDIRAMAZ' şeklinde atılan sloganlar eşliğinde Diyarbakır Caddesini tek taraflı olarak trafiğe kapatarak Öğretmen Evi önünden Caddenin karşı tarafına geçerek kaldırılan çadırın bulunduğu yere doğru geldikleri, Grubun kaldırılan çadırın bulunduğu alana doğru geldiği esnada

grubun en ön kısmında bulunan ve grubu yönlendiren BDP Batman Milletvekili Bengi YILDIZ'ın bir anda Diyarbakır Caddesine yönelerek Caddenin ortasına oturması üzerine, Onunla birlikte yürüyüş yapan grupta bulunan şahısların tamamının Cadde üzerine otururak yolu çift yönlü olarak trafiğe kapattıkları ve oturma eylemine başladıkları, Emniyet Müdür Yardımcısı tarafından BDP Batman Milletvekili Bengi YILDIZ'ın uyarılarak. yolun trafiğe açılması gerektiğinin belirtildiği, ancak Bengi YILDIZ'ın "Valinize Söyleyin bizim yerimizi işgal ediyorsanız, biz de burayı işgal ediyoruz, sebebi budur, bizim kiraladığımız yeri siz işgal ederseniz, biz de burayı işgal ederiz, açıkça söylüyoruz" şeklinde karşılık vererek yolu açmayacaklarını söylemesi üzerine grubun tamamının duyabileceği şekilde megafon aracılığı ile beş kez "yaptıkları eylemin yasadışı olduğu, dağılmaları gerektiği, dağılmamaları halinde zor kullanmak suretiyle dağtılacakları" şeklinde gerekli anonslar yapıldığı ancak şahısların dağılmayarak ısrarla eylemlerini sürdürdükleri, yapılan tüm anonslara rağmen dağılmayan şahısların kol kola girmek suretiyle birbirlerine kenetlendikleri, sanık Ali SARIPINAR'in 24/03/2011 günü saat 16.15'te yakalandığı anlaşılmıştır."

14. Yukarıda belirtilen eyleme yönelik olarak yapılan incelemede *"www.firatnews.du"* isimli internet sitesinden KCK yürütme konseyi tarafından yapılan bir açıklama tespit edilmiştir. 22/3/2011 tarihli açıklama şu şekildedir:

"Kürt halkının Newrozda yaktığı özgürlük ateşini yükselterek talepleri hayat buluncaya kadar mücadeleyi yükseltmeye ve mutlaka sonuç almayaçağırıyoruz.

Barış ve demokratik çözüm çadırlarında bulunmaya bile tahammül edemeyen AKP Hükümeti'nin şiddet politikasına karşı sessiz kalmamak halkımızın meşru ve demokratik hakkı olan talepleri yüksek sesle haykırmak bunun için gereken fedakarlığı cesareti ve örgütlülüğü göstermek önemli bir görev durumundadır. Tüm halkımızı kürdistan kadın ve gençliğini yurtseverlik görevlerine sahip çıkmaya çağırıyoruz."

15. Aynı sitede yayımlanan 24/3/2011 tarihli KCK açıklaması ise şöyledir:

"Bilinmeli ki hiçbir ayrımcı politika baskı ve şiddet biçimi artık Kürt halkına geri adım attıramayacak ve sindiremeyecektir... Özgürlük yürüyüşünü daha örgütlü bir biçimde güçlendirmeye çağırıyoruz. Halkımız zulme ve şid-

dete karşı direnerek demokratik çözüm çadırlarına vereceği destek ve burada dile getirilen meşru demokratik taleplere sahip çıkarak tüm özel savaş politikalarını boşa çıkaracak ve serhildanlarını üst bir aşamaya çıkararak demokratik çözümü kendi öz gücü ile gerçekleştirecektir."

16. Başvurucu ve diğer kişiler 26/3/2011 tarihinde serbest bırakılmışlardır.

17. Batman Cumhuriyet Başsavcılığı başvurucu hakkında yaptığı soruşturma sonucunda 2011/3442 soruşturma sayılı fezleke ile soruşturma dosyasını görevli ve yetkili Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına (CMK 250. madde ile görevli) göndermiştir.

18. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 20/4/2011 tarihli ve E.2011/578 sayılı iddianamesi ile başvurucu hakkında *"örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek ve 2911 sayılı Kanuna muhalefet"* suçlarından kamu davası açılmıştır.

19. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan yargılamada başvurucunun katıldığı protesto gösterisine ait görüntülerinin bulunduğu iki adet CD üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. 25/12/2011 tarihli bilirkişi raporuna göre başvurucuya ilişkin olarak protesto gösterisine katıldığı ve polisin yolu trafiğe açmak için müdahale ettiği esnada direndiği tespit edilmiştir. Yapılan tüm anonslara rağmen dağılmayan şahıslar kol kola girmek suretiyle birbirlerine kenetlenmişler ve yolu trafiğe açmak isteyen görevlilere karşı direnmişlerdir. Yine göstericiler arasında bulunan bazı şahıslar gözaltına alınmamak amacıyla kendilerini yere atmışlardır.

20. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 5/7/2011 tarihli duruşmada başvurucunun savunmasını almıştır. Başvurucu savunmasında demokratik barış çadırının kaldırılmasını protesto ettiğini belirtmiş ancak örgüt çağrısı üzerine bu gösteriye katıldığını kabul etmemiştir. Ayrıca başvurucu, internet üzerinde yapılan açıklamanın kendisinin gözaltına alınmasından sonra gerçekleştiğini ileri sürmüştür.

21. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 6/3/2012 tarihli ve E.2011/267, K.2012/100 sayılı kararı ile başvurucunun 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet suçundan 5 ay, örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçundan 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan verilen mahkûmiyet kararına dair hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.

22. Mahkeme gerekçesinde başvurucunun 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçunu PKK terör örgütü adına işlediği ve bu itibarla başvurucunun örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçundan da cezalandırıldığı belirtilmiştir.

23. Başvurucunun anılan karara itiraz etmesi üzerine dosya, 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçu nedeniyle verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı yönünden Diyarbakır 7. Ağır Ceza Mahkemesine, diğer suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı yönünden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

24. Diyarbakır 7. Ağır Ceza Mahkemesi 1/6/2012 tarihli ve 2012/256 Değişik İş sayılı kararı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı reddetmiştir.

25. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 23/7/2012 tarihli ve 9-2012/160066 sayılı yazıları ile 6/7/2012 tarihinde yürürlüğe giren 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi HakkındaKanun'un 105. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi ve geçici 2. maddesinin birinci fıkrası kapsamında başvurucunun hukuki durumunun tekrar tayin ve takdirinin zorunlu olması nedeniyle dosyayı Mahkemesine iade etmiştir.

26. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi 29/11/2012 tarihli ve E.2012/370, K.2012/654 sayılı kararı ile örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçundan başvurucunun neticeten 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olan 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçunu ayrıca değerlendirmemiştir.

27. Anılan kararın tekrar temyizi üzerine mahkûmiyet kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 20/3/2013 tarihli ve E.2013/1741, K.2013/4153 sayılı ilamı ile onanmıştır. Başvurucu bu onama kararından sonra 6/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

28. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 16/10/2014 tarihli itirazı üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 28/11/2014 tarihli ve 2014/7368, K.2014/12024 sayılı kararıyla hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

29. Bozma gerekçesi şu şekildedir:

"Oluş ve tüm dosya kapsamına göre; 2911 sayılı Kanunun 23/b maddesinde belirtilen silah, araç ve malzemeleri taşımaksızın ya da anılan maddede belirtilen halleri gerçekleştirmeksizin, kolluğun gözetim ve denetimi altında Diyarbakır Caddesi üzerinde oturma eylemi yapan ve kolluk görevlileri tarafından yapılan ihtara rağmen dağılmayan topluluğun, zor kullanarak dağıtılmak istenmesi üzerine görevlilere yönelik cebir ve tehditte bulunmaksızın birbirlerine kenetlendikleri, sonrasında kolluk tarafından kişilerin tek tek gruptan ayrılmaları sağlanmak suretiyle topluluğun dağıtıldığı ve grup içinde yer alan sanığın zor kullanılmasına rağmen dağılmamakta ısrar ettiğine dair delil de bulunmadığı gözetilmeden, örgüt adına suç işleme suçundan beraatine karar verilmesi yerine yazılı biçimde mahkumiyetine hükmolunması, kanuna aykırı, sanık müdafiinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına..."

30. Bozma kararı üzerine dava Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 2015/73 sayılı esasına kaydedilmiştir. Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçici 14. maddesi ve 6526 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 12. maddesi gereğince, 2/2/2015 tarihli ve 2015/36 sayılı görevsizlik kararı vermesi üzerine dosya Batman Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiş ve Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2015/72 esas sırasına kaydının yapıldığı anlaşılmıştır.

31. Batman 2. Ağır Ceza Mahkemesi 2015/72, K.2015/157 sayılı kararıyla başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan beraatine karar vermiştir.

32. Kararın gerekçesi şu şekildedir:

"Tüm dosya kapsamına göre; 2911 Sayılı kanunun 23/b maddesinde belirtilen silah, araç ve malzemelerin taşınmaksızın ya da anılan madde de belirtilen halleri gerçekleştirmeksizin, kolluğun gözetim ve denetimi altında Diyarbakır Caddesi üzerinde oturma eylemi yapan ve kolluk görevlileri tarafından yapılan ihtara rağmen dağılmayan topluluğun, zor kullanarak dağıtılmak is-

tenmesi üzerine görevlilere yönelik cebir ve tehditte bulunmaksızın kalabalığın birbirine kenetlendiği, sonrasında kolluk görevlileri tarafından kişilerin tek tek gruptan ayrılmaları sağlanmak suretiyle topluluğun dağıtıldığı,sanığın da grup içerisinde yer aldığı anlaşılmıştır.

Bozma ilamında da belirtildiği üzere, birbirine kenetlenerek insan zinciri oluşturan kalabalığın, dağılma yönündeki ihtara uymadıkları sabitse de, görevlilere yönelik cebir ve tehdit içeren bir eylemleri de bulunmamaktadır. Bu sebeple, sanığın, suç teşkil eden ve fizik aleme yansıyan herhangi bir eyleminin bulunmadığı, buna ilişkin somut delile de ulaşılamadığı kabul edilmiştir. Ceza Yargılaması yalnızca fizik alemde cereyan eden eylemleri suç olarak tanımlamıştır. Eyleme dönüşmeyen düşünce ve fikirlerler hiç bir çağdaş ceza kanununda ceza yaptırımına tabi tutulmamıştır. Pasif insan davranışlarının suç olarak değerlendirildiği durumlar bulunmakla birlikte, 2911 Sayılı Yasa da düzenlenen suçların oluşması için aktif bir eylemin gerektiği kuşkusuzdur. Yine, örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme nedeniyle mahkumiyete hükmedilebilmesi için öncelikle örgütün talebi doğrultusunda suç teşkil eden bir hareketin bulunması gerektiği de kuşkudan uzaktır. Sanığın suçu oluşturacak aktif bir eylemi bulunduğuna ilişkin somut delile ulaşılamamıştır. Sanığın üzerine atılı 2911 yasanın 32/1'inci maddesine aykırılık suçu, aktif bir eylemi bulunduğuna ilişkin somut deli bulunmadığı için oluşmayacağına göre, yansıma suç olan TCK'nun 220/6'ıncı maddesinde düzenlenen suç da oluşmayacaktır. Ceza yargılama usul hukukunun "şüpheden sanık yararlanır" ilkesine göre, ceza yargılamasının sonunda, fiilin sanık tarafından işlendiği yüzde yüz belirliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilmesi gerekir. Bu ilkenin kabul edilmesinin nedeni, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir. Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer bırakılmaksızın ortaya çıkarılmasıdır; kuşkunun bulunması halinde mahkumiyet kararı verilmesi ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır; varsayımlara dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağından, bozma ilamındaki düşünceye koşut olarak sanığın beraatına karar verilmesinin doğru olacağı kanaatine varılmıştır.

Tartışılan deliller sonucunda ulaşılan kabul, bu kabule dayanan eylemin ihlal ettiği yasa maddeleri ve yukarıda dayanılan gerekçeler göz önünde bulundurularak; her ne kadar sanık hakkında 2911 sayılı kanuna aykırılık ve örgüt adına suç işleme eylemlerinden dolayı cezalandırılması talebi ile kamu davası açılmışsa da; isnat edilen fiilin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin somut

delillerle ispatlanamadığı kanaatiyle, örgüt adına suç işleme suçundansanığın beraatine..."

B. İlgili Hukuk

33. 2911 sayılı Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"(Değişik madde: 22/7/2010-6008 S.K/1.md.) Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur.

İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.

23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörtte bire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

34. 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur."

35. 2911 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"(Ek fıkra: 2/3/2014-6529/7 md.) Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde katılımcıların ve konuşmacıların ses ve görüntüleri kolluk tarafından yapıldığı belli olacak şekilde kaydedilebilir. Elde edilen kayıt ve görüntüler şüphelilerin ve suç delillerinin tespiti dışında başka bir amaçla kullanılamaz."

36. 2911 sayılı Kanun'un mülga 13. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Hükümet komiseri, toplantı yerinde uygun göreceği bir yerde bulunur ve toplantıyı teknik ses alma cihazları, fotoğraf ve film makineleri gibi araçlarla tespit ettirebilir."

37. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin altıncı fıkrası şöyledir:

"(Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır."

38. 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesi 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.

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

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

39. Mahkemenin 9/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

40. Başvurucu; Batman ilinde kurulan Demokratik Çözüm ve Barış Çadırı'nın kaldırılmasını protesto etmek için çadırın kaldırıldığı yere doğru yürüyüş yaptıklarını, daha sonra yürüyüşün oturma eylemi olarak devam ettiğini, gösterinin barışçıl nitelikte olduğunu ve herhangi bir şiddet içermediğini, buna rağmen hakkında dava açıldığını, açılan davada gösteri esnasında polisin kamera kayıtlarına dayanıldığını, gösterinin kamera kaydı altına alınması hususunda herhangi bir hâkim kararı olmadığını ancak bu kayda dayanılarak ve aleyhine delil olarak kullanılarak mahkemenin karar verdiğini, ayrıca yapılan yargılamada terör örgütünün

açıklamalarının yayımlandığı bir internet sitesinden yayımlanan soyut nitelikli bir haber üzerine eylemin yapıldığının kabul edildiğini, bu soyut iddia dışında herhangi bir somut delil olmadan terör örgütüne üye olmak suçundan mahkûmiyetine karar verildiğini belirterek Anayasa'nın 20., 34. ve 36. maddelerinde tanımlanan özel hayata saygı, adil yargılanma ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, yargılamanın yenilenmesive tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

41. Başvurucu, hâkim kararı olmaksızın edinilen kamera kayıtlarına dayanılarak aleyhine hüküm kurulduğunu, ayrıca yapılan yargılamada terör örgütünün açıklamalarının yayımlandığı bir internet sitesinden yayımlanan soyut nitelikli bir haber üzerine eylemin yapıldığının kabul edilerek hakkında mahkûmiyet kararı verildiğini belirtmiş, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Anayasa'nın "*Görev ve yetkileri*" kenar başlıklı 148. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. ..."*

43. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."*

44. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" kenar başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir."

45. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmıştır. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar; başvurucunun, kamu gücünün eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı "*güncel bir hakkının ihlal edildiği iddiasında*" bulunması, iddia edilen ihlalden kişinin "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun "*mağdur*" olduğunu iddia etmesidir (*Fetih Ahmet Özer*, B. No: 2013/6179, 20/3/2014, § 24).

46. Bir başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilebilmesi için başvurucunun mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp iddia edilen ihlalden doğrudan etkilendiğini, bir başka ifadeyle mağduriyetini kanıtlaması gerekir. Bu itibarla mağdur olduğu zannı veya şüphesi mağdurluk statüsünün mevcudiyetinin kabulü için yeterli değildir (*Ayşe Hülya Potur*, B. No: 2013/8479, 6/6/2014, § 24).

47. Diğer yandan bir şüpheli hakkında yürütülen ceza soruşturmasının, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanması veya açılmış olan davanın ertelenmesi, düşürülmesi ya da sanığın beraatine hükmedilmesi hâlinde makul sürede yargılanma hakkına ilişkin iddialara halel gelmemek şartıyla bu kişilerin, adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle mağdur olduklarının kabulü mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Eğinlioğlu/Türkiye* (k.k.), B. No: 31312/96, 21/10/1998; *Koç ve Tambaş/Türkiye* (k.k.), B. No: 46947/99, 24/2/2005; *İsak Tepe/Türkiye*, B. No: 17129/02, 21/10/2008, § 30; *Bouglame/Belçika* (k.k.), B. No: 16147/08, 2/3/2010; *Juge ve Ducamp/Fransa* (k.k.), B. No: 66170/09, 12/4/2011). Ancak bu durum, soruşturma veya kovuşturmaların yukarıda belirtilen sonuçlarının adil yargılanma hakkı dışındaki haklara etkisinin incelenmesine engel teşkil etmez.

48. Somut olayda başvurucu hakkında açılan ceza davası beraatle sonuçlanmıştır. Dolayısıyla başvurucunun, bahse konu iddiaları bakımından mağdur sıfatı bulunmamaktadır.

49. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

50. Başvurucu, kendisi hakkında kurulan mahkûmiyet kararında gösteri esnasında polisin almış olduğu kamera kayıtlarına dayanıldığını, gösterinin kamera kaydına alınması hususunda herhangi bir hâkim kararı olmadığını ve bu itibarla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Bakanlık, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına yapılan müdahalenin kanunla öngörüldüğünü, suçun önlenmesi gibi meşru amaçlara hizmet ettiğini belirtmiş, bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına atıfta bulunmuş ve ölçülülüğün değerlendirilmesinde bu standartlarındikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

52. Başvurucu, Bakanlığa karşı beyanında gizli izlemelerin ilgili yasa hükümlerinin çok daha açık ve belirli olması gerektiğini, öngörülebilirlik kriterinin karşılanması için yetkilerin kullanım biçimi ve sınırlarının açıkça belirtilmesi gerektiğini, hâkim izni ve mahkeme kararı olmadan yapılan izlemenin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

53. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

> *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*
>
> *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

54. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır. Bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır.

55. Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin; kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (AYM, E.2009/1, K.2011/82, 18/5/2011; E.1986/24, K.987/7, 31/3/1987).

56. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alanı işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır.

57. AİHM, görsel verileri kaydetmeyen bir cihazla görüntü alınarak kişinin hareketlerinin ve yaşadıklarının kamuya açık alanda izlenmesinin

özel hayatın kendisine bir müdahale teşkil etmediğinin belirtmektedir (*Perry/ Birleşik Krallık*, B. No: 63737/00, 17/7/2003, § 38). Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca özel hayatla ilgili konular ortaya çıkabilir. Yani eğer izleme sistemli bir şekilde yapılıyorsa ve kayıt altına alınıyorsa bireyin özel yaşamına müdahale söz konusu olabilmektedir (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, §§ 43, 44).

58. AİHM'e göre bir kişinin evinin veya özel mülkünün dışında alınan önlemlerin, kişinin özel hayatına dahil olup olmadığının belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gereken birkaç unsur vardır. İnsanlar bazen kamuya açık bir biçimde kaydedilebilen veya rapor edilebilen faaliyetlere bilerek veya kasten dahil oldukları için kişinin mahremiyet hakkındaki makul beklentileri, kararı belirleyen etken olmasa da önemli olabilir. Sokakta yürüyen bir kişi, kaçınılmaz olarak orada bulunan diğer kişiler tarafından görünür olacaktır. Teknolojik yöntemlerle aynı kamusal mekânın izlenmesi de (örneğin kapalı devre televizyon ile güvenlik görevlilerinin izlemesi) benzer özelliktedir. Ancak kamu alanındaki bu tür bilgilerin düzenli veya kalıcı olarak kaydı söz konusu olunca özel hayatla ilgili konular ortaya çıkmaktadır. İşte bu nedenle güvenlik görevlileri tarafından belirli bir birey hakkında toplanan dosyalar, söz konusu bilgi müdahaleci veya gizli bir yöntemle toplanmamış olsa bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi kapsamına girer (*P. G. ve J. H./Birleşik Krallık*, B. No: 44787/98, 25/9/2001, § 57).

59. Fotoğraflar söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 8. maddesinin sunduğu korumanın içeriğini yetkili makamların keyfî müdahalesine karşı korumak amacıyla Komisyon, ister özel ister kamusal olaylarla ilgili olsun ya da ister sınırlı kullanım amaçlı ister kamuya açık olsun fotoğraf çekmenin bir bireyin özel hayatına müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirmiştir Komisyon, başvurucunun fotoğraflarının kamuya açık bir yerde yapılan genel bir gösteride çekildiği ve polis dosyalarında saklandığı bir davada, söz konusu fotoğrafın yapılan gösterinin bir kaydı olarak çekildiğine ve saklandığına ve fotoğrafta görülen kişilerin kimliklerini belirlemek için veri işleme yöntemleri kullanılarak herhangi bir şey yapılmadığına ağırlık vererek müdahale olmadığına karar vermiştir (*Friedl/ Avusturya*, B. No:15225/89, 19/5/1994, §§ 51, 52).

60. Yine AİHM kararına konu olan bir başka olayda başvurucu, elinde bir bıçakla intihar etmek üzere trafik kavşağında yürümekteyken haberi olmadan kendisini kaydeden kameralar ile tespit edilerek polisler tarafından hastaneye götürülmüştür. Ancak başvurucunun görüntüleri daha sonra yazılı ve görsel basına dağıtılmıştır ve görüntüler başvurucunun yüzü kapatılmadan yayımlanmıştır. AİHM bu olayda başvurucunun kamusal bir mekânda herhangi bir kamusal etkinlik içinde bulunmadığını, başvurucunun kamuya mal olmuş/kamuoyu tarafından tanınan bir kişi olmadığını belirtmiş ve söz konusu görüntülerin ilgilinin beklentisini aşacak şekilde topluma yayılıp yayılmadığını gözönünde bulundurarak başvurucunun özel hayatına müdahale olduğunu kabul etmiştir (*Peck/Birleşik Krallık,* B. No: 44647/98, 28/1/2003, § 62).

61. Somut olayda kamuya açık bir yerde yapılan ve başvurucunun da katıldığı gösteri esnasında polis tarafından fotoğraf çekilmiş ve video kaydı yapılmıştır. Dava dosyasında bu kayıtlara yer verilmiştir. Bu izleme faaliyeti başvurucuya mahsus olmak üzere değil tüm göstericilere yönelik olarak gerçekleştirilmiştir. Söz konusu fotoğraflar ve videolar sadece başvurucunun gösteriye katılıp katılmadığını tespit etmek için kullanılmış ve kamuoyuna servis edilmemiştir. Öte yandan başvuruya konu olay milletvekillerinin de katıldığı bir olay olduğu için çeşitli basın yayın organlarınca da takip edilmiş, video ve fotoğraflarla haberleştirilmiştir. Kuşkusuz bu durum başvurucunun makul beklentisini azaltmaktadır. Zira başvurucu bu haberlere yönelik herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Dolayısıyla yetkili makamlar kendileri kayıt yapmadan da başvurucunun o toplantıya katılıp katılmadığını anılan haber içeriklerinden tespit edebilirdi. Esasında kolluk görevlilerinin yaptığı bu izleme faaliyeti çıplak gözle yapılan fiziki takibe benzemekte ve yapılan kayıt işleminin de bu fiziki izlemeye yardımcı olduğu anlaşılmaktadır. Kolluk görevlilerinin bu tür toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde katılımcıları izlemesi ne kadar tabiiyse toplantı veya gösteri yürüyüşünü elektronik aletlerle kayda alması da sistematik ve belli bir kişiye yönelik olmadığı sürece o kadar tabiidir. Son olarak Anayasa Mahkemesi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ya da kötü muamele yasağının ihlal edilip edilmediğini incelerken kolluğun bu izleme faaliyeti çerçevesinde elde ettiği verilere dayanmaktadır. Bu yönüyle kayıt altına alma işlemi, başvuruculaların anılan haklarını korumak gibi meşru bir amaca da hizmet etmektedir.

62. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda başvurucunun özel hayatına müdahale edilmesi konusunda meşru bir beklentiye sahip olmadığı dolayısıyla başvurucunun özel hayatının gizliliği hakkına haksız bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

63. Açıklanan nedenlerle başvurucunun özel hayata saygı hakkına yönelik açık bir ihlal saptanamadığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

64. Bakanlık görüşünde, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

65. Başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusunun, açıkça dayanaktan yoksun olmadığından ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

66. Başvurucu, Batman ilinde kurulan Demokratik Çözüm ve Barış Çadırı'nın kaldırılmasını protesto etmek için çadırın kaldırıldığı yere doğru yürüyüş yaptığını, daha sonra yürüyüşün oturma eylemi olarak devam ettiğini, gösterinin barışçıl nitelikte olduğunu ve herhangi bir şiddet içermediğini, buna rağmen hakkında dava açıldığını ve mahkûmiyetine karar verildiğini bu şekilde toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

67. Bakanlığı görüşünde bu hakka yapılan müdahaleler değerlendirilirken müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğine, meşru amaca hizmet edip etmediğine, meşru amaçların gerçekleştirilmesi için demokratik toplumda gerekli olup olmadığına bakılması gerektiğini belirtmiştir.

68. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı bu hakka yapılan müdahalenin kanuni olmadığını zira mahkûmiyetine neden olan hükmün öngörülebilir olmadığını, yaptığı gösterinin barışçıl olduğunu ve gösteriye müdahale edilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir.

69. Anayasa'nın 34. maddesi şöyledir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir."

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

70. Sözleşme'nin 11. maddesi şöyledir:

"Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

71. Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlanmasının daha dar kapsamda olduğunun düşünülmesi ve bu niteliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmesi gerekir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, B. No: 2013/3924,6/1/2015, § 115).

72. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve ifade özgürlüğü, demokratik toplumun en temel değerleri arasındadır. Demokrasinin özünde açık bir tartışma ortamıyla sorunları çözebilme gücü yer almaktadır. Şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi, demokrasiye zarar vermektedir. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin, toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilmesi imkânı sunulmalıdır (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 117).

73. Anayasa'nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Kolektif bir şekilde kullanılan bu hak, düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşünceleri açıklama imkânı vermektedir. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışındadır. Bu kapsamda toplanma hakkının amacı şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Bunun dışında toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 118).

74. Toplanma hakkının barışçıl niteliği genel olarak bir bütün hâlinde değerlendirilerek ortaya konulmalıdır. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi de tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 119).

75. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası, bazı durumlarda toplanma hakkının sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında da sınırlama nedenleri öngörülmüştür. Bu kapsamda toplantı hakkına getirilecek her türlü sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ön şarttır. Kanunun öngördüğü durumlarda dahi bu hakka müdahalenin meşru amaç-

lar çerçevesinde olması gerekmektedir. Meşru amaçlar 34. maddede *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* olarak belirtilmiştir. Sözleşme'de de benzer bir şekilde düzenleme yapılmıştır. Meşru amaçlar çerçevesinde kanun ile yapılacak sınırlamalar dahi Anayasa'nın 13. maddesi gereğince *"Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* aykırı olamaz. Dolayısıyla toplantı hakkına müdahale demokratik toplum için gereklilik arz etmelidir. En son olarak da müdahale, meşru amaçları gerçekleştirmek için ölçülü olmak zorundadır (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 120).

a. Müdahalenin Varlığı

76. Toplantı hakkındaki "sınırlama" kavramı, ifade özgürlüğünde olduğu gibi sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil, hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsar. Dolayısıyla barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmalar da toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebilir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 123). Başvurucu toplantı hakkının kullanılması sırasındaki müdahaleden değil, gösteri sonrasında hakkında verilen mahkûmiyet kararından şikayetçi olmuştur.

77. Başvurucu hakkında açılan kamu davası sonucunda 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan neticeten beş ay hapis cezasına hükmedilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi toplanma hakkına yönelik bir müdahale kabul edilmelidir. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı 1/6/2012 tarihinde, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinden önce kesinleştiği için bu müdahalenin incelenmesine imkân yoktur. Öte yandan başvurucu hakkında örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemesuçu yönünden beraat kararı verilmiştir. Bu durumun müdahalenin mevcudiyeti açısından ayrıca incelenmesi gerekir.

78. AİHM'e göre bir kişi, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (*Dudgeon/Birleşik Krallık,* B. No: 7525/76, 22/11/1981, *Norris/İrlanda,* B. No: 10581/83, 26/10/1988,§ 31) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir kişi grubunun üyesi ise (*Johnston ve diğerleri/İrlanda,* B. No: 9697/82, 18/12/1986, § 42, ve *Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda,* B. No: 14234/88, 14235/88, 29/10/1992) bireysel bir icrai ted-

birin yokluğunda dahi bir yasanın, haklarını ihlal ettiğini ileri sürebilir. Mahkemeye göre ayrıca bir kişiyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirebilecek bir korku ihtimali varsa netice itibarıyla beraat verilse dahi ifade özgürlüğünün kullanımında yaptırım korkusunun caydırıcı etkisi kabul edilmelidir (*Lombardo ve diğerleri/Malta,* B. No: 7333/06, § 61, 24/4/2007; *Aktan/Türkiye,* B. No: 20863/02, 23/9/2008, §§ 27, 28). Örneğin duruşma sırasında bir savcının davayı yürütme şeklini eleştiren avukatın iftira suçundan aldığı ceza, daha sonra yüksek mahkeme tarafından bozulmuş ve üzerindeki para cezası kaldırılmış olsada bu durumun, o avukatın müvekkilini gerekli özenle savunma yükümlülüğü üzerinde caydırıcı etkisi olacaktır (*Nikula/Finlandiya,* B. No: 31611/96, 21/3/2002, § 54).

79. Bu kapsamda başvurucu hakkında, başvuruya konu eyleme katıldığı için örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan dava açılmış, başvurucu beraat edene kadar ceza davasına muhatap olmuştur. Dolayısıyla bu durum bu süre zarfında başvurucu üzerinde cezalandırma baskısı oluşturmuş olabilir. AİHM de barışçıl bir gösterinin prensip olarak cezai yaptırım tehdidine tabi olmaması gerektiği kanaatindedir (*Akgöl ve Göl/Türkiye,* No: 28495/06 ve 28516/06, 17/5/2011, § 43, *Pekaslan ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 4572/06, 5684/06, 20/3/2012, § 81). Ancak suç niteliğinde olduğu varsayılan bir davranış nedeniyle bir kimse hakkında soruşturma kararı verilmesi ve sonucunda dava açılması, özünde ceza verilmesi veya herhangi bir tedbir uygulanmasını gerektirmeyen usule ilişkin bir işlemdir. Bu bağlamda soruşturma ve kamu davasının açılmasında Cumhuriyet Savcısı'nın değerlendirmesi kişinin suç işlediğine dair şüphesine bağlıdır. Sonuçları açısından cezai veya zorlayıcı bir tedbiri gerektirmeyen bu nitelendirme tek başına toplanma hakkına müdahale teşkil etmeyebilir. Başvurucu başvuru yaptığı tarih itibarıyla beraat etmediği için esasında hakkında verilen mahkûmiyet kararından şikayetçi olmuş olsa da bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşan ve başvurucunun elinde olmayan bu durumun müdahalenin varlığı açısından dikkate alınması gerekir. Başvuruya konu olayda başvurucu, katıldığı gösteri nedeniyle yargılandığı davada, nihayetinde beraat kararı verilmiş olsa da yaklaşık 5 yıl boyunca ceza davası sürecine muhatap olmuş ve bu süreçte cezalandırılma baskısıyla karşılaşmıştır. Tüm bu değerlendirmeler ışığında yaklaşık 5 yıl boyunca devam eden bu sürecin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına bir müdahale oluşturduğunun kabul edilmesi gerekir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı Hakkında

80. Yukarıda anılan müdahale Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları taşımadığı müddetçe Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Müdahalenin Kanuniliği

81. Başvuru konusu olayda müdahalenin yasal dayanağı 2911 sayılı Kanun'un 22. ve 32. maddeleridir. Öte yandan 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesi ve 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin altıncı fıkrası, başvurucunun mahkûmiyet kararının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası gereğince toplanma hakkının sınırlandırılması hususunda gerekli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu sebeple toplanma hakkına müdahalenin *"kanunilik"* unsuru mevcuttur.

ii. Meşru Amaç

82. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* amaçlarına yönelik olması gerekir.

83. Başvurucunun içinde bulunduğu gruba yönelik müdahalenin amacının, polis tarafından tutulan tutanaklar incelendiğinde kamu düzenin bozulmasını engellemeye ve kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 34. maddesi gereğince polisin yaptığı müdahalenin meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmelidir.

iii. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

84. Başvurucu ve içinde bulunduğu grup, Batman ilinde kurulan Demokratik Çözüm ve Barış Çadırı'nın kaldırılmasını protesto etmek için çadırın kaldırıldığı yere doğru yürüyüş yapmış, çadırın bulunduğu yere

geldikleri esnada caddenin ortasına oturarak oturma eylemine başlamışlardır. Protestonun temel amacı söz konusu çadırın kaldırılmasını protesto etmektir. Olaylı yakalama tutanağı ve dava dosyasındaki diğer deliller kapsamında başvurucu ve katılımcılar şiddet içeren eylemlerde bulunmamışlardır.

85. Bununla birlikte anılan tutanağa göre başvurucunun da dahil olduğu grubun cadde üzerine oturmak suretiyle yolu çift yönlü olarak trafiğe kapattıkları ve trafiği kısmen aksattıkları belirtilmiştir. Ayrıca başvurucunun içinde bulunduğu grubun terör örgütü PKK'nın talimatıyla orada bulundukları belirtilmiştir. Başvurucunun PKK'nın emri altında hareket ettiğini kanıtlamak için PKK'ya yakın websitelerinde yayımlanan genel bir çağrıya dayanılmıştır. Dolayısıyla yetkili makamlarca başvurucu hakkında örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçunu işlemiş olabileceği şüphesiyle ceza davası açılması makul karşılanmalıdır. Bu yönde bir şüphe olması durumunda kamu davası açılmaması gerektiğini söylemek diğer bir deyişle sadece kamu davası açılmasının müdahale teşkil ettiğini kabul etmek soruşturma makamlarının takdir yetkisine müdahale etmek anlamına gelecektir.

86. Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kural olarak ceza yaptırımı tehdidine tabi olmaması gerektiği kabul edilse de başvurucunun yasadışı eylemlerin odağı olduğu belirtilen (bkz. § 9) bir çadırın kaldırılmasını protesto amacıyla söz konusu eyleme katılması ve bu gösteri yürüyüşünün terör örgütünün çağrısı ile yapılması şüphesi söz konusu olduğu için barışçıl amaçlı bir gösterinin var olup olmadığı yapılan yargılamanın sonucuyla birlikte ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu olay özelinde başvurucunun katıldığı eylemin gerçekten barışçıl amaçla yapılıp yapılmadığı ilk aşamada çok açık olmadığından başvurucu hakkında sadece ceza davası açılması ve dolayısıyla 5 yıl boyunca ceza davası sürecine muhatap olması makul karşılanmalıdır. Öte yandan başvurucu üzerine atılı suç nedeniyle yargılanmış ve örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçundan beraat etmiştir. Başvurucunun beraat ettiği ve tutuksuz yargılandığı da dikkate alındığında başvurucu hakkında herhangi bir sonuç doğurmayan ve yaklaşık 5 yıl boyunca ceza davasına muhatap olma şeklindeki müdahalenin Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında *"ölçülü"* olduğunun kabul edilmesi gerekir.

87.Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE

9/3/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HALİS TOPRAK VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/4488)

Karar Tarihi: 23/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 5/5/2016-29703

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	**:**	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	**:**	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Selami ER
Başvurucular	:	1. Halis TOPRAK
Mirasçıları:		1. Yeşim TOPRAK DOĞAN
		2. Aynur TOPRAK
		3. Sevgi TOPRAK TUNGA
		4. Şükran TOPRAK
		5. Ahmet TOPRAK
		6. Mehmet TOPRAK
		7. Salim TOPRAK
		8. Turgut TOPRAK
		9.Ayfer TOPRAK KARAVAN
		10.Aysel DURUK
		11.Mine EKMEKÇİ
		12.Ayla TOPRAK ZENGİN
		2. Ahmet TOPRAK
		3. Mehmet TOPRAK
Vekilleri	:	Av. Zuhal BEREKET BAŞ
		Av. Mesut BEDİRHANOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devredilen bankanın, mali yapısının el konulmasını gerektirecek şekilde bozuk olmaması, zararını karşılayacak kadar mal varlığının bulunması, gerekli şartlar oluşmadan Bankaya el konması ve buna ilişkin davada sonucu etkileyecek bir iddianın Danıştay kararlarında karşılanmaması nedenleriyle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 11/10/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 15/6/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 10/8/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 25/8/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 8/9/2015 tarihinde ibraz etmiştir.

7. Bakanlık görüş yazısında, başvurucunun iddialarının BDDK ve TMSF'den görüş alındıktan sonra değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesinin 24/11/2015 tarihli yazısı ile BDDK ve TMSF'den başvurucunun iddialarıyla ilgili açıklama yapması istenmiş ve TMSF Başkanlığı 11/12/2015 tarihli, BDDK Hukuk İşleri Daire Başkanlığı 31/12/2015 tarihli yazıları ile açıklamalarını ibraz etmişlerdir.

8. Başvuruculardan Halis Toprak'ın 3/1/2016 tarihinde vefat etmesi üzerine başvurucunun mirasçılarına, başvuruya mirasçı sıfatıyla devam

edip etmeyecekleri sorulmuş; mirasçılar başvuruyu sürdürmek istediklerini beyan etmişlerdir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

9. Başvurucular, el konulduktan sonra tasfiye edilen Toprakbank A.Ş.nin (Banka) hissedarları olup Bankanın TMSF'ye devri öncesinde hisselerinin %95'i, başvurucular ve sahibi oldukları Toprak Şirketler Grubuna ait bulunmaktadır.

10. Banka; BDDK'nın 11/12/2000 tarihli kararıyla Toprak Grubuna (Grup) ait şirketlere kullandırılan krediler nedeniyle aktiflerinin dondurulması, gelir-gider dengesizliği ve sermaye yapısının yetersizliği nedenleriyle 18/6/1999 tarihli ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında yakın izlemeye alınmıştır.

11. BDDK tarafından hazırlanan 6/4/2001 tarihli Mali Bünye raporunda Bankanın sermaye arttırması, Grup şirketlerine kullandırılan kredilerin geri ödenmesi, bankaya nakit girişinin acilen temin edilmesi, organizasyon yapısının etkin ve verimli hâle getirilmesi, Toprak Off-Shore'un faaliyetlerine son verilerek hesaplarının Bankaya aktarılması gerektiği, bu durumun Bankanın gelir-gider dengesini bozduğu, öz kaynak açığının gündeme geldiği, Toprak Off-Shore'a yapılan depoların kredi sınırlarını aştığı belirtilmiştir. BDDK tarafından Bankadan stratejik ortak veya Grup firmalarının satışı ile kaynak bulunması, Grup kredilerinin nakit tahsilâtla tasfiyesi ya da maddi teminatla teminatlandırılması gibi önerilerde bulunulmuştur. Bankanın 30/9/2001 tarihli finansal tablolarında zararı 123 milyon TL, öz kaynağı ise (-) 38 milyon TL olarak gösterilmiştir.

12. BDDK 30/11/2001 tarihli ve 538 sayılı kararıyla *"4389 sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında alınması istenen tedbirleri almayan, kaynaklarını Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde hissedarların oluşturduğu sermaye grubuna aktaran, zararı özkaynaklarını aşarak sirayet eden ve mali bünyesindeki zafiyet bu haliyle faaliyetlerini sürdürmesi mevduat sahiplerinin haklarını mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye düşüren Bankanın"* temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına istinaden TMSF'ye devredilmesine karar verilmiştir.

13. TMSF Fon Kurulunun 30/11/2001 tarihli ve 352 sayılı kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasının (ab) hükmüne istinaden Banka zararının ödenmiş sermayeye tekabül eden 45,5 milyon TL tutarındaki kısmının Bankaya aynı tutarda yapılacak ödeme karşılığında devralınmasına ve hisse senetlerinin Banka pay defterine TMSF adına kaydedilmesinin istenmesine karar verilmiştir. Banka Yönetim Kurulu da TMSF tarafından atanarak değiştirilmiştir.

14. Banka, TMSF'ye devrinden sonra gerçek mali durumunun tespiti amacıyla TMSF tarafından bağımsız denetime tabi tutulmuş ve zararın yaklaşık 1.306 milyon TL olduğu tespit edilmiştir. BDDK bankalar yeminli murakıplarının devir tarihi bilançolarından yola çıkarak hazırladıkları 11/3/2002 tarihli raporlarda Bankanın devir tarihi itibarıyla zararının yaklaşık 1.306 milyon TL, öz kaynaklarının (-) 1.222 milyon TL, mevduatlarının 1.517 milyon TL ve aktif büyüklüğünün 1.905 milyon TL olduğu tespit edilmiştir. BDDK'nın ve Fon Yönetim Kurulunun 26/3/2002 tarihli kararlarına istinaden Banka, Bayındırbank çatısı altında birleştirilerek bankacılık lisansı 30/9/2002 itibarıyla kaldırılmıştır.

15. TMSF tarafından Bankanın aktifinde yer alan gayrimenkuller ile iştirakleri satılmış ve Banka hâkim ortağı olan başvurucularla 18/12/2004 tarihinde Grup şirketlerine kullandırılan krediler nedeniyle Bankaya olan borçlarını tasfiye amacıyla 453 milyon USD tutarında protokol imzalanarak Banka zararlarının tahsiline çalışılmıştır. 6/2/2008 tarihinde borcun ödenmesine yönelik yeni teklif verilmesi üzerine ek protokol yapılmış ve tam tahsil edilemeyen kamu borcu bu defa 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a göre Banka eski hâkim ortaklarının mal varlıklarından tahsil edilemeye çalışılmıştır. Daha sonra Toprak grubu tarafından protokol hükümlerinin tam olarak yerine getirilmemesi ve diğer bankalar ve bankacılık işlemlerinden kaynaklanan yeni borçlarının ortaya çıkması nedeniyle ödemeler mahsup edilerek 8/6/2012 tarihinde 133 milyon USD tutarında yeni protokol imzalanmıştır.

16. Bankanın 1.000 lot hisse senedinin sahibi olan Y.P. tarafından, Bankanın TMSF'ye devir işleminin iptali istemi ile 2005 yılında Danıştay Onüçüncü Dairesinde iptal davası açılmıştır.

17. Danıştay Onüçüncü Dairesi 23/9/2005 tarihli ve E.2005/1175, K.2005/4681 sayılı kararında, dava dosyasının incelenmesi sonucu Toprak

Grubu firmalarına kullandırılan kredilerden dolayı aktifin dondurulması, gelir gider dengesizliğinin ortaya çıkması ve sermaye yapısının yetersiz olması nedenleri ile Bankanın BDDK tarafından yakın izlemeye alındığını; BDDK'nın Bankadan birtakım tedbirlerin alınmasını istediğini ancak söz konusu tedbirlerle ilgili önemli bir gelişme sağlanamadığını, bankalar yeminli murakıplarınca 30/6/2001 tarihli mali tablolar üzerinden yapılan incelemeler sonucunda düzenlenen raporda, ortaya konulan tespitler doğrultusunda gerek sermaye artırımı gerekse kredi tahsilatı konusunda gelişme sağlayamayan Banka hakkında 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesi hükümlerinin uygulanmasının yerinde olacağının ifade edildiğini; sonuçta Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetiminin 30/11/2001 tarihli BDDK kararı ile 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesi uyarınca TMSF'ye devredildiğini belirtmiş; Bankanın Ocak 2001-Haziran 2001 ara dönemine ilişkin mali durumunu içeren ve kamuoyuna açıklanan bağımsız sınırlı denetim raporunun incelenmesi neticesinde Bankanın ve Toprakbank Offshore Ltd. Şti. nin Toprak Grubu şirketlerine kullandırdığı kredilerin tahsil edilemediğinin ve tahsil tarihlerinin belirsiz olduğunun vurgulandığını, söz konusu kredilerin mali yapı üzerinde yaratacağı etkiler nedeniyle Bankanın bankacılık faaliyetlerinin ancak öz kaynakların güçlendirilmesi ile mümkün olabileceğinin ifade edildiğini, Bankanın 30/9/2001 tarihli mali tablolarında da dönem zararının 123 milyon TL, öz kaynaklarının ise negatif 38 milyon TL düzeyinde gerçekleştiğinin görüldüğünü ortaya koyarak iptali istenen idare işleminde mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir.

18. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 26/6/2008 tarihli ve E.2006/2168, K.2008/1698 sayılı ilam ile verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğunu, ileri sürülen temyiz nedenlerinin bozmayı gerektirecek nitelikte olmadığını belirterek temyiz istemini reddetmiştir.

19. Temyiz isteminin reddi üzerine karar düzeltme talebinde bulunulmuş, karar düzeltme incelemesi sürerken davacı Y.P., Gökçeada Noterliğince düzenlenen 20/8/2009 tarihli Hisse Senedi Devir ve Temliknamesi ile Bankaya ait 1.000 lot hisse senedini, 400 lot başvurucu Halis Toprak'a, 300'er lot başvurucular Ahmet Toprak ve Mehmet Toprak'a olmak üzere (toplam 1.000 TL bedel karşılığı) devretmiştir.

20. Söz konusu devir ve temlik işlemleri nedeniyle karar düzeltme aşamasında başvurucuların yargılamaya taraf olarak katılımları Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca kabul edilmiştir.

21. Karar düzeltme incelemesi sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 1/10/2012 tarihli ve E.2009/57, K.2012/1319 sayılı ilamı ile karar düzeltme isteminin reddine hükmetmiştir.

22. Karar düzeltme isteminin reddine ilişkin ilam, başvuruculara 31/5/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucular 27/6/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

24. 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yayımı tarihinden önce, 26.12.2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18 inci maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6 ncı maddeleri ile geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce haklarında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanun gereği mal bildiriminde bulunması gerekenlerin, bildirimde belirtmedikleri veya gerçeğe aykırı olarak bildirdikleri her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacak ile gelir ve harcamalar da haksız mal edinme hükümlerine tâbidir. Haksız mal edinmediğini ispat edene bu hüküm uygulanmaz.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64 ve 65 inci maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca işlem yapılan bankalar ile tasfiyeye tâbi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankalar hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin

(5) ve (6) numaralı fıkraları hükümlerinin uygulanmasına devam edilir."

25. 4389 sayılı mülga Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak, mali piyasalarda güven ve istikrarı ve ekonomik kalkınmanın gereklerini de dikkate alarak kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere bankaların kuruluş, yönetim, çalışma, devir, birleşme, tasfiye ve denetlenmelerine ilişkin esasları düzenlemektir."

26. 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesi şöyledir:

"1. Denetlemeler sonucunda bu Kanuna ve bu Kanuna dayanılarak alınan kararlara ve yapılan düzenlemelere, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı ve bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte işlemlerin tespit olunması halinde Kurum, sorumluları hakkında yapılacak cezai işlem saklı olmak üzere, vereceği süreler içinde söz konusu işlemlerin düzeltilmesi ve tekrarına meydan verilmemesi için gerekli tedbirlerin alınması hususunda ilgili bankayı uyarır. Banka, verilen süreler içinde Kurumca istenen tedbirleri almak ve aldığı tedbirleri Kuruma bildirmek zorundadır. İstenen tedbirlerin alınmaması veya bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki işlemlerin tekerrürü halinde Kurul, işlemlerin mahiyet ve önemine göre;

a) Yönetim Kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden alarak veya üye sayısını artırarak bu kurula üye atamak,

b) Bankanın faaliyetlerini, faaliyet türleri itibariyle tüm teşkilatını veya gerekli görülecek şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlamak,

c) Bankanın mevduat sigortası primlerini yükseltmek veya kabul ettiği mevduatı yüzde yüz oranına kadar karşılığa tabi tutmak,

da dahil olmak üzere, bankanın emin bir şekilde çalışmasına ve mevduat sahiplerinin korunmasına yönelik her türlü tedbiri almaya ve uygulamaya yetkilidir. Bu maddeye göre Bankalara atanacak yönetim kurulu üyelerinin ücretleri Kurulca tespit olunur ve Kurumdan karşılanır.

2. (Değişik fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.)

a) Kurum, bir bankanın varlıklarının vade itibariyle taahhütlerini karşılayamadığını veya bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunu veya likiditeye ilişkin düzenlemelere uymadığını tespit ettiği takdirde; bankadan, onaylayacağı bir plan dahilinde bu durumun düzeltilmesini isteyebileceği gibi uygun bir süre vererek;

aa) Uzun vadeli veya duran değerlere yatırım yapılmaması,

ab) İştirakler ve gayrimenkuller gibi duran değerlerin elden çıkarılması,

da dahil olmak üzere, likiditenin güçlendirilmesi amacıyla, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir.

b) Kurum, bir bankanın özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz kaldığını ya da bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunu tespit ettiği takdirde; bankadan, onaylayacağı bir plan dahilinde, sermaye artırımı veya sermaye benzeri kaynak temin edilmesi suretiyle bu durumun düzeltilmesini isteyebileceği gibi,

ba) Kar dağıtılmaması, yönetim kurulu üyeleri ile genel müdür ve yardımcılarına huzur hakkı, ikramiye, prim, ayni ve nakdi sosyal yardım ya da her ne ad altında olursa olsun verilen ek ödemelerin durdurulması,

bb) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması,

bc) Verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,

da dahil olmak üzere, özkaynakların güçlendirilmesi amacıyla, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını isteyebilir.

3. (Değişik fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.)

Kurum, bir bankanın;

a) Bu maddenin (2) numaralı fıkrası kapsamında alınması istenen tedbirleri kısmen ya da tamamen almadığını, bu tedbirlerin kısmen veya tamamen alınmış olmasına rağmen mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığını ya da mali bünyesinin bu tedbirler alınsa dahi güçlendirilemeyecek derecede zayıflamış olduğunu,

b) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğini,

c) Bu madde hükümlerinin uygulanmasında Kurulca belirlenecek değerleme esasları çerçevesinde yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aştığını,

d) Faaliyetine devamının mevduat sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arzettiğini,

Tespit ettiği takdirde, Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini Fona devretmeye veya bankacılık işlemleri yapma ve/veya mevduat kabul etme iznini kaldırmaya yetkilidir.

4 . (Değişik fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.) Kurum, bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakların, banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullandıklarını veya bankayı bu suretle zarara uğrattıklarını tespit ettiği takdirde Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararla bunların temettü hariç ortaklık hakları ile bankanın yönetim ve denetimini Fona devretmeye yetkilidir.

5. (Değişik fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.)

a) Fon, (3) numaralı fıkra hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın devir tarihi itibariyle düzenlenecek bilançosunu esas almak suretiyle;

aa) Uygun göreceği aktiflerini, teşkilatını ve aksine talebi olmayan personeli ile devir tarihi itibariyle mevduat toplamları en yüksek beş bankaca uygulanan faiz oranları ortalamasını geçmemek üzere işlemiş faizleriyle birlikte sigortaya tabi tasarruf mevduatını ve pasifte yer alan karşılık kalemlerini, kurulacak bir bankaya ya da mevcut bankalardan istekli olanlara devretmeye ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasını Kuruldan istemeye,

ab) Sigorta kapsamında bulunan mevduat tutarını aşmamak ve hisselerinin tamamına sahip olmak kaydıyla, sermayesine tekabül eden zararlarını devralmaya,

ac) (Ek alt bend: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Devralınan zararlar sonucunda hisselerinin tamamına sahip olunamaması halinde, zararın ödenmiş

sermaye tutarından düşülmesi suretiyle hesaplanacak sermaye esas alınmak üzere bulunacak hisse bedelinin Fon Kurulunca belirlenecek süre içinde banka hissedarlarına ödenmesi karşılığında hisselerini devralmaya,

Yetkilidir. Devralınan zararlara istinaden yapılacak ödemelerin karşılığını temsil eden hisseler başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal eder.

Hakkında bu fıkranın (aa) alt bendi hükümleri uygulanan bankanın devredilen aktiflerinin toplamının devredilen pasiflerinin toplamını karşılamaması halinde aradaki fark Fon tarafından ödenir. Bu halde ve hakkında bu fıkranın (aa) alt bendi hükümleri uygulanan bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılması durumunda bu Kanunun 16 ncı maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları uygulanmaz. Bu Kanunun 16 ve/veya 17 nci maddelerine göre iflas masaları kurulması halinde, Fon ödediği tutar kadar bunlara imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder.

b) Fon, (4) numaralı fıkra hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın;

ba) Anılan fıkrada belirtilen şekilde kullanılan kaynaklarının veya uğradığı zararın, vereceği süre içinde iade veya tazmin edilmesini ve hisselerin Kurulca uygun görülecek gerçek ve tüzel kişilere devredilmesini istemeye,

bb) Yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakları ile tüzel kişi ortaklarının sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarlarından kendilerine, eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına ait taşınmaz mal ve iştiraklerini, haczi caiz olan taşınır mal, hak ve alacaklarını ve menkul kıymetlerini ve her türlü kazanç ve gelirleri ve ayrıca bildirimden önceki iki yıl içinde ivazlı veya ivazsız olarak iktisap ettikleri veya devrettikleri taşınmaz mal, haczi caiz taşınır mal, hak, alacak ve menkul kıymetlerini gösterir birer mal beyannamesi vermelerini istemeye,

bc) Yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının malvarlıkları üzerine teminat aranmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz kararları ile ilgililerin yurt dışına çıkmasına yasaklama dahil, alacaklıların menfaati için zorunlu olan her türlü muhafaza tedbirinin alınmasını ilgili mahkemeden istemeye, yetkilidir.

Bu bent hükümlerine göre istenen mal beyannamesinin en geç yedi gün

içinde Fona verilmesi zorunludur. Bu mal beyanının hüküm ve sonuçları hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun ilgili hükümleri geçerlidir. Bu bent hükümleri çerçevesinde alınan tedbir ve haciz kararları, karar tarihinden itibaren altı ay içinde dava veya icra veya iflas takibine konu olmazsa kendiliğinden ortadan kalkar. Fonun ilgililer hakkında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Onbirinci Bap hükümlerine göre açacağı iptal davasında aciz vesikası şartı aranmaz.

Bu maddenin (4) numaralı fıkrasında belirtilen şekilde kullanılan kaynaklar veya uğranılan zarar verilen süre içinde iade veya tazmin edilmediği takdirde bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarına bakılmaksızın bu ortaklara ait hisseler Fona intikal eder. Bu kaynaklar veya uğranılan zarar, verilen süre içinde iade veya tazmin edilse dahi uğranılan zararın özkaynakları aştığının tespiti halinde ise bankanın hisselerinin tamamı başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal eder.

c) (Değişik bend: 12/05/2001 - 4672/8. md.) (Değişik cümle: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Bu Kanun hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri Fona intikal eden

bankaların, tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen bankaların iflas idarelerinin ve hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bankaların Fon tarafından borçlarının ve/veya taahhütlerinin üstlenilmesi ve/veya alacaklarının devralınması halinde Fonun, üstlendiği borçlar ve/veya taahhütler ile devraldığı alacaklarla ilgili devir ve temlik sözleşmeleri, her türlü teminatın tesisi ve kaldırılması, sözleşmelerin bozulması, dava ve icra takipleri ile bu borçlar ve/veya alacaklar ve/veya taahhütlerle ilgili diğer her türlü işlemler ve bu işlemlerle ilgili düzenlenen kağıtlar, eğitime katkı payı hariç olmak üzere her türlü vergi, resim, harç, fonlar ve 2548 sayılı Cezaevleri ile Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunun 1 inci maddesi hükmünden istisnadır. (Ek cümle: 12/12/2003 - 5020 S.K./19. md.) Borçlu tarafından ödenmesi gereken tahsil harcı dahil her türlü vergi, resim, harç ve masraflar Fon alacağından mahsup edilemez. (Ek iki cümle: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Bu işlemlerden kaynaklanan döner sermaye ücreti ödenmez ve diğer kesintiler yapılmaz. Ayrıca, alacağa karşılık menkul veya gayrimenkul bir malın rızaen veya icraen Fon tarafından veya yönetim ve denetimleri veya hisseleri Fona intikal eden bankalar tarafından satın alınması halinde bu işlemlerle ilgili olarak tarafların ödemekle yükümlü olduğu vergi, resim, harç (eğitime katkı payı hariç) ve döner sermaye

ücreti gibi mali yükümlülükler aranmaz. Bu bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen bankaların iflas idarelerinin ve Fonun, mahkeme ilamını alması ve tebliğe çıkartması işlemlerinde karşı tarafa yükletilmiş olan harcın ödenmiş olması ve her türlü ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz ve tehir-i icra taleplerinde teminat şartı aranmaz. Bu alacaklara ilişkin davalarda 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seri muhakeme usulü hükümleri uygulanır.

(Ek parafraf: 12/12/2003 - 5020 S.K./19. md.) Bu Kanun hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri veya hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bankaların, tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen müflis bankaların iflas idarelerinin ve Fonun, yukarıda belirtilen işlemler nedeniyle kendi aralarındaki ve/veya diğer gerçek ve tüzel kişilerle aralarındaki işlemler nedeniyle düzenlenen sözleşmeler, belgeler ve sair kağıtlar ile bunların değiştirilmesi, yenilenmesi, uzatılması, devredilmesi ya da yeni bir itfa planına bağlanması, alacakların teminatlandırılması, teminatların devir alınması, tarafların sulh ve/veya ibra olması ve/veya her ne nam altında olursa olsun herhangi bir işleme tabi tutulması nedeniyle düzenlenen kağıtlar ve/veya belgeler her türlü vergi, resim ve harçlar ile özel kanunları ile hükmolunan mali yükümlülüklerden müstesnadır. Bu hüküm üçüncü kişiler yönünden, Fonun ve/veya Fona intikal eden bir bankanın ve/veya tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen müflis bankaların iflas idarelerinin alacaklarının tahsili ile ilgili işlemlere taraf olmaları halinde uygulanır.

d) (Ek bend: 12/05/2001 - 4672/8. md.) Bankalar ile Fon ve bankaların iflas idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır. O yerde, birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması halinde, bu davalar (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemesinde görülür.

(Ek bend: 12/05/2001 - 4672/8. md.) Bankalar ile Fon ve bankaların iflas idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgahı İstanbul İli sınırları içinde olan kişiler aleyhine açılacak hukuk davaları ile borçlular hakkında açılacak iflas davalarına İstanbul (1) ve (2) numaralı Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından bakılır. İflas davası açılması halinde, bu mahkeme, hakkında iflası istenen borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine borçlu aleyhine iflas davası açıldığını bildirir.

6. (Ek fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.)

Fon, (5) numaralı fıkra hükümlerine göre hisseleri kendisine intikal eden bankanın;

a) Gerektiğinde mali ve teknik yardım da sağlamak suretiyle, varlık ve yükümlülüklerini kısmen veya tamamen, mevcut bankalardan istekli olanlara ya da kurulacak bir bankaya devretmeye veya bankayı isteklisi bulunan başka bir bankayla birleştirmeye,

b) Mali sistemde güven ve istikrarın sürdürülmesini teminen, Fon Kurulunca gerekli görülen hallerle sınırlı olmak üzere; mali bünyesinin güçlendirilmesi ve yeniden yapılandırılması için gerektiğinde sermayesini artırmaya, Merkez Bankasının görüşü alınmak suretiyle kanuni karşılık yükümlülüklerini cezai faizlerini de kaldırmak suretiyle ertelemeye veya düşürmeye, iştirak, gayrimenkul ve diğer aktiflerini satın almaya veya bunları teminat olarak alıp karşılığında avans vermeye ya da mevduat yapmaya, alacaklarını, zararlarını devralmaya, bu şekilde sahip olduğu aktifleri ve hisse senetlerini iskonto veya sair suretlerle üçüncü kişilere satmaya, banka kayıtlarına göre gerçek bir muameleye dayandığı tespit edilen doğmuş veya doğacak borçlarını garanti etmeye, her türlü alacak ve varlıkların nakde tahvilini kendisi sağlayabileceği gibi, yapacağı anlaşmalar çerçevesinde kamusal sermayeli olanlar da dahil olmak üzere diğer bankalar veya üçüncü kişiler aracılığıyla Fon nam ve hesabına bunları nakde tahvil ettirmeye,

c) (Ek bend: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesine imkan bulunmaması halinde, (a) ve (b) bentlerindeki yetkileri yanında, bu fıkradaki sınırlamalarla bağlı olmaksızın, varlık ve yükümlülüklerini devralmaya ve/veya varlık ve yükümlülükleri ile ilgili her türlü işlemi yapmaya,

Ve gerekli göreceği her türlü tedbiri almaya ya da banka hakkında (5) numaralı fıkranın (aa) alt bendi hükümlerini uygulamaya yetkilidir. Bu fıkra ve (5) numaralı fıkra hükümlerine göre yapılan devir işlemlerinde alacaklı ve borçluların rızası aranmaz.

Fon bu fıkra ile kendisine verilmiş olan görevleri doğrudan veya Fonun sahip olduğu tüm hak, menfaat ve muafiyetlerden aynı şekilde yararlanan, kuruluşu ve sermaye artırımı 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile 23/02/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 29 uncu maddesi hükmünden muaf ve sermayesinin tamamına sahip olduğu kamu tüzel kişiliğini haiz bir şirket aracılığı ile de gerçekleştirebilir.

(Ek fıkra: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Fon, bu fıkra hükümlerine göre hisseleri kendisine intikal eden bankaların, ekonomik değeri olan iştirakleriyle

ilgili olarak 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaksızın yapılacak sermaye artırımları da dahil olmak üzere, yeniden yapılandırma amacıyla Fon Kurulunca belirlenecek esas ve usuller çerçevesinde kaynak sağlamak da dahil gerekli her türlü tedbiri almaya yetkilidir.

7. (Ek fıkra: 17/12/1999 - 4491/7 md.) Fon, bu madde hükümlerine göre temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimleri veya hisseleri kendisine intikal eden bankada, bankanın tüm varlıkları ile kayıt ve belgelerinin güvenliğini sağlamak üzere gerekli her türlü tedbiri almaya ve bu amaçla sınırlı olmak üzere kamu kurumlarının yardım ve desteğinden yararlanmaya yetkilidir. Fon, yapacağı anlaşmalar çerçevesinde bu desteği özel kuruluşlardan da sağlayabilir.

Fon tarafından bu maddede yazılı tedbirlerin alınması amacıyla kurulacak bankanın kuruluşunda ve Fonca yapılan devir ve birleşme işlemlerinde bu Kanunun 7 nci maddesi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri ile devir ve birleşmeye tabi tutulacak bankaların toplam aktiflerinin sektör içindeki paylarının %20'yi geçmemesi kaydıyla 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 7, 10 ve 11 inci maddeleri uygulanmaz, kuruluşa ilişkin karar Resmi Gazetede yayımlanır ve banka, Kurumun talebi üzerine Ticaret Siciline tescil edilir. Bu işlemler her türlü vergi, resim ve harçtan istisna tutulur. Bu madde hükümleri yarınca kurulan bankaya geçici bir süreyle bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni verilir ve banka verilen izin süresi içinde bu Kanunun 7 ve 8 inci madde hükümleri uygulanmak suretiyle Fon tarafından Kurulca belirlenecek esas ve usuller dahilinde üçüncü kişilere devredilir. Verilen izin süresi içerisinde devir işleminin gerçekleştirilememesi halinde izin süresi Kurul tarafından uzatılabilir. Bankaya geçici bir süreyle verilen bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni devir halinde sürekli hale getirilir. (5) numaralı fıkra hükümlerine göre Fona intikal eden hisseler bu Kanunun 7 ve 8 inci maddesindeki hükümleri uygulanmak suretiyle Fon tarafından Kurulca belirlenecek esas ve usuller dahilinde üçüncü kişilere devredilir.

Hisseleri kısmen veya tamamen Fona ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali halinde banka tarafından, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış olan dava ve takiplere Fon tarafından kanuni halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur. Bu dava ve takipler sonucunda hükmolunacak tutarlar Fona ait olur. (Ek cümle: 30/01/2002 - 4743 S.K../5. md.) Bu bankaların başka bir bankaya devredilmesi

ya da başka bir bankayla birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi hallerinde, bu işlemlerin tamamlanmasını takip eden iki yıl içinde, bankanın sorumlulukları tespit edilen yönetim kurulu eski üyeleri ile eski denetçileri aleyhine, varsa ibralarının iptali ve işlemleri nedeniyle verdikleri zararın Fon adına tazmini istemiyle, Fon tarafından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine istinaden dava açılabilir.

Bu madde hükümleri uyarınca, bankaların hisselerinin veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimlerinin Fona devrine veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinlerinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararları Resmi Gazetede yayımlanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 23/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

28. Başvurucular hâkim ortağı oldukları Toprakbank A.Ş.'ye BDDK kararı ile el konmasının mülkiyetlerine bir müdahale oluşturduğunu, müdahaleye dayanak olan 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının bankaların zararlarının öz kaynaklarını aşması hâlinin BDDK tarafından belirlenecek "değerleme esaslarına" uygun olmasını öngördüğünü ancak yasa hükmü gereği BDDK tarafından belirlenmesi gereken söz konusu değerleme esasları net olarak ortaya konmadan Bankanın TMSF'ye devredildiğini, dolayısıyla yasanın açık hükmüne uyulmadan mülkiyet hakkına yapılmış bir müdahalenin olduğunu, Danıştayın da daha önce aynı konuda verdiği Demirbank kararında olduğu gibi "değerleme esasları" belirlenmeden bir bankanın TMSF'ye devrini kanuna açıkça aykırı bulduğunu, yine Bankanın TMSF'ye devrine dayanak olan 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre "*devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunun esas alınması*" gerekirken Bankanın gerçek mal varlığını oluşturan kalemlerin bilanço günündeki gerçek değerleri üzerinden hesap edilip oluşturulacak bir bilançonun (gerçek mal varlığı bilançosu) ortaya konmadığını, ortaya konmuş olması hâlinde varlıklarının borçlarını karşıladığının görüleceğini, sonuç olarak mülkiyetine yapılan müdahalenin yasallık kriterini taşımadığını, aynı zamanda müdahalenin kamu yararı amacı ile değil Uluslararası Para Fonunun (IMF) dayatması ile yapıldığına dair somut veriler

(IMF yöneticilerinin BDDK yöneticilerine yazdıkları e-postalar) olduğunu, Bankaya el konduğu dönemin hemen sonrasında yayımlanan istatistiklere göre Bankanın kârının bir kamu bankası olan Vakıflar Bankası T.A.O.nun kârından dahi oldukça yüksek olduğunu ve o dönem Türkiye'de faaliyet gösteren otuz üç bankanın toplam kârının %26'sını oluşturduğunu, ayrıca Bankaya el koyma kararı verilmekle birlikte mal varlıklarına ihtiyati tedbir konduğunu, yurt dışına çıkışlarının yasaklandığını, geleceğe yönelik banka kurma haklarının ellerinden alındığını ifade ederek bu nedenlerle mülkiyetlerine yapılan müdahalenin orantısız olduğunu, ileri sürdükleri bu iddialar doğrultusunda aynı konuda verilmiş Danıştay kararı olmasına rağmen Danıştayın, Toprakbank A.Ş.ye el konulmasına ilişkin yargılama sürecinde eksik inceleme yaptığını, somut olarak ortaya koymalarına karşın esaslı iddiaları araştırıp iddialara karşılık vermediğini belirterek adil yargılanma ve mülkiyet hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler; ihlallerin tespiti ile 36 milyon TL tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

29. Başvurucular hâkim ortağı oldukları Bankanın BDDK kararıyla TMSF'ye devredilmesi nedeniyle mağdur olduklarını iddia ederek 36 milyon TL tazminat talep etmektedirler. Talep edilen tazminat bedelinin Bankaya el konmadan önceki hisselerinin karşılığı olarak başvuruculara Bankaya biçtikleri değer olduğu anlaşılmaktadır.

30. Başvurucular, Bankaya el konmadan önceki hisselerinin karşılığını talep eden bir tam yargı davasını veya bu hisselerin devrine konu BDDK kararına karşı açtıkları bir iptal davasını bireysel başvuruya konu yapmamışlardır. Somut başvuruya konu dava, Bankanın küçük hissedarı olan Y.P. tarafından sahibi olduğu 1.000 lot banka hissesine dayanılarak Bankanın TMSF'ye devir işleminin iptali istemi ile 2005 yılında Danıştay Onüçüncü Dairesinde açılan davadır. Başvurucular bu davaya karar düzeltme aşamasında Y.P.ye ait 1.000 lot banka hissesini 20/8/2009 tarihli temlikname ile 1.000 TL bedelle alarak dâhil olmuşlardır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 1/10/2012 tarihli kararıyla başvuruculara taraf olarak kabul etmiş ancak karar düzeltme talebini oybirliği ile reddetmiştir.

31. Bu durumda başvurucuların yaptıkları bireysel başvurunun mülkiyet hakkı yönünden daha önce idari davaya konu edilen 1.000 lot banka hissesi ile sınırlı olarak incelenmesi gerekir.

32. Başvuruculların Bankaya el koyma kararı verilmekle birlikte mal varlıklarına ihtiyati tedbir konulduğu, yurt dışına çıkışlarının yasaklandığı, geleceğe yönelik banka kurma haklarının ellerinden alındığı yönündeki şikâyetleri ise somut başvuruya konu davada dava konusu edilmediğinden bu şikâyetler yönünden başvuru yollarının tüketildiği söylenemez, o nedenle anılan şikâyetler bu başvuruda incelenmeyecektir.

33. Başvurucular, ayrıca 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"değerleme esasları"* net olarak ortaya konulmadan Bankanın TMSF'ye devredildiğini, ayrıca Bankanın devrine dayanak olan 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin(5) numaralı fıkrasına göre *"devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunun esas alınması"* gerekirken bunun ortaya konulmadığını, bu hususların Danıştay kararında incelenmediğini belirterek gerekçeli karar haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

34. Başvuruya konu somut dava dosyası incelendiğinde, Bankanın 1.000 lot hisse senedinin sahibi olan Y.P. tarafından 2005 yılında Danıştaya sunulan dava dilekçesinde ve davanın reddi üzerine 17/4/2006 tarihinde Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna sunulan temyiz dilekçesinde değerleme esaslarına ait bir iddianın ileri sürülmediği, ancak 15/9/2008 tarihli Y.P.'ye ait karar düzeltme istemini içeren dilekçenin 10. Sayfası ile 11/09/2008 tarihli Toprak Kağıt A.Ş.'ye ait karar düzeltme ve müdahale istemini içeren dilekçenin 13. sayfasında bahse konu iddiaya yer verildiği görülmüş olup, karar düzeltme başvurularını karara bağlayan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 1/10/2012 tarih kararıyla, karar düzeltme istemlerinin 2577 sayılı Kanun'un 54. maddesinde yazılı nedenlerden olmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiştir.

35. Başvuruculların değerleme esaslarına ilişkin iddialarının, zamanında ve usulüne uygun biçimde ileri sürülmemesi nedeniyle ilk derece mahkemesi olarak davaya bakan Danıştay Onüçüncü Dairesince ve temyiz aşamasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca incelenmediği, karar düzeltme taleplerinin ise 2577 sayılı Kanun'un 54. maddesinde yazılı nedenlerden olamadığı gerekçesiyle reddedildiği anlaşılmaktadır.

36. Bu durumda başvuruculların gerekçeli karar haklarının ihlaline sebep olarak gösterdikleri değerleme esaslarına ilişkin iddialarını yetkili bir mahkeme önünde esastan inceletemedikleri anlaşıldığından somut baş-

vuruda bu iddia yönünden başvuru yollarının usulüne uygun olarak tüketildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle gerekçeli karar hakkına yönelik iddialar bu başvuruda incelenmeyecektir.

37. Başvurucular eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürseler de Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan hangi nedene istinaden kendilerine farklı muamelede bulunulduğunu izah etmemektedirler. Başvurucular bu kapsamda temel olarak farklı bir davada başka bir bankaya el konulma işleminin iptal edildiğini dile getirerek benzer nitelikte olduğunu iddia ettikleri kendi Bankalarına el konulması işleminin iptal edilmemesinden şikâyet etmekte olup, bu husus mülkiyet hakkı yönünden inceleneceğinden ayrıca eşitlik ilkesi yönünden inceleme yapılmayacaktır.

38. Başvuruculaların Bankanın TMSF'ye devredilmesi ve devamındaki işlemlere ilişkin iddiaları mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. 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

40. Başvurucular, Bankanın 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen *"değerleme esasları"* belirlenmeden BDDK tarafından TMSF'ye devredildiğini, Bankanın devrine esas alınan bilançonun sonuç açıklama bilançosu olduğunu, oysa gerçek mal varlığı bilançosunun esas alınması gerektiğini, bu bilanço esas alınsaydı varlıklarının borçlarını karşıladığının görüleceğini ve Bankaya el konulmayacağını, aynı zamanda müdahalenin IMF dayatması ile yapıldığına dair somut veriler bulunduğunu, dolayısıyla kamu yararı amacıyla yapılmadığını, Bankanın TMSF'ye devrinden daha hafif müdahalelerle alınacak önlemler varken ve varlıkları yükümlülüklerini karşılamaya yeterken yapılan müdahalenin ölçülü olmadığını, benzer durumda olan Demirbank'ın TMSF'ye devri işleminin Danıştay tarafından iptal edildiğini belirterek mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

a. Mülkiyetin Varlığı, Müdahale ve Mağdur Statüsü

41. 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."

42. 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."

43. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

44. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı, mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün, mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşmeyle korunan mülkiyet kavramı içerisinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda, bir "*ekonomik değer*" veya icrası mümkün bir "*alacak*" iddiasını elde etmeye yönelik "*meşru bir beklenti*", Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (Bkz., *Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36-37). Alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarındandır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011).

45. TMSF'ye devrinden önce Bankanın devir tarihine kadar yaygın şube ağı, binlerce personeli ve 45,5 milyon TL nominal sermaye ile bankacılık sektöründe faaliyet gösterdiği konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Banka, taşınır ve taşınmaz mallarının yanında belirli bir müşteri çevresine sahip olup, banka kurma ve işletme lisansına da sahip bulunmaktaydı. Bütün bu varlıklar Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında "*mal ve mülk*" kavramı içinde değerlendirilmesi gereken aktif varlıklardır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Buzescu/Romanya*, B. No: 61302/00, 4/5/2005, § 81; *Van Marle ve diğerleri/Hollanda*, 26/6/1986, § 41; *Capital Bank AD/Bulgaristan*, B. No: 49429/99, 24/2/2006, § 130, *Megadat.com SRL/Moldova*, B. No: 21151/04, §§ 62, 63; *Bimer S. A./Moldova*, B. No: 15084/03, 10/7/2007, § 49; *Tre Traktörer AB/İsveç*, B. No: 10873/84, 7/7/1989, §§ 53-55).

46. Başvurucular, mülkiyet hakkı kapsamında mal ve mülk kavramlarına dâhil olduğunda şüphe bulunmayan Bankanın hisse sahipleridir. Sermaye şirketlerinin ortaklarına sermaye paylarını belgelendirmek amacıyla verdikleri kıymetli evrak olan hisse senedi, ihraç edildiği şirketin senet üzerinde gösterilen oranda/payda türüne göre değişen biçimlerde mülkiyet haklarını sahibine/elinde tutana sağladığından Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülk olduğuna kuşku bulunmamaktadır.

47. Öte yandan Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini düşünen, medeni haklara sahip gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru açısından dava ehliyeti tanınmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir.

48. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" başlıklı 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre; bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için üç temel ön koşulun birlikte bulunması gerekmektedir. Bu ön koşullar, başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da

ihmalinden dolayı, başvurucunun "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*", bu ihlalden dolayı kişinin "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin *"mağdur"* olduğunu ileri sürmesi gerekir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

49. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) "*mağdur*" kavramını özerk bir biçimde ve bir menfaate veya fiil ehliyetine ilişkin kavramlar gibi iç hukuk kavramlarından bağımsız olarak yorumlamakta (*Sanles Sanles/İspanya*, B. No: 48335/99, 26/10/2000) ancak başvuranın yerel yargılamalara taraf olup olmadığını gözönünde bulundurmaktadır (*Micallef/Malta* [BD], B. No: 17056/06, 15/10/2009).

50. Başvuruculların Danıştayda dava konusu edilmiş 1.000 lot banka hisseleri bulunduğu ve bu sebeple Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 1/10/2012 tarihli kararıyla taraf olarak kabul edildikleri anlaşıldığından başvuruculların somut davada 1.000 lot banka hisse senediyle sınırlı olarak mülkiyet hakları bulunmaktadır. Dolayısıyla başvurucular, TMSF'ye devredilmeden önce Bankanın hâkim ortakları olmakla birlikte somut başvuru açısından başvuruculların Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında 1.000 lot banka hisse senediyle sınırlı olarak korunmaya değer bir menfaatlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

51. BDDK'nın 11/12/2000 tarihli kararıyla yakın izlemeye alınan Bankanın, BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararıyla temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilmiş ve TMSF'nin 26/3/2002 tarihli kararlarına istinaden Banka Bayındırbank çatısı altında birleştirilerek bankacılık lisansı 30/9/2002 itibarıyla kaldırılmıştır. Tüm bu işlemlerin Bankanın eski hâkim ortakları olan başvuruculların sahibi oldukları hisselerin sağladığı mülkiyet haklarını etkilediği ve nihai olarak hisselerinin tamamen değerini yitirdiği anlaşıldığından başvuruculların mülkiyet hakkına müdahalenin bulunduğu açıktır.

b. Müdahalenin Niteliği

52. 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 tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı veren bir haktır. Anayasa'ya göre bu hakka ancak kamu yararı

nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebilir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği belirtilmiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 28, 32).

53. Anayasa'nın 35. maddesi ve Sözleşme'ye ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşme'nin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa daha geniş manada mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına almaktadır (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 46).

54. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken Sözleşme'ye Ek (1) No.lu protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararı amacıyla düzenleme, vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak "*mülkiyetin kullanımını kontrol*" yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 47).

55. AİHM'e göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesi şeklinde ifade edilen birinci kuralın özel görünüm şekilleridir ve bu nedenle genel nitelikli birinci kuralın ışığı altında anlaşılmaları gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37).

56. Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denmektedir. 4389 sayılı mülga Kanun'un 1. maddesinde amaç "*Bu Kanunun amacı, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak, mali piyasalarda güven ve istikrarı ve ekonomik kalkınmanın gereklerini de dikkate alarak kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere*

bankaların kuruluş, yönetim, çalışma, devir, birleşme, tasfiye ve denetlenmelerine ilişkin esasları düzenlemektir." şeklinde ifade edilmiştir.

57. 4389 sayılı mülga Kanun, 5411 sayılı Kanun ile birçok kanun bu amacı gerçekleştirmek için kamu kurumları (BDDK, TMSF ve SPK gibi) ihdas ederek mali piyasalarının güven ve istikrarını sağlamak ve tasarruf sahiplerinin haklarını korumak görevini bu kurumlar vasıtasıyla devlete yüklemiş ve bu amaçla mevduat sigortası gibi sistemler kabul edilmiştir.

58. Somut başvuru konusu olayda BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararıyla temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen Banka, TMSF'nin 26/3/2002 tarihli kararlarına istinaden Bayındırbank çatısı altında başka bankalarla birleştirilmiş; Bankanın bankacılık lisansı 30/9/2002 itibarıyla kaldırılmıştır. Bu işlemler sonucu Bankanın varlığına son verilerek daha sonraki işlemlerle varlık, borç ve alacaklarının tasfiyesi sağlanmıştır.

59. Başvurucular yukarıda anlatılan süreç sonunda mülklerinden mahrum kalmış olmakla birlikte Bankanın varlıkları kamu yararı amacıyla kamulaştırılmamış veya Banka devletleştirilerek devlet bankası hâline getirilmemiştir. 30/11/2001 tarihli TMSF'ye devir işleminin, BDDK'ya verilen düzenleme ve denetleme yetkileri kapsamında Anayasa'nın 167. ve 4389 sayılı mülga Kanun'un 1. maddesinde hedeflenen bankacılık sektörünün güven ve istikrar ile kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla yapıldığı açıktır. Nitekim 30/11/2001 tarihli BDDK kararında bu amaçlar ifade edilmiştir. Bu durumda yapılan müdahaleyi devletin mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi kapsamında incelemek gerekmektedir.

60. Bu aşamada başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuniliği, meşru amacı ve ölçülülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

i. Kanunilik

61. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet hakkına sahip olduğu bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır.

62. Anayasa'nın 35. ve 13. maddelerinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına alınmaktadır. AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malonei/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 31).

63. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 56).

64. 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 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. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

65. Başvurucular, müdahaleye dayanak olan 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının bankaların zararlarının öz kaynaklarını aşması hâlinin BDDK tarafından belirlenecek "değerleme esaslarına" uygun olmasını öngördüğünü, ancak yasa hükmü gereği BDDK tarafından belirlenmesi gereken söz konusu değerleme esasları net olarak ortaya konulmadan Bankanın TMSF'ye devredildiğini, Demirbank

kararında bu Bankanın TMSF'ye devrini kanuna açıkça aykırı bulduğunu, yine Bankanın TMSF'ye devrine dayanak olan 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre "devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunun esas alınması" gerekirken Bankanın gerçek mal varlığını oluşturan kalemlerin, bilanço günündeki gerçek değerleri üzerinden hesap edilip oluşturulacak bir bilançonun (gerçek mal varlığı bilançosu) ortaya konulmadığını, konulsa idi varlıklarının borçlarını karşıladığının görüleceğini, sonuç olarak mülkiyetlerine yapılan müdahalenin kanunilik kriterini taşımadığını ileri sürmüşlerdir.

66. Öncelikle benzer konularda aynı derecedeki yargı mercileri arasında somut olayın özelliklerinden kaynaklanan içtihat farklılıkları tek başına hak ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği gibi derece mahkemeleri veya temyiz mercilerinin, uyuşmazlıklara ilişkin olarak, tarafların talepleri ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları da tek başına hak ihlali niteliğinde kabul edilemez (*Miraş Mümessillik İnş. Taah. Reklam. Paz. Yay. San. Tic. A.Ş.*, B. No: 2012/1056, 16/4/2013, § 36).

67. Demirbank T.A.Ş. ile Toprakbank A.Ş. birbirlerinden farklı tüzelkişilikler olup BDDK kararıyla TMSF'ye devirlerine ilişkin süreç de farklı tarihlerde ve farklı şekilde gerçekleştirilmiştir. Devir işleminin iptali istemiyle açılan davalardaki yargılama süreçleri de birbirlerinden farklıdır. Bu nedenle, somut durumların birbirlerinden farklı olduğu iki olayda mahkemelerin aynı şekilde karar vermemesi tek başına hak ihlali olarak değerlendirilemez.

68. Somut olay bakımından başvurucuların mülkiyet haklarına BDDK'nın 30/11/2001 tarihli ve 538 sayılı kararıyla müdahale edildiği açıktır. Müdahale kararında müdahalenin dayanağı 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına atıf yapılmıştır. Bahsedilen maddenin (3) numaralı fıkrası Bankanın (2) numaralı fıkraya göre kendisinden istenen tedbirleri almaması veya almış olsa bile mali bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmaması halinde müdahale imkânı vermektedir.

69. Başvurucuların emsal olarak gösterdiği Demirbank davasında Danıştay Onuncu Dairesi idari işlemi hukuka uygun bulmuş ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 3/6/2003 tarihli ve 2003/782, K.2003/960 sayılı kararıyla ve oyçokluğuyla devirden önce bankalar ye-

minli murakıplarınca düzenlenen raporda iyileştirme için devlet kâğıtlarının takas yoluyla Banka portföyünden çıkarılması önerildiği hâlde takas işleminin gerçekleştirilmediği, devir işleminden sonra ise tüm bankalar için gönüllü takas uygulamasına gidilerek bankaların rahatlatıldığı, Devlet Denetleme Kurulu raporu ve mali bünye raporlarında takas işlemi gerçekleştirilmiş olsa idi Bankanın kâr ve likidite sorunu yaşamayacağının belirtildiği, ayrıca Bankanın riskli kredilerinin toplam kredilere göre çok fazla olmadığı, aktif kalitesinin yüksek olduğu, 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamına alınarak Bankanın likidite dengesini sağlayacak seçenekler araştırılmadan verilen devir kararında hukuka uyarlık olmadığına karar verilmiştir.

70. Başvuru konusu olaydaki Bankanın TMSF'ye devir nedenleri ise BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararında 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları olarak gösterilmiştir. TMSF tarafından hazırlanan çalışmada (TMSF Raf temizliği çalışması, 25 Bankaya ne oldu?, Toprakbank, www.tmsf.org.tr) Bankaya el konmasının temel sebepleri, Banka kaynaklarının büyük ölçüde Toprak Grubu firmalarına uzun vadeli kredi olarak kullandırılması (yaklaşık 678 milyon TL), Bankanın yabancı depolarındaki kaynaklarının (Toprakbank Offshore) yine Grup firmalarına kredi olarak kullandırılması ile 1998 ve 1999 yıllarında Banka kârı olmadığı hâlde kârın fazla gösterilerek (yaklaşık 25 milyon ve 60 milyon TL) ortaklara kâr payı dağıtılması olarak gösterilmiştir.

71. BDDK Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 31/12/2015 tarihli yazısında Bankanın 11/12/2000 tarihli kararla yakın izlemeye alınmasından sonra Bankaya muhtelif tarihlerde BDDK tarafından yazılan yazılarda hâkim ortaklara yeni kredi kullandırılmaması, Toprak Grubu şirketlerine verilen kredilerin teminatlandırılması ve tahsil edilerek tasfiye edilmesi, sermayenin arttırılması, Toprak Off-Shore depolarının kapatılması, kaydi nitelikteki işlemlere son verilmesi, kâr dağıtımı yapılmaması talimatlarının verildiği, ayrıca 18/4/2001 tarihli yazı ile Bankadan Kasım 2000 ve Şubat 2001 krizleri sonrasında mali bünyesinin daha fazla bozulması nedeniyle alacağı tedbirler konusunda gerçekçi ve uygulanabilir bir plan sunmasının istendiği ancak yetersiz bir plan sunulduğu veya istenilen şekilde bir plan sunulmadığı, 9/7/2001 tarihinde Bankaya BDDK tarafından bir yönetim kurulu üyesi atandığı ve bu şahıs tarafından imzalanmayan kararların icra edilmemesi talimatının verildiği, 19/7/2001 tarihli yazı ile Bankadan

aktif ve pasif yapısındaki vade uyumsuzluğunu gidermesi, gelir gider dengesini sağlaması ve öz kaynaklarını güçlendirmesinin istendiği ancak bir yıllık yakın izleme döneminde yeterli gelişmenin sağlanamadığı, Bankanın TMSF'ye devredildiği 30/11/2001 tarihli mali tablolar üzerinden yapılan incelemeler sonucu hazırlanan 11/3/2002 tarihli yeminli mali murakıp raporlarında özetle Bankanın büyük çoğunluğu Toprak Grubu şirketlere verilen ve ödenmeyen kredilerden kaynaklanan 1.306 milyon TL zararının bulunduğu, öz kaynaklarının (-) 1.222 milyon TL olduğu, Bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortakların Banka kaynaklarını Bankayı tehlikeye düşürecek şekilde kendi lehlerine kullandıkları, bu şekilde Bankayı zarara soktukları, bunun sonucunda Bankanın mali bünyesinin iyileştirilemeyecek şekilde zayıflatıldığı yönünde tespitler yapıldığı ifade edilmiştir.

72. Bu durumda Bankaya el konmasının 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası yanında temel sebebinin Banka kaynaklarının hâkim ortaklara kullandırılmasına ilişkin aynı maddesinin (4) numaralı fıkrası olduğu görülmektedir. Bu fıkraya ilişkin tespitlerin yapılması için değerleme esasları gibi hususun belirlenmesinin zorunlu olmadığı, kredi miktarı ve kredi borçlusunun tespiti ile mevcut durumun kolaylıkla ortaya konulabildiği anlaşılmaktadır.

73. Başvurucular 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre *"devredilen bankanın devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunun esas alınması"* gerektiğini, bunun da gerçek mal varlığı bilançosu olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Somut başvuruya konu olayda TMSF tarafından devir tarihi olan 30/11/2001 tarihi itibarıyla devir bilançosu hazırlanmış ve Bankanın zararının 1.306 milyon TL olduğu tespit edilmiştir. BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararında Bankaya el konulmasının esas nedeninin Grup firmalarına yoğun biçimde kredi kullandırılması olduğu ve bahsedilen TMSF çalışmasında meydana gelen zararın Grup firmalarına kullandırılan kredilerin geri ödenmemesinden kaynaklandığı tespit edilmiştir. Başvurucunun iddia ettiği gibi Bankaya ait gayrimenkuller bilançoda görünen değerinden daha yüksek değerlere sahip olsa dahi 1.306 milyon TL zararın nasıl karşılayacağının ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Banka zararının tahsili amacıyla TMSF tarafından yapılan çalışmaların yıllarca sürdüğü ve başvuruculların Grup kredilerinden kaynaklanan borçlarını kabul ettikleri, başvuruculların 453

milyon USD miktarlı borcu kabul ederek TMSF ile protokol imzaladıkları ve Bankadan Grup firmaları adına aldıkları krediler kaynaklı borçlarını uzun vadede geri ödeyebildikleri görülmektedir.

74. Ayrıca 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesinin (2) numaralı fıkrasına istinaden BDDK'nın 11/12/2000 tarihli kararıyla Banka yakın izlemeye alınarak gerekli tedbirlerin alınması istenmiş ancak yaklaşık bir yıl boyunca Bankanın durumunu düzeltecek tedbirlerin alınmadığı ve aksine Bankanın mali durumunun ve zararının arttığı, bunun da Bankanın devri öncesi kendisi tarafından kabul edilen bilançolardan görüldüğü anlaşılmaktadır. Bahsedilen hususlar Danıştay Onüçüncü Dairesi ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu tarafından incelenmiş ve Bankanın TMSF'ye devrine ilişkin BDDK kararının hukuka uygun olduğu yönünde karar verilmiştir.

75. Bahsedilen açık düzenlemeler, Resmî Gazete'de ve ilgili kurumların internet sitelerinde yayımlanmış olup yayımlandıkları tarihte ulaşılabilir ve anlaşılabilir niteliktedir. Bu durumda müdahaleye konu işlemin kanuni dayanağının anlaşılabilir ve muhtemel sonuçlarının öngörülebilir olduğu, sonuç olarak müdahaleye konu işlemin kanuni dayanağının bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

76. Bu aşamada müdahalenin kamu yararı meşru amacının bulunup bulunmadığının incelemesine geçilecektir.

ii. Meşru Amaç

77. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfî olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz.

Müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, §§ 34, 35, 36).

78. Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır. Neyin toplumun genel çıkarına olduğu konusunda da çok farklı görüşlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Neyin kamu yararına olduğu, yasama ve yürütme organlarının siyasi, ekonomik ve sosyal tercihlerine göre farklılaşabileceği gibi değişen ekonomik, sosyal ve siyasi koşullar kamu yararı amacı ile yapılan bir iş ya da hizmetin değiştirilmesini gerektirebilir (*Habibe Kalender ve diğerleri*, B. No: 2013/3845, 1/12/2015, § 33).

79. Başvurucular müdahalenin kamu yararı amacı ile değil IMF'nin dayatması ile yapıldığına dair somut veriler (IMF yöneticilerinin BDDK yöneticilerine yazdıkları e-postalar) olduğunu ileri sürmüşlerdir.

80. Öncelikle başvurucuların IMF yöneticilerinin BDDK yöneticilerine yazdıkları e-postalar ile ilgili ileri sürdükleri iddialarının bireysel başvuru öncesinde bir davaya konu olduğuna dair bir belge sunulmamıştır. Tamamen spekülatif nitelikteki bu iddiaların incelemede göz önüne alınması mümkün değildir.

81. Başvuruya konu BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararında alınması istenen tedbirleri almayan, kaynaklarını Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde Grup firmalarına aktaran, zararı özkaynaklarını aşarak sirayet eden ve mali bünyesindeki zafiyet nedeniyle bu haliyle faaliyetlerini sürdürmesi hâlinde mevduat sahiplerinin haklarını ve mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye düşüren Bankanın TMSF'ye devrine karar verilmiştir. Kararda geçen mevduat sahiplerinin hakları ile mali sistemin güven ve istikrarını sağlama hedefinin kamu yararına yönelik olduğu açıktır. Bahsedilen kamu yararı amacı, devletin belli şartlar dâhilinde piyasa ekonomisine müdahale edebileceğini düzenleyen Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerinde geçen özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun çalışmasını ve para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlama amaçlarıyla da uyumludur.

82. Bu aşamada kamu yararı amacına yönelik olduğu anlaşılan müdahalelerin ölçülülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

iii. Ölçülülük

83. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 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."*

84. Anayasa'nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyet hakları ancak kanunun öngördüğü usullerle ve kamu yararı gereği sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet haklarının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.

85. 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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

86. AİHM de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yapılan müdahalenin kamu yararını ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede bireylerin, mülklerinin değeriyle orantılı makul bir bedel ödenmeden mülklerinden mahrum edilmeleri hâlinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmetmektedir. Bununla beraber Sözleşme ile korunan mülkiyet hakkı her durumda tam bedelin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform ya da sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş çaplı tedbirleri uygulamaya yönelik istisnai durumlarda meşru kamu yararı amacıyla yoksun bırakılan mülkiyetin piyasa değerinin altında ödeme yapılmasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmayabilmektedir (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75; 72/52/75,

23/9/1982, § 69; *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 54; *Papachelas/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999, § 48; *Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8/7/1986 § 120, 121).

87. Anayasa'da ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete mülkiyetin kullanımını veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 83, 84). Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır. Bunun yanında ölçülülük ilkesi gereği mülkiyetten yoksun bırakmada aranan tazminat ödeme yükümlülüğü, davanın koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı durumlarda gerekmeyebilmektedir (*Depalle/Fransa*, § 91).

88. Başvurucular, Bankaya el konulduğu dönemin hemen sonrasında yayımlanan istatistiklere göre Bankanın kârının, oldukça yüksek olduğunu, ayrıca Bankaya el koyma kararı verilmekle birlikte mal varlıklarına ihtiyati tedbir konduğunu, yurt dışına çıkışlarının yasaklandığını, geleceğe yönelik banka kurma haklarının ellerinden alındığını ifade ederek bu nedenlerle mülkiyetlerine yapılan müdahalenin orantısız olduğunu ileri sürmüşlerdir.

89. Başvuruculaların emsal gösterdikleri Demirbank davasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 3/6/2003 tarihli kararında geçen ve daha hafif önlem olan devlet kâğıtlarının takas yoluyla Banka portföyünden çıkarılması önerisi Demirbank davasına özgü daha hafif bir müdahale biçimi olup bahsedilen kararda belirtildiği gibi Demirbank'ın portföyünde fazla miktarda DİBS bulunması ve ekonomik kriz sebebiyle likidite sıkışıklığı yaşamasından kaynaklanan sorunun takas yöntemi gibi bir uygulama denenmeden el konulma işlemi hukuka aykırı bulunmuştur.

90. Başvuru evrakı ekinde sunulan belgelerden Bankanın 11/12/2000 tarihinde 4389 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesi kapsamında BDDK tarafından yakın izlemeye alındığı ve bankadan bir dizi tedbir alınmasının istenildiği, ancak gelişme sağlanamaması ve aksine Bankanın mali duru-

munun ve zararının artması üzerine BDDK'nın 30/11/2001 tarihli kararı ile İdari Dava Daireleri Kurulu, 26/6/2008 tarihli kararlarında da Bankanın yakın izlemeye alınırken kendisinden istenen tedbirlerin yerine getirilmemesi ve mali durumunun mudilerin haklarını ve mali piyasadaki güven ve istikrarı tehlikeye sokacak hale gelmesi nedenleriyle TMSF'ye devredildiği ifade edilmiştir. Bu durumda başvuruculların ileri sürdükleri daha hafif önlemlerin uygulanması gerektiği iddiasının yerinde olmadığı zira daha hafif bir önlem uygulandığı halde Bankanın mali durumunun iyileşmediği, bilakis daha kötü duruma geldiği anlaşılmaktadır.

91. Somut başvuruya konu davada Banka için öngörülen daha hafif müdahale 11/12/2000 tarihli yakın izleme kararı ile denenmiş ve Bankadan sermaye arttırması, Grup şirketlerine kullandırılan kredilerin geri ödenmesi, acilen bankaya nakit girişinin temin edilmesi, organizasyon yapısının etkin ve verimli hâle getirilmesi, Toprak Off-Shore'un faaliyetlerine son verilerek hesaplarının Bankaya aktarılması istenmiştir. Ayrıca BDDK tarafından Bankadan stratejik ortak veya Grup firmalarının satışı ile kaynak bulunması, Grup kredilerinin nakit tahsilâtla tasfiyesi ya da maddi teminatla teminatlandırılması gibi önerilerde de bulunuluştur.

92. Başvurucular Bankanın kârlı olduğunu iddia etseler de Bankaya el konmadan önceki dönemde hazırlanan 30/9/2001 tarihli finansal tablolarında zararı 123 milyon TL, öz kaynak ise (-) 38 milyon TL olarak gösterilmiştir. Devir sonrasında gerçek mali yapının ortaya çıkarılması amacıyla yapılan hazırlanan murakıp raporlarında ise Bankanın devir tarihindeki gerçek zararının 1.306 milyon TL olduğu ve bunun temel sebebinin Grup firmalarına kullandırılan kredilerin geri ödenmemesi (678 milyon anapara ve 108 milyon reeskont) olduğu, Bankanın öz kaynaklarının (-) 1.222 milyon TL olduğu tespit edilmiştir.

93. TMSF'nin 11/12/2015 tarihli yazısında devir tarihi itibarıyla Toprak Grubunun Bankaya olan borçlarının 792 milyon TL (yaklaşık 534 milyon USD) olduğu, devir sonrasında Toprak Grubu ile yapılan protokollerle yapılan indirimler ve üçüncü şahıslara ödemeler düşüldükten sonra 395 milyon USD kadar tahsilat yapıldığı, buna karşılık Bankanın mevduat ve diğer yükümlülükleri ile zararının karşılanması amacıyla Bankaya TMSF tarafından aktarılan kaynağın toplam 846 milyon TL (TCMB kurları ile yaklaşık 629 milyon USD) olduğu, Bankanın devir tarihinde zararının

1.306 milyon TL olduğu ve bunun sermayesinin yaklaşık 30 katı olduğu, bu şekildeki bir bankanın ekonomik artı değer taşımasının ve bu nedenle hissedarlarına ödeme yapılmasının mümkün olmadığı şeklinde açıklama yapılmıştır.

94. Bankaya el konmasına sebep olan nedenler sadece Bankanın öz kaynaklarının zararını karşılayamaması olarak ortaya konmamış, esas olarak bu zararın da kaynağını teşkil eden Grup şirketlerine kullandırılan kredilerin geri ödenmemesi, dolayısıyla Banka kaynaklarının hâkim ortaklarının lehine kullanılması ile buna ilave olarak bankanın likiditesinin bozulması, aktif ve pasif vade uyumsuzluğu, organizasyon yapısının etkin ve verimli olmaması, Toprak Off-Shore'a kaynak aktarılması ve bu kaynağın da Grup firmalarına kullandırılması, gelir-gider dengesini bozulması, kaydi işlemler yapılması, zarar ettiği halde Bankanın kâr ediyor gösterilerek ortaklarına kar dağıtması şeklinde belirtilmiştir.

95. Başvurucular, yakın izleme döneminde Bankanın mali durumunu güçlendirmek için gerekli önlemleri almadıkları gibi ekonomik kriz ortamında mali bünyesi bu denli bozulmuş bir bankanın hangi daha hafif önlemlerle mali piyasalara, ekonomiye ve mudilere zarar vermeksizin TMSF'ye devredilmeden faaliyetlerine devam edebileceğini açıklamamaktadırlar. Başvurucular ayrıca kendilerinin ve sahibi oldukları Grup şirketlerinin mal varlıklarının Banka zararını karşılamaya yeteceğini iddia etseler de de neden yaklaşık bir yıl süren yakın izleme döneminde BDDK'nın talimat ve önerilerine rağmen bu satışları kendilerinin yaparak Grup kredi borçlarını ödemediklerini ve Bankanın mali durumunu düzeltmediklerini izah etmemektedirler.

96. Ayrıca TMSF tarafından hazırlanan belgelerden, Banka hâkim ortağı olan başvurucularla Grup şirketlerine kullandırılan krediler nedeniyle Bankaya olan borçlarını tasfiye amacıyla 18/12/2004, 6/2/2008 ve 8/6/2012 tarihlerinde protokoller yapıldığı, bu protokollerin banka hâkim ortağı olan Başvurucular tarafından da imzalandığı, dolayısıyla borçların kabul edildiği, protokollere uyulmaması üzerine 6183 sayılı Kanun'a göre Banka hâkim ortaklarının mal varlıklarından tahsilâtların yapıldığı ve başvurucuların protokol kapsamındaki borçlarını ödemelerinin yakın zamana kadar süren bir sürece yayıldığı, yapılan indirimler ve mahsuplaşmalar sonrasında toplam 395 milyon USD ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu

durumda Bankanın mali durumunun gayrimenkul ve iştirak satışı gibi basit önlemlerle düzeltilmesinin ve kısa dönemde zararının kapatılmasının mümkün olmadığı açıktır.

97. Bunun yanında Bankalar TMSF'ye devrolunduktan sonra mudilerin mevduatlarını, bankaların borçlarını ve zararlarını karşılama yükümlülüğü de TMSF'ye geçmektedir. Devralınan Bankaların mevduatları, diğer borçları ve zararları ise TMSF kaynakları yeterli olmadığından Hazine tarafından çıkarılan ve TMSF'ye aktarılan özel tertip devlet iç borçlanma senetleri ile karşılanmakta, bunun sonucunda TMSF Hazineye borçlanmaktadır. TMSF daha sonra devraldığı Bankaların varlıklarını satarak ve alacaklarını tahsil ederek elde ettiği kaynakla Hazineye olan borcunu ödemektedir. Ancak devralınan bankalar nedeniyle yapılan ödemeler bu bankaların tasfiyesinden elde edilen gelirlerin oldukça üzerinde bir maliyete sebep olmuştur. Ödenemeyen Hazine alacakları için 5787 sayılı Kanun ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen geçici 17. maddenin birinci fıkrası ile de TMSF'ye 31/12/2007 tarihine kadar verilen özel tertip Devlet iç borçlanma senetleri (DİBS) nedeniyle doğmuş ve/veya doğacak olan Hazine alacaklarının, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkini konusunda Maliye Bakanı yetkilendirilmiş ve Maliye Bakanı'nın 11/11/2008 tarihindeki onayı ile DİBS'lerden doğmuş ve/veya doğacak olan 50.666 milyon TL'si anapara, 20.170 milyon TL'si faiz ve 22.456 milyon TL'si gecikme zammı olmak üzere toplam 93.292 milyon TL Hazine alacak terkin edilmiştir (Sayıştay; 2008 Yılı Hazine İşlemleri Raporu, s. 72, 73).

98. Sonuç olarak, başvuruculaların sahibi oldukları Bankanın gerekli tedbirleri almaları için uyarılmaları ve süre verilmesine rağmen, durumu daha da kötüye giderek ağırlıklı olarak ödenmeyen Grup kredileri nedeniyle zararı devir tarihi itibarıyla 1.306 milyon TL'ye ulaşan Bankalarının, zararlarının ve mevduat yükümlülüklerinin TMSF tarafından üstlenilerek mali piyasalara daha fazla zarar vermemesi ve mudilerin haklarının korunması kamu yararı amacıyla TMSF'ye devredilmesinde başvuruculaların mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile elde edilmek istenen kamu yararı karşılaştırıldığında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

99. Açıklanan nedenlerle başvuruculaların Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet haklarının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. 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 başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA

23/3/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

NARSAN PLASTİK SAN. TİC. LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6842)

Karar Tarihi: 20/4/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 17/6/2016-29745

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Selami ER
Başvurucu	:	Narsan Plastik San. ve Tic. Ltd. Şti.
Temsilcisi	:	Anıl TÜRKSOY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 2004 ve 2005 yıllarında satışı gerçekleştirilen plastik kırıkları, çapak, granül gibi hurda ve atıklarının katma değer vergisinden (KDV) istisna olduğu yönünde Defterdarlık tarafından görüş verildiği hâlde daha sonra resen yapılan tarh işlemleri sonucu vergi ödenmesi ve aynı konuya ilişkin davalarda farklı kararlar verilmesi nedenleriyle hakların ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine İzmir Bölge İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 30/11/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 10/12/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 17/2/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 26/2/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu hurda plastik ticareti yapan bir limited şirkettir.

9. 25/12/2003 tarihli ve 5035 sayılı Kanun'la 25/10/1984 tarihli 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (g) bendi değiştirilerek metal, plastik, kâğıt, cam hurda ve atıklarının teslimi işleri KDV'den istisna edilmiştir.

10. Başvurucu 12/1/2004 tarihli dilekçesiyle İzmir Valiliği Defterdarlık Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğüne müracaat ederek hurda plastikten granül imalatı ile uğraştığını, hurdadan imal ettiği granüllerin plastik hurda gibi KDV istisnası kapsamında olup olmadığını sormuştur.

11. Defterdarlık Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğünce başvurucuya hitaben düzenlenen 17/2/2004 tarihli ve 1616 sayılı özelgede 5035 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında metal, cam, plastik ve kâğıt karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddelerin külçe olarak veya külçe hâline getirilerek teslimlerinin KDV'den istisna olduğu, bu kapsamda bir işleme tabi tutularak granül hâle getirilen plastik teslimlerinin de KDV'den istisna tutulması gerektiği bildirilmiştir.

12. Başvurucu, aldığı cevap doğrultusunda 2004 yılı satışlarını KDV'den istisna tutarak gerçekleştirmiştir.

13. Başvurucu 16/3/2005 tarihinde tekrar Defterdarlık Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğüne başvurarak başka mükelleflerce başka defterdarlıklardan aynı konuda alınan özelgelerde granül hâle getirilmiş plastik tes-

liminin KDV istisnasından yararlandırılmayacağı yönünde görüş bildirildiğini, bu görüşün daha önce kendilerine verilen görüşle arasında farklar bulunduğunu, plastik granül ve plastik kırığının istisna kapsamında olup olmadığını tekrar sormuştur.

14. Defterdarlık Vasıtalı Vergiler Gelir Müdürlüğünce başvurucuya hitaben düzenlenen 30/3/2005 tarihli ve 3006 sayılı özelgede, plastik kırıklarının hurda ve atık niteliğini kaybetmediğinden istisnaya tabi olduğu ancak plastik granülün işlemden geçmesi nedeniyle hurda ve atık özelliğini kaybettiği, istisna kapsamında olmadığı şeklinde cevap verilmiştir.

15. Başvurucu, bu tarihten sonra bahsedilen özelge doğrultusunda granül teslimlerine KDV uygulamış; diğer hurda teslimlerini ise istisna kapsamında tutmaya devam etmiştir.

16. Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğü konuyu Gelir İdaresi Başkanlığına sormuş ve Başkanlığın 23/1/2006 tarihli yazısında 97 seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin üçüncü bölümünde plastik hurda ve atıkların istisna kapsamında olduğu ancak plastik hurda ve atıklarının işlemden geçirilerek işlenmesi sonucu elde edilen ve genellikle plastik esaslı malzeme üretiminde kullanılan pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünlerin hurda atık niteliğini kaybederek mamul hâle gelmeleri nedeniyle istisna kapsamına girmedikleri şeklinde cevap verilmiştir. Bunun üzerine Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğünün 2/2/2006 tarihli yazısı ile başvurucuya 97 seri No.lu Genel Tebliğ'in üçüncü bölümüne göre pet kırıtları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünlerin hurda atık niteliğini kaybederek mamul hâle gelmesi nedeniyle istisna kapsamına girmediği, bu nedenle başvurucunun 2004 ve 2005 yılında KDV'den istisna tuttuğu plastik granül, çapak ve benzeri ürünlerin satışına ilişkin KDV beyannamelerini bahsedilen kurala göre yeniden düzenleyerek Vergi Dairesine başvurması istenmiştir.

17. Başvurucu ise Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğüne hitaben 20/2/2006 tarihli yazısı ile 97 No.lu Genel Tebliğ'in yayımı tarihinden itibaren beş gün içinde yürürlüğe girdiğini, bu nedenle düzeltme beyannamesi vermeyeceğini bildirmiştir.

18. Torbalı Vergi Dairesi Müdürlüğü 2004 ve 2005 yıllarında vergi istisnası uygulanan satışları için resen vergi tarhı yaparak 8/3/2006 tarihli vergi ceza ihbarnamelerini 10/3/2006 tarihinde başvurucuya tebliğ etmiştir.

19. Başvurucu; tüm satışlarının aynı türden ürünlermiş gibi dikkate alındığını, yapılan işlemlerinin tamamının idarece verilen görüşe dayalı olarak yapıldığını ve KDV'nin özelliği gereği yansıtılabilir bir vergi olduğunu ve nihai tüketici üzerinde kaldığını, davalı idarenin görüşleri doğrultusunda hareket edilerek vergisiz satış yapıldığını ve bu aşamadan sonra kendilerinden bu verginin istenilmesi hâlinde müşteriye yansıtma imkânının bulunmadığını ileri sürerek 2004 ve 2005 yılına ilişkin resen tarh edilen vergilerin kaldırılması talebiyle İzmir 2. Vergi Mahkemesinde dava açmıştır.

20. Mahkeme 2004 yılına ilişkin resen tarh edilen vergiler için 15/3/2007 tarihli ve E.2006/930, K.2007/211 sayılı, 2005 yılına ilişkin resen tarh edilen vergiler için 15/3/2007 tarihli ve E.2006/931, K.2007/212 sayılı kararlarıyla davaları kabul etmiştir. Kararların gerekçesi şöyledir:

"Dava dosyasının incelenmesinden; davacı şirket tarafından plastik hurda alımı yapılarak bunların bir takım işlemlerden geçirildikten sonra satışının yapıldığı ve yapılan bu satışlara ilişkin olarak düzenlenen faturalarda katma değer vergisine davalı idare görüşlerine uygun olarak yer verilmediği ancak, davalı idarece görüş değiştirmek yoluna gidilmesi üzerine davacıya yapılan tebligatla durumun bildirildiği ve düzeltme beyannamesi vermesinin istenildiği, davacı tarafından bu isteğin yerine getirilmemesi üzerine davacı beyanlarının idarece düzeltildiği ve plastik hurdalarının bir takım işlemlere tabi tutulması sonrasında satışı halinde istisnadan yararlanılmayacağı görüşüyle davaya konu vergilerin davacıyı yanıltmış olmak da kabul edilerek cezasız olarak davacıdan tahsili amacıyla ihbarname düzenlenerek tebliği edildiği anlaşılmaktadır.

Davaya konu olayda, davacı şirket tarafından davalı idarece verilen görüşler doğrultusunda işlem yapıldığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Esasen davalı idarece vergi ziyaı cezası kesilmemek suretiyle bu durumun varlığıkabul edilmiş bulunmaktadır. Katma değer vergisinin mükellefi davacı olmakla beraber yansıtılabilir olması özelliği gereği vergi yükü vergiye tabi ürünü satan değil satın alan kişi üzerinden kalır. Davacı tarafından davalı idare görüşü doğrultusunda hareket edilmek suretiyle katma değer vergisi tahsil edilmediği açık olduğuna ve bu aşamadan sonra satın alan kişilere bu verginin davacı tarafından yansıtılması da mümkün olmadığına göre davacıdan tahsili halinde haksız yere mal varlığında eksilmeye neden olunacağı açık olup davaya konu katma değer vergisinde mevzuata uygunluk görülmemiştir."

21. Bahsedilen kararlar Vergi Dairesince temyiz edilmiştir. Temyiz incelemesi yapan Danıştay Dokuzuncu Dairesi, Vergi Mahkemesi kararlarını 20/1/2009 tarihli ve E.2007/2911, K.2009/33 ve E.2007/2912, K.2009/34 sayılı kararlarıyla ve oyçokluğuyla bozmuştur. Kararların gerekçesi şöyledir:

"Olayda, davacı şirketin yaptığı faaliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik eşya imalatında kullanılan hammadde (granül) nin elde edilmesi olduğundan, davacı şirketin yaptığı teslimlerin hurda plastik teslimi sayılması mümkün olmayıp katma değer vergisi istisnası getirilmiş bulunan hurda plastik tesliminden ayrı tutularak katma değer vergisine tabi olduğu açıktır.

Davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin, önce hurda teslimi niteliğinde bulunduğu ve katma değer vergisine tabi olmadığı görüşü ile vergilendirmeyen idare tarafından, bu görüşün hatalı olması nedeniyle daha sonra ve dava konusu işlemle vergi ziyaı cezası uygulamadan katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı anlaşılmaktadır.

İdarenin hatalı görüşünden dönerek yeni bir işlem yapması her zaman mümkün olup olayda olduğu gibi davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin katma değer vergisine tabi olmadığı şeklinde verilen hatalı görüş davacının tahsil etmesi gereken katma değer vergisini ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyecektir. Aksi halde katma değer vergisi hesaplaması gerekirken bunu yapmayan yükümlülere bu vergiyi alıcılara yansıtamayacağı nedeniyle sonradan vergileme yapılamayacağını kabul etmek, katma değer vergisi uygulamasının satıcıların keyfiyetine bırakılması ve olayda olduğu gibi satıcı yükümlülere sonradan hiç bir şekilde vergi salınamaması sonucunu doğuracaktır ki bunun hukuka ve vergileme ilkelerine aykırı olduğu açıktır."

22. Başvurucu 2004 yılı resen tarhiyatlarına ilişkin dosyada karar düzeltme talebinde bulunmuş, Danıştay Dokuzuncu Dairesi bu defa 9/2/2010 tarihli ve E.2009/5034, K.2010/624 sayılı kararıyla 2004 yılı vergi tarhına ilişkin Vergi Mahkemesi kararını oyçokluğuyla onamıştır. Kararın gerekçesi şöyledir:

"3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17. maddesinin 5035 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ve 1.1.2004 tarihinden geçerli olmak üzere 2.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 4/g bendinde; külçe altın, külçe gümüş, döviz, para, damga pulu, harç pulu, değerli kağıtlar, hisse senedi tahvil ile

metal, plastik, kağıt, cam hurda ve atıklarının tesliminin katma değer vergisinden istisna olduğu, aynı maddenin 5228 sayılı Kanunun 15. maddesiyle değiştirilen ve 1.8.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 4/g bendinde ise; külçe altın, külçe gümüş, kıymetli taşlar (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci, kübik virconia) döviz, para, damga pulu, değerli kâğıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kâğıt, cam hurda ve atıklarının (hurda metalden elde edilen külçeler dahil) tesliminin katma değer vergisinden istisna olduğu hükme bağlanmıştır.

Yukarıda anılan hükmün değerlendirilmesinden, katma değer vergisi istisnası kapsamında olan, plastik teslimleri yönünden anılan maddede herhangi bir ayrım yapılmadığından, bir işleme tabi tutularak granül hale getirilen plastik teslimlerinin de katma değer vergisinden istisna tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden davacının yaptığı granül plastik teslimlerinin, önce hurda teslimi niteliğinde bulunduğu ve katma değer vergisine tabi olmadığı görüşü ile vergilendirmeyen idare tarafından, bu görüşün hatalı olması nedeniyle daha sonra ve dava konusu işlemle vergi ziyaı cezası uygulamadan katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, davacı şirketin yaptığı faaliyetin hurda plastik atıklarının eritilmesi suretiyle plastik eşya imalatında kullanılan hammadde (granül) ün elde edilmesi olup yukarıda yer alan kanun maddesinde plastik teslimlerinin istisna kapsamına alınmış olması nedeniyle davacının yaptığı granül plastik teslimleri katma değer vergisine tabi olması sözkonusu değildir."

23. Bahsedilen karar başvurucu lehine kesinleşmiş ve başvurucu Vergi Müdürlüğünün 2004 yılına ilişkin resen tarhiyatlarını Mahkeme kararıyla kaldırtmıştır.

24. 2005 yılı resen yapılan vergi tarhiyatılarına ilişkin dava ise Danıştayın bozma kararından sonra karar düzeltmeye başvurulmadığından İzmir 2. Vergi Mahkemesinde tekrar görülmüş ve Mahkemenin 25/6/2009 tarihli ve E.2009/918, K.2009/941 sayılı kararıyla bozma kararı doğrultusunda reddedilmiştir.

25. Bu defa başvurucu kararı temyiz etmiş ve temyiz incelemesi yapan Danıştay Dokuzuncu Dairesinin, 24/5/2012 tarihli ve E.2009/5853, K.2012/3018 sayılı kararlarıyla "*Vergi mahkemesi kararlarının Danıştay tara-*

fından bozulması halinde yeniden verilecek kararlara karşı yapılacak temyiz başvuruları vergi mahkemesince bozma esaslarına uyulmuş olup olmadığı yönünden incelenebileceğinden ve olayda, Vergi Mahkemesince Dairemizin bozma kararına uyularak karar verildiği anlaşıldığı" gerekçesiyle ve oyçokluğuyla reddedilmiştir.

26. Karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 30/5/2013 tarihli ve E.2012/6490, K.2013/5198 sayılı kararlarıyla reddedilmiş ve karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

27. Kesinleşen karar başvurucuya 29/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 28/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

28. Başvurucu 2004 ve 2005 yıllarında mevzuat hükümlerinde bir değişiklik olmadığı dolayısıyla tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine neden olabilecek kanuni bir dayanak yokken önceki ilamın hükmüne aykırı bir karar verilmiş olduğunu ileri sürülerek Mahkemeden yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması ve akabinde dava konusu vergilerin iptali talebiyle yeniden yargılama talep etmiş ancak bu talep Mahkemenin 12/12/20013 tarihli ve E.2013/2042, K.2013/1738 sayılı kararıyla ve dava konusu vergilerin dönemleri farklı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

B. İlgili Hukuk

29. 3065 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Türkiye'de yapılan asagıdaki islemler katma deger vergisine tabidir:

1. Ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler,

..."

30. 3065 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

"1. Katma Deger Vergisinin Mükellefi:

a) Mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu isleri yapanlar,

…"

31. 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinin "*diğer istisnalar*" konulu 4. fıkrasının 5035 sayılı Kanunla değişik (g) bendi şöyledir:

"Külçe altın, dore külçe altın, külçe gümüş, döviz, para, damga pulu, harç pulu, değerli kağıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, kağıt, cam hurda ve atıklarının teslimi,"

32. 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinin "*diğer istisnalar*" konulu 4. fıkrasının 16/7/2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanun'la değişik (g) bendi şöyledir:

"Külçe altın, külçe gümüş, kıymetli taşlar (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci, kübik virconia) döviz, para, damga pulu, değerli kâğıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kâğıt, cam hurda ve atıkları (hurda metalden elde edilen külçeler dahil) teslimi,"

33. 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinin "*diğer istisnalar*" konulu 4. fıkrasının (g) bendinin güncel metni şöyledir:

"Külçe altın ve külçe gümüs teslimleri ile kıymetli tasların (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci) 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre Türkiye'de kurulu borsalarda islem görmek üzere ithali, borsaya teslimi ve borsa üyeleri arasında el degistirmesi, döviz, para, damga pulu, degerli kâgıtlar, hisse senedi, tahvil, varlık kiralama sirketleri tarafından ihraç edilen kira sertifikaları (Ek ibare: 31/05/2012 - 6322 S.K./20.md) , Türkiye'de kurulu borsalarda islem gören sermaye piyasası araçları ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kâgıt, cam hurda ve atıkları (atıklarının teslimi) teslimi,"

34. 05/07/2002 tarihli ve 248206 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 86 seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "*Tevkifata Tabi Hurdaların Kapsamı*" başlıklı bölümü şöyledir:

"Buna göre, hurda veya atık cam teslimlerinde, bu malların katma değer vergisi mükellefi olan alıcıları, hesaplanan katma değer vergisini, aynen hurda metal, hurda plastik ve atık kağıt teslimlerinde olduğu gibi, tevkifata tabi tutarak sorumlu sıfatıyla beyan edip, ödeyeceklerdir.

Bakanlığımızca öngörülen bu uygulamada esas alınacak hurda kavramı; her türlü maden, plastik, kağıt ve cam hurdasını, bunların hurda halindeki karışımlarını, aynen veya onarılmak suretiyle üretim amaçlarına uygun olarak kullanılamayacak haldeki metal, plastik, kağıt ve cam karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddeyi ifade etmektedir.

..."

35. 28/02/2004 tarihli ve 25387 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 91 seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "*Metal, Plastik, Kağıt, Cam Hurda Ve Atıkların Teslim Veya İthalinde KDV Uygulaması*" başlıklı F bölümü şöyledir:

"Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-g maddesinde 02.01.2004 tarih ve 25334 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5035 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu metal, plastik, kağıt, cam hurda ve atıkların teslimi 1.1.2004 tarihinden itibaren katma değer vergisinden istisna edilmiştir.

Buna göre, 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak hurda veya atık metal, plastik, kağıt, cam teslimlerinde katma değer vergisi uygulanmayacaktır. Ayrıca bu düzenlemeden önce katma değer vergisine tabi tutularak ithal edilen hurda mallar ile sökülecek gemiler ve suda yüzen sökülecek diğer araçlar katma değer vergisinden istisna olarak ithal edileceklerdir. Bu malların yurtiçi teslimlerinde de katma değer vergisi istisnası uygulanacağı tabiidir.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17/4-g maddesinde 5035 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca hurda veya atık maddelere ilişkin katma değer vergisi üzerinden yapılan tevkifat (istisnadan vazgeçen mükellefler dışında) sona ermiş bulunmaktadır. Ancak bu malların 1.1.2004 tarihinden önce gerçekleşen satış ve teslimlerine ilişkin olarak tevkif edilen vergilerin iadesine devam edilecektir. Yapılan değişiklik ile teslim veya ithali vergiden istisna edilen hurda veya atık malların kapsam ve mahiyeti konuyla ilgili olarak daha önce yayımlanan Katma Değer Vergisi Genel Tebliğlerindeki açıklamalara göre belirlenecektir.

..."

36. 31/12/2005 tarihli ve 26040 sayılı 4. mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 97 seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği'nin "*Hurda ve Atık Plastikten Elde Edilen Ürünlerde KDV Uygulaması"* başlıklı 3. bölümü şöyledir:

"KDV Kanununun 5035 ve 5228 sayılı Kanunlarla değişik 17/4-g maddesine göre plastik, lastik, kauçuk hurda ve atıklarının teslimi katma değer vergisinden müstesnadır.

Bu hüküm çerçevesinde, plastik hurda ve atıklarının tesliminde KDV uygulanmamaktadır.

Ancak, plastik hurda ve atıklarının çeşitli işlemlerden geçirilip işlenmesi sonucunda elde edilen ve genellikle plastik esaslı malzeme imalatında hammadde olarak kullanılan pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünler, hurda ve atık niteliğini kaybederek imalat sektöründe hammadde olarak kullanılan bir mamul haline gelmeleri nedeniyle KDV Kanununun sözü edilen 17/4-g maddesinde düzenlenen istisna kapsamına girmemektedir.

Genel oranda vergiye tabi olan bu ürünlerin tesliminde 86 Seri No.lu KDV Genel Tebliğinin (B/1) bölümü gereğince tevkifat uygulanmaktadır.

Bu Tebliğin yayımını izleyen 5. günde başlamak üzere, tevkifat kapsamına giren işlemlerde bu Tebliğin (1.2) bölümündeki açıklamalar çerçevesinde alt sınır uygulanması uygun görülmüştür. "

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 20/4/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

38. Başvurucu; 2004 ve 2005 yıllarında satışını gerçekleştirdiği plastik çapak ve granül hâle getirilmiş plastik hurda ve atıklarının KDV karşısındaki durumunu idareye sorarak gelen görüşe uygun bir şekilde KDV'den istisna ettiğini, buna rağmen bu satışların KDV'den istisna olmadığı ve bu satışlar üzerinden KDV hesaplanması gerektiği iddiası ile hakkında resen tarh işlemi yapıldığını, bunun üzerine söz konusu vergilerin dava konusu edildiğini, 2004 yılı on iki aylık dönemlerine ilişkin tarhiyatlara karşı açılan davada İzmir 2. Vergi Mahkemesince ilgili işlemin hukuka aykırı bulunarak söz konusu tarhiyatların kaldırılmasına karar verildiğini ve kararın Danıştay Dokuzuncu Dairesince onandığını ancak aynı konuda 2005 yılı on iki aylık dönemlerine ilişkin tarhiyatlara karşı açtığı davada ise Mahkemece verilen benzer içerikteki kararın temyiz incelemesinde Danıştayın aynı Dairesi tarafından bu defa tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesi ile farklı yönde karar verilerek anılan Mahkeme kararının bozulduğunu, bu durumun aynı konuda çelişkili kararlar çıkmasına neden olduğunu, başta Petkim Petrokimya A.Ş. olmak üzere pek çok firmanın da dava konusu dönemde satışlarını KDV'den istisna ettiğini, bu firmalara resen tarh işlemi yapılmadığını, konu ile ilgili Kanun ve KDV Genel Tebliğlerinin 2004 ve 2005 yıllarında yapılan plastik çapak ve granül

hâle getirilmiş plastik hurda ve atıklarının KDV'ye tabi tutulmasına dair hüküm içermediğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 10. ve 40. maddelerinde yer alan ilke ve haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; yeniden yargılama yapılarak ödemesi devam eden haksız vergilerin iptalini ve ödenen miktarın iadesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. 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 yargı kararları arasındaki farklılıklar nedeniyle Anayasa'nın 10. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş olmakla beraber bu şikâyetin adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Başvurucunun 2005 yılında yürürlükte olan mevzuat ve idareden aldığı özelgelere göre vergiden istisna ettiği satışları için resen tarhiyat yapılmasına yönelik şikâyeti ise mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

40. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

41. Başvurucu kendisiyle ilgili aynı konulu yargı kararları arasındaki çelişkinin haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

42. Bakanlık tarafından şikâyetin yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu değerlendirilerek Anayasa Mahkemesinin görevinin başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığını değerlendirmek olduğu, derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalarının bireysel başvuru incelemesinde ele alınamayacağı, aynı hukuki metne ilişkin olarak aynı derecedeki bağımsız yargı mercileri arasındaki yorum ve içtihat farklılıklarının tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği, somut olayda Danıştay kararında ifade edildiği gibi idarenin hatalı görüşünü değiştirerek yeni işlem tesis ettiği şeklinde görüş bildirilmiştir.

43. Başvurucunun şikâyeti, Danıştay tarafından yargılamanın sonucundan ziyade özü itibarıyla Danıştayın aynı Dairesinin aynı olaydan kaynaklanan iki davada farklı sonuçlara ulaşması ile ilgilidir. Başvurucunun iddiaları bu bakımdan Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası anlamında bir kanun yolu şikâyetinin ilerisine geçmiş olup Danıştay kararlarındaki farklılaşmanın adil yargılanma hakkını zedeleyip zedelemediğinin incelenmesi gerekmektedir.

44. 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."

45. Anayasa'nın 141. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

46. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 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.."

47. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü -kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde- diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (*Vedat Benli*, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30).

48. Hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi ise hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kamunun mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine güveni azaltarak yargısal bir belirsizliğe yol açabilir (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

49. Bununla birlikte farklı kararların aynı mahkemeden çıkmış olması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Değişik yönlerde kararlar verilmesi ihtimali Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizin kaçınılmaz bir özelliği olarak kabul edilmelidir. Bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir. Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve gelişime açık bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Türkan Bal* [GK], B. No: 2013/6932, 6/1/2015, §§ 52, 53).

50. İhtilaf konusu davalardaki uyuşmazlıkların veya olayların birbirinden farklılık göstermesi, iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümlerden bahsedilemez. Mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup böyle bir değişiklik özü itibarıyla önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir. Ancak aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması hâlinde mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir. Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi bazı hâllerde içtihadın müstekar hâle gelmesinin belirli bir zaman alacağı açıktır (*Türkan Bal*, §§ 54-56).

51. Yüksek mahkemelerin ya da nihai merci olarak bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan mahkemelerin aynı konuya ilişkin kararlarında davaların içeriğinden kaynaklanmayan farklı kabullerin bulunması hâlinde ise hareket noktası, derece mahkemelerinin değerlendirme veya yorumlarından hangisinin doğru olduğunun ve tercih edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi olmayacaktır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarda yaşanan değişimin hukuki bir belirsizliğe yol açıp açmadığına ve başvurucu

bakımından öngörülebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapabilir (*Türkan Bal*, § 57).

52. Somut olayda başvurucu, İzmir Defterdarlığının 17/2/2004 tarihli görüş yazısı (özelge) doğrultusunda 2004 yılı plastik granül, çapak ve diğer hurda malzemenin satışı işlemini KDV'den istisna tutmuş ancak verilen görüşün aksine idarece resen vergi tarhiyatı yapılması üzerine Vergi Mahkemesinde dava açmış ve davası kabul edilmiştir. Bu dava temyiz aşamasında Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından önce bozulmuş, daha sonra karar düzeltme aşamasında 9/2/2010 tarihli karar ile 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinde istisna kapsamında olan plastik teslimleri yönünden bir ayrım yapılmadığından bir işleme tabi tutularak granül hâle getirilmiş plastik teslimlerinin de KDV'den istisna olması gerektiği sonucuna ulaşılarak onanmış ve başvurucu lehine kesinleşmiştir.

53. 2005 yılına ilişkin olarak da başvurucu yine idareden aldığı 30/3/2005 tarihli özelge doğrultusunda bu tarihten sonra plastik granül dışındaki satışlarını KDV'den istisna tutmuş ancak verilen görüşün aksine idarece resen vergi tarhiyatı yapılması üzerine Vergi Mahkemesinde dava açmış ve davası kabul edilmiştir. Bu dava da temyiz aşamasında Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından granül hâline getirilen plastiğin hurda mahiyetinde olmadığı, plastik atıklarının eritilmesi suretiyle granül elde edilmesi olduğu, idarenin hatalı görüşünden dönerek yeni bir işlem yapması her zaman mümkün olduğu, verilen hatalı görüşün davacının tahsil etmesi gereken KDV ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyeceği (2004 yılına ilişkin davada verilen bozma kararı ile aynı) gerekçesiyle bozulmuştur. Başvurucu, bu davada karar düzeltme talep ettiğine dair bir belge sunmamıştır. Vergi Mahkemesinin bozma doğrultusunda verdiği kararın temyiz incelemesinde ise Daire, İlk Derece Mahkemesi kararını bozmaya uyularak verilen kararın sadece bozma gereklerine uygun olup olmadığı yönünde incelenebileceği ve kararın bozma kararına uygun olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle ve oyçokluğuyla onamış; karar kesinleşmiştir.

54. Bu durumda başvurucunun aynı nitelikli 2004 ve 2005 yılı satışlarının KDV istisnasına tabi olup olmadığı konusunda aynı Danıştay Dairesinin iki farklı yorumu bulunduğu anlaşılmaktadır.

55. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini

yansıtması yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları ise ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. 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*, § 64).

56. 25/12/2003 tarihinde 3065 sayılı Kanun'da yapılan değişiklik ile metal, plastik, kâğıt, cam hurda ve atıklarının teslimi işleri KDV'den istisna edilmiştir. Ancak neyin hurda ve atık olduğu konusunda Kanun belirleme yapmamış, 86 No.lu KDV Genel Tebliği ve devamında çıkarılan Genel Tebliğler ise genel anlamda hurda ve atık malzemesinin ne olduğunu tarif etmiş, konuyu detaylandırmamıştır. Mükellefler de istisna kapsamına giren malzemenin ne olduğu konusunda idarelere başvurmuş ve faklı idareler mükelleflere farklı bilgiler vermişlerdir. İşlenmiş malzemenin hurda ve atık kapsamında değerlendirilmesine ilişkin belirleme 31/12/2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 97 seri No.lu Genel Tebliğ ile sağlanmıştır. Bu tarihten sonra işlemden geçirilen plastik hurda ve atıkların satışı istisna kapsamından çıkarılmıştır.

57. Kanun ve Genel Tebliğlerin neyin istisna kapsamında hurda malzeme olduğunun tespitini yapmadığı dönemde bu tespitin ilgili yargı organlarınca yapılması ve konuyla ilgili kararların yerleşik hâle gelmesinin zaman alacağı ve bu süreçte farklı kararlar verilebileceği aşikârdır. Nitekim farklı sonuca varan her iki kararın da oyçokluğu ve karşıoyla alındığı görülmektedir. Danıştay Dairesinin konuyla ilgili verdiği iki karar incelendiğinde her iki kararın da yeterli ve ikna edici gerekçe içerdiği nitekim başvurucu aleyhine sonuçlanan davada varılan sonucun 97 seri No.lu Genel Tebliğ ile de uyumlu olduğu anlaşılmaktadır.

58. Önüne gelen davada Danıştay Dairesi de mevzuat ve uygulamadaki boşluk nedeniyle aynı başvurucunun 2004 ve 2005 yıllarına ait satışlarına ilişkin iki davada iki farklı yorumla farklı karar vermiştir. Daire kararları incelendiğinde hukuki belirsizlik bulunan 2004 ve 2005 yıllarında gerçekleştirilen plastik granül ve diğer hurda malzemenin teslimlerine ilişkin başvurucu hakkında verilenler dışında Daire kararı olmadığı, dolayısıyla kararların etkisinin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine

ters düşecek şekilde bireylerin hukuki güvenliğe duyduğu güveni sarsıcı bir nitelik arz etmediği ve başvurucu hakkında verilen iki karar ile sınırlı bir etkiye sahip olduğu anlaşılmaktadır.

59. Ayrıca bahsedilen Daire kararının hukuka uygun olmadığını düşünen davacıların ilgili vergi mahkemelerini ikna ederek vergi mahkemelerinin Daire kararına direnmesini ve kararların Vergi Dava Daireleri Kurulunda tartışılmasını sağlayarak farklı kararlar nedeniyle oluşan çelişkiyi giderme imkanı bulunmaktadır. Bunun yanında 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı Danıştay Kanunu'nun 40. maddesi uyarınca ilgili kişilerin farklı kararlar nedeniyle içtihatların birleştirilmesi için Danıştay Başkanlığına başvurabilecekleri ve bu şekilde kararlar arasındaki çelişkilerin giderilebileceği bir müessese de bulunmaktadır.

60. Sonuç olarak başvurucu hakkında aynı Daire tarafından verilen iki farklı karar bulunmakla birlikte bu durumun bir dönem yeterli açıklıkta olmayan mevzuat hükümlerinden ve idari uygulamalardan kaynaklandığı, mevzuattaki boşluğun içtihat yoluyla giderilmesi aşamasında verilen her iki kararın da tatmin edici gerekçe içerdiği, konuyla ilgili farklı kararların istisnai olarak başvurucu hakkında verilenler ile sınırlı olduğu, hukuki güvenliği sarsacak nitelikte yaygınlık kazanmadığı, kararlar arasındaki farklılığı giderecek yeterli mekanizmaların bulunduğu birlikte değerlendirildiğinde hukuki belirsizliğe neden olmadıkları sonucuna varılmıştır.

61. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir

b. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

62. Başvurucu, idareye sorarak gelen görüşe uygun bir şekilde KDV'den istisna ettiği satışlarına resen vergi tarh edildiğini, başta Petkim Petrokimya A.Ş. olmak üzere pek çok firmanın da dava konusu dönemde satışlarını KDV'den istisna ettiğini, bu firmalara resen tarh işlemi yapılmadığını, konu ile ilgili Kanun ve KDV Genel Tebliğlerinin 2004 ve 2005 yıllarında yapılan plastik çapak ve granül hâle getirilmiş plastik hurda ve atıklarının KDV'ye tabi tutulmasına dair hüküm içermediğini belirterek haklarının ihlal ediliğini ileri sürmüştür.

63. Bakanlık, mülkiyet hakkı yönünden görüş bildirmemiştir.

64. 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."

65. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 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."

66. Sözleşme'ye 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."

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

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

68. Anayasa'nın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşmenin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa daha geniş manada mülkiyet

hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına almaktadır (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 46).

69. Her iki düzenlemenin üçüncü cümlelerinde ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken Sözleşme'ye Ek (1) No.lu protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ve vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 47).

70. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesi şeklinde ifade edilen birinci kuralın özel görünüm şekilleridir ve bu nedenle ikinci ve üçüncü kuralların genel nitelikli birinci kuralın ışığındaanlaşılması gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37).

71. Vergi ve benzeri yükümlülükler ile sosyal güvenlik prim ve katkılarını belirlemeye, değiştirmeye ve ödenmesini güvence altına almaya yönelik düzenlemeler, Sözleşme metninde ayrıca ifade edilmekle ve Anayasa'da ayrı hükümlerle düzenlenmiş olmakla birlikte bu düzenlemelerin de -genel itibarıyla mülkiyetin kullanımını düzenleme ve kontrol etme amacı taşıdığından- ayrı bir başlık yerine devletin mülklerin kullanımını düzenleme veya mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrol yetkisi kapsamında incelenmesi gerekir (*Arif Sarıgül*, B. No: 2013/8324, 23/2/2016, § 50). Vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler konusunda Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası devletlere vergi politikaları konusunda oldukça geniş bir hareket alanı sağlamaktadır. Bu hükme göre vergisel tedbirler konusunda devletlerin diğer alanlara nazaran daha geniş bir takdir hakkı olduğu kabul edilmektedir (*Travers/İtalya*, B. No: 15117, 16/1/1995).

72.Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35. maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit ederken vergi ödevine ilişkin 73. maddesi ise vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin anayasal sınırlarına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, başvuru konusu somut olayın değerlendirilmesinde ilgili protokol hükmü ve Anayasa'nın 35. maddesiyle birlikte 13. ve 73. maddelerinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle mülkiyet hakkına yönelik vergisel müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayacak sınırlar ortaya konularak mülkiyet hakkının Anayasa hükümleri çerçevesinde yeterli ve etkili bir şekilde korunması sağlanmış olacaktır (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 40).

73. Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunla yapılabileceğine ilişkin düzenlemeye paralel olarak verginin kanuniliği ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü ile vergi mükellefi bakımından vergisel yükümlülüklerin "belirliliği" ve "öngörülebilirliği" ve bu bağlamda vergi mükelleflerinin hukuki güvenliği sağlanmak istenmiştir. Söz konusu ölçütler mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin kanunla yapılması zorunluluğunun alt ölçütleri olarak da kabul edilen ölçütlerdir. Verginin belirli ve öngörülebilir olması, vergiye ilişkin hükümlerin "açık ve anlaşılır" olmasını gerektirmekte olup Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası ile Türk hukukunda vergisel yükümlülüğün mutlaka kanunla konulmasını zorunlu tutan Anayasa hükmünün vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler karşısında kişilere Sözleşme'ye göre daha üst düzey bir koruma sağladığı söylenebilir. Bu husus, Anayasa Mahkemesince "*Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur.*" denmek suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur (AYM, E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011). Bu durumda Anayasa'ya göre mülkiyet hakkına vergi yoluyla yapılan müdahalenin mutlaka kanuna dayanması gerekmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* § 42).

74. Anayasa'nın 35. ve 13. maddelerinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hü-

küm altına alınmaktadır. AİHM; yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malonei/İngiltere,* B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013,§ 31).

75. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu önceden öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 56). Hukuki belirlilik ilkesinin alt ilkeleri olan "ulaşılabilirlik" ilgili hukuki düzenlemenin aleni olması yani yayımlanmasını ifade etmekte (*Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999, §§ 56-61),"öngörülebilirlik" ise hukuk kuralının uygulanması hâlinde doğabilecek sonuçların önceden tahmin edilebilmesi anlamına gelmektedir (*Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42).

76. Bu çerçevede verginin kanuniliği ilkesi gereği vergi yoluyla yapılacak müdahalelerin temel dayanağı olan kanunların da ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olması gerekmektedir (*Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014, § 56). Ancak her zaman kanunlarda mutlak bir açıklığın beklenemeyeceği ortadadır. Bu sebeple kanuni düzenlemelerde az veya çok belirsiz ifadeler bulunabileceği ve bu belirsizliğin uygulamadaki yorumlarla giderilebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2009/9, K.2011/10. 16/6/2011; E.2013/64, K.2013/142, 28/11/2013) (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Barthold/Almanya*, B. No: 8734/79, 25/3/1985, § 47). Bu durumda kanuni düzenlemenin içeriğinin ve kapsamının kanun altı düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla açıklığa kavuşturulduğu, bir diğer deyişle birey açısından belirliliğin sağlandığı durumlarda öngörülebilirlik koşulunun karşılandığı söylenebilecektir(*Türkiye İş Bankası A.Ş.* § 53).

77. Somut başvuruya konu olayda daha önce tevkifata tabi olan metal, plastik, kâğıt, cam hurda ve atıklarının teslimi işleri hurda malın teslimi (satışı) işlemleri 3065 sayılı Kanun'un 25/12/2003 tarihinde değiştirilen 17.

maddesinin (4) numaralı fıkrasının (g) bendi ile KDV'den istisna edilmiştir. Kanun neyin hurda ve atık kapsamında olduğuna dair bir belirleme yapmamıştır. 91 No.lu Genel Tebliğ'in F bölümünde vergiden istisna edilen hurda veya atık malların kapsam ve mahiyetinin konuyla ilgili olarak daha önce yayımlanan Genel Tebliğlerdeki açıklamalara göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır. 86 seri No.lu KDV Genel Tebliği'nin *"Tevkifata Tabi Hurdaların Kapsamı"* başlıklı bölümünde ise hurda kavramı *"her türlü maden, plastik, kağıt ve cam hurdasını, bunların hurda halindeki karışımlarını, aynen veya onarılmak suretiyle üretim amaçlarına uygun olarak kullanılamayacak haldeki metal, plastik, kağıt ve cam karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul madde"* şeklinde kapsamı geniş tutularak ve mamul, yarı mamul ham maddelerin tümünü kapsayacak biçimde tarif edilmiştir. Nitekim 5228 sayılı Kanun'la, 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinde yapılan değişiklikle hurda metalden elde edilen külçeler dâhil atık ve hurdaların istisna kapsamında olduğu belirtilerek önemli bir işlemden geçirilmiş; metal hurda ve atıkları da KDV'den istisna edilmiştir.

78. Bu durum mükelleflerin neyin hurda ve atık kapsamında olduğuna dair ilgili idarelere başvurarak görüş istemesine (özelge) yol açmıştır. Nitekim başvurucu da daha önce tevkifata tabi tutarak KDV'sini ödediği satışlarıyla ilgili olarak idareye başvurarak hurda plastikten granül imalatı ile uğraştığını, hurdadan imal ettiği granüllerin plastik hurda gibi KDV istisnası kapsamında olup olmadığını sormuştur. İdarenin başvurucuya hitaben düzenlediği 17/2/2004 tarihli özelgesinde 5035 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında metal, cam, plastik ve kâğıt karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddenin külçe olarak veya külçe hâline getirilerek tesliminin KDV'den istisna olduğu, bu kapsamda bir işleme tabi tutularak granül hâle getirilen plastik teslimlerinin de KDV'den istisna tutulması gerektiği bildirilmiştir. Başvurucu aldığı cevap doğrultusunda 2004 yılı satışlarını KDV'den istisna tutarak gerçekleştirmiştir.

79. Başvurucu başka mükelleflere kendisine verilen görüşten farklı bir görüş verildiğini duyarak idareye plastik granül ve plastik kırığının istisna kapsamında olup olmadığını tekrar sormuştur. İdarenin 30/3/2005 tarihli özelgesinde plastik kırıklarının hurda ve atık niteliğini kaybetmediğinden istisnaya tabi olduğu ancak plastik granülün işlemden geçmesi nedeniyle hurda ve atık özelliğini kaybettiği ve istisna kapsamında olmadığı şeklinde cevap verilmiştir. Başvurucu bu tarihten sonra bahsedilen

özelge doğrultusunda granül satışlarını KDV uygulamış, diğer plastik hurda satışlarını ise istisna kapsamında tutmaya devam etmiştir.

80. İdare başvurucunun görüş talebinden sonra konuyu Gelir İdaresi Başkanlığına intikal ettirmiş ve Başkanlığın 23/1/2006 tarihli yazısında 97 seri No.lu KDV Genel Tebliği'ne göre plastik hurda ve atıkların istisna kapsamında olduğu ancak plastik hurda ve atıklarının işlemeden geçirilerek işlenmesi sonucu elde edilen pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünlerin hurda atık niteliğini kaybederek mamul hâle gelmesi nedeniyle istisna kapsamına girmediği şeklinde cevap vermesiyle başvurucunun 2004 ve 2005 yılında KDV'den istisna tuttuğu plastik granül, çapak ve benzeri ürünlerin satışı işlemlerini cezasız olarak resen vergi tarhına tabi tutmuştur.

81. Başvurucu bu işlemlere karşı Vergi Mahkemesine gitmiş ve 2004 ve 2005 yılı KDV'lerine ilişkin her iki davada da Mahkeme "*...idare görüşü doğrultusunda hareket edilmek suretiyle katma değer vergisi tahsil edilmediği açık olduğuna ve bu aşamadan sonra satın alan kişilere bu verginin davacı tarafından yansıtılması da mümkün olmadığına göre davacıdan tahsili halinde haksız yere mal varlığında eksilmeye neden olunacağı açık olup davaya konu katma değer vergisinde mevzuata uygunluk görülmemiştir.*" gerekçesiyle davaları kabul etmiştir.

82. Temyiz aşamasında bu davalardan 2004 yılıyla ilgili olanı Danıştay Dokuzuncu Dairesi tarafından önce bozulmuş, daha sonra karar düzeltme aşamasında 9/2/2010 tarihli karar ile 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinde istisna kapsamında olan plastik teslimleri yönünden bir ayrım yapılmadığından bir işleme tabi tutularak granül hâle getirilmiş plastik teslimlerinin de KDV'den istisna olması gerektiği sonucuna ulaşılarak onanmış ve başvurucu lehine kesinleşmiştir. 2005 yılına ilişkin dava ise Danıştay Dokuzuncu Dairesi 20/1/2009 tarihli kararıyla granül hâline getirilen plastiğin hurda mahiyetinde olmadığı zira bir işlemden geçirilerek mamul hâline geldiği, idarenin hatalı görüşünden dönerek yeni bir işlem yapması her zaman mümkün olduğu, verilen hatalı görüş davacının tahsil etmesi gereken katma değer vergisini ödemesi gerektiği sonucunu değiştirmeyeceği gerekçesiyle (Dairenin 2004 yılı vergi tarhına ilişkin davada verdiği ilk bozma kararı ile aynı gerekçe) bozulmuştur. Başvurucu bu davada karar düzeltme yoluna gittiğine dair bir belge sunmamıştır. Vergi Mahkemesinin bozma doğrultusunda verdiği kararın temyiz incelemesinde ise Daire,

İlk Derece Mahkemesi kararının bozmaya uyarak verdiği kararın sadece bozma gereklerine uygun olup olmadığı yönünde incelenebileceği gerekçesiyle ve oyçokluğuyla kararı onanmış; karar kesinleşmiştir.

83. Kanun koyucu Anayasa'nın 73. maddesi çerçevesinde neyin vergiye tabi olacağını, neyin de vergiden istsina veya muaf olacağını belirleme yetkisine sahiptir. Bu yetkinin kullanımına anayasal ölçüler ihlal edilmediği sürece müdahale edilmesi mümkün değildir. Düzenleme alanında bulunan her detayın kanunla belirlenmesine imkân bulunmadığından kanun koyucu çerçevesini kanunla belirledikten sonra kanunun uygulanmasına ilişkin teknik ayrıntıların düzenlenmesi veya açıklanması ikincil nitelikteki düzenleyici işlemlere bırakılabilir. Nitekim Katma Değer Vergisi Kanunu'nunuygulamasına yönelik olarak Maliye Bakanlığı Genel Tebliğler ile uygulamaya yön vermektedir.

84. Mükellefler ilgili mevzuat gereği her ayda meydana gelen işlemler nedeniyle KDV beyannamelerini müteakip ayda vergi dairelerine vererek işlem yapmakta ve buna ilişkin ödemeleri de aylık olarak yapmaktadırlar. Başvurucunun 2004 ve 2005 yılı satışlarına yönelik resen vergi tarhı işlemine idarenin dayanak olarak gösterdiği 97 seri No.lu KDV Genel Tebliği 31/12/2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bahsedilen Tebliğ'de plastik hurda ve atıklarının çeşitli işlemlerden geçirilip işlenmesi sonucunda elde edilen pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünlerin hurda ve atık niteliğini kaybederek imalat sektöründe ham madde olarak kullanılan bir mamul hâline gelmesi nedeniyle KDV istisnası kapsamına girmediği açıkça belirlenmiştir.

85. Bahsedilen tarihe kadar 86 No.lu Genel Tebliğ'de yer alan hurda tanımı dışında kanun koyucu, Bakanlar Kurulu veya Maliye Bakanlığı plastik hurdanın tanımı konusuna bir açıklık getirmemiştir. 86 seri No.lu Genel Tebliğ'de ise hurda kavramı "*Her türlü maden, plastik, kağıt ve cam hurdasını, bunların hurda halindeki karışımlarını, aynen veya onarılmak suretiyle üretim amaçlarına uygun olarak kullanılamayacak haldeki metal, plastik, kağıt ve cam karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddeyi ifade etmektedir."* şeklinde mamul ve yarı mamul ayrımı yapılmaksızın tarif edilmiştir. Bu durum 97 seri No.lu Genel Tebliğ'de "*Plastik hurda ve atıklarının çeşitli işlemlerden geçirilip işlenmesi sonucunda elde edilen ...pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünler, hurda ve atık niteliğini kaybederek imalat sektöründe hammadde olarak kullanılan bir mamul haline gelmeleri nedeniyle ... istisna kapsamına girmemektedir."* şeklindeki açıklamaya kadar devam etmiştir.

86. İlgili Danıştay kararları incelendiğinde plastik hurda ve atıklarının KDV'den istisnasıyla ilgili olarak mevzuatta detaylı düzenleme yapılmayan 2004 ve 2005 yıllarına ilişkin olarak başvurucu hakkında verilenler dışında karar bulunmadığı görülmektedir. Vergi kanunlarını uygulayan idarelerin ise 2004 ve 2005 yıllarında mükelleflerin bu konudaki açıklama taleplerine farklı cevaplar verdiği anlaşılmaktadır.

87. Başvurucu kendi satış işlemlerinin mevzuatta yeterli açıklık olmaması nedeniyle KDV karşısındaki durumunu sorarak vergiden istisna etmiş ve idarelerin farklı görüşler verdiğini öğrendiğinde ise idareye tekrar başvurarak konu hakkında ikici defa açıklama (özelge) talep etmiştir. Başvurucu verilen her iki cevap sonrasında idarenin görüşü doğrultusunda satışlarını vergiden istisna etmiş veya kısmen vergiye tabi tutmuştur.

88. Başvurucunun 2005 yılı satışları hakkında resen tarh işleminin dayanağı olarak gösterilen 97 seri No.lu Genel Tebliğ 31/12/2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu tebliğ hükmü dışında başvurucunun satışlarının vergi istisnası dışında olduğunu gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. 2005 yılı işlemlerine esas düzenlemeler açıkça başvurucunun satışlarını KDV istisnasından yararlanamayacağını ortaya koymadığı ve aksine genel anlamda ayrım yapmaksızın tüm hurda ve atıkları istisna kapsamında saydığı gibi başvurucu da idareden istediği görüşlerde gösterildiği biçimde satışlarını KDV'den istisna tutarak veya kısmen KDV uygulayarak işlemelerini gerçekleştirmiştir.

89. Öte yandan 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 369. maddesinde yer alan "*Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz.*" hükmünün anlaşılabilir ve öngörülebilir kanuni dayanağı olmayan konulara ilişkin idarece vergiye tabi olmadığı şeklinde verilen görüşlerin değiştirilerek daha sonra resen vergilendirilme işlemi yapılmasına kanuni dayanak sağladığı şeklinde anlaşılması ve uygulanması Anayasanın 13., 35. ve 73. maddelerinde yer alan mülkiyet hakkına yapılacak müdahalenin kanuniliği ilkesine uygun olmayacaktır.

90. Bunun yanında Danıştay kararlarında ifade edildiği gibi KDV, ekonomik zincirin üretim aşamasında bir sonraki aşamaya yansıtılarak aktarılan ve nihai olarak tüketicinin, mal veya hizmet alıcısının üzerinde kalan ancak her aşamadaki katma değer miktarının vergi oranındaki kıs-

mı o aşamadaki üretici veya satıcı tarafından vergi idaresine ödenen bir vergi olduğundan geçmişe dönük vergi tarhiyatı, mükellefin onu zincirin sonraki aşamasına yansıtamaması nedeniyle üzerinde kalmasına sebep olmaktadır (Danıştay Onbirinci Dairesi, 19/10/1998 tarihli ve E.1997/785, K.1998/3508).

91. Başvurucunun daha önce idarenin görüşü doğrultusunda yerine getirdiği işlemlerinin sonraki dönemde yürürlüğe girmiş düzenleme hükümleri esas alınarak vergileme dönemi bittikten sonra resen vergi tarhiyatına tabi tutulması mevcut koşullar altında başvurucunun önceden öngörebileceği bir uygulama olmaktan uzaktır. Bu nedenle başvurucudan bu ödemelerin vergiye tabi olacağını öngörmesini beklemenin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

92. Açıklanan nedenlerle somut olayda 31/12/2005 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 97 seri No.lu Genel Tebliğ'e dayanılarak 2005 yılı vergilendirme dönemi için sonraki yıllarda resen yapılan vergi tarhiyatı işlemlerinde Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan verginin kanuniliği ilkesi gereği kanuni düzeyde sağlanması gereken öngörülebilirliğin ve anlaşılabilirliğin sağlanamadığı, kanun hükümlerindeki belirsizliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla da giderilemediği, bu durumda başvurucu tarafından 2005 yılında gerçekleştirilen işlemlerin vergilendirilmesi bakımından öngörülebilir ve anlaşılabilir kanuni dayanağın bulunmadığı anlaşıldığından başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

Kadir ÖZKAYA farklı gerekçe ile bu görüşe katılmıştır.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

93. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

94. Başvurucu yeniden yargılama yapılarak ödemesi devam eden haksız vergilerin iptaline ve ödenen miktarın iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

95. Somut başvuruda başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

96. Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin sonradan yürürlüğe girmiş düzenleme hükümleri esas alınarak vergileme dönemi bittikten sonra resen vergi tarhiyatı yapılması nedeniyle oluşan mülkiyet hakkı ihlalinin sonuçlarını giderecek şekilde yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 2. Vergi Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

97. Dosyadaki belgelerden tespit edilen ve 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

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

B. 1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. 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 İzmir 2. Vergi Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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

20/4/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

FARKLI GEREKÇE

1. Defterdarlık tarafından verilen görüşe uyarak, 2004 ve 2005 yıllarında,satışı gerçekleştirilen plastik kırıkları, çapak, granül gibi hurda ve atıkları için istisna uygulanarak katma değer vergisi hesaplanmadığı ve alıcılardan katma değer vergisi tahsil edilmediği, durum böyle olduğu halde, idarece, vergilendirme döneminin sona ermesinden sonra, söz konusu satışlar için katma değer vergisi hesaplanması gerektiğinden bahisle re'sen tarhiyat yapıldığı, tarhiyatların kaldırılması istemiyle açılan davalarda farklı kararlar verildiği ve 2005 yılına ilişkin tarhiyata yönelik davanın reddedilmesi suretiyle, Anayasa'nın 10. ve 40. maddelerinde yer alan ilke ve hakların ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

2. Pozitif vergi hukukumuza göre, çok genel anlamda, mükelleflerce beyan edilmeyen ve fakat vergi idaresince ilgili vergi kanunlarında vergiye tabi olduğu belirtilen konuların içinde kaldığı değerlendirilen faaliyetler, ilgili kanunlarda öngörülen zamanaşımı süresi içinde olmak üzere her zaman (zamanaşımı için öngörülen süre dolmadan) vergiye tabi tutulabilirler. İlgililerince de bu konuda çeşitli nedenlere bağlı olarak ihtilaf çıkartılabilir. Bu ihtilafları çözme yetkisi de vergi yargısına aittir.

3. 25.10.1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun, katma değer vergisine tabi işlemlerin sayıldığı 1. maddesinin, (1) numaralı fıkrasında; ticarî, sınaî, ziraî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin vergiye tabi olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 2. maddesinde "teslim" kavramının tanımı yapılmış; 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "a" bendinde ise mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanların verginin mükellefi olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 17. maddesinde ise vergiden istisna olan, bir başka ifadeyle verginin konusu dışında bırakılan bazı hallere yer verilmiştir. Kanun'un 29. maddesinin (1) numaralı fıkrasında mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak maddede sayılı vergileri indirebilecekleri belirtilmiştir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında ise indirim hakkının vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabileceği ifade edilmiştir.

4. Katma değer vergisi, harcamalar üzerinden alınan vergilerdendir. Bu vergi üretim, dağıtım, hizmet sektörlerinin faaliyetlerinin her el değiştirme aşamasında vergilendirilmesine dayanmakta, işletme girdileri için yüklenilen vergiler hazineye borçlanılan vergilerden indirilmektedir. Bu noktada denilebilir ki katma değer vergisi, verginin yansıtılabilmesi ve mal veya hizmet alımları esnasında ödenen vergi tutarının yansıtma nedeniyle tahsil edilen vergi tutarından indirilebilmesi olanağı üzerine temellenmiş ve verginin nihai tüketici üzerinde kalması öngörülmüş bir vergidir. Bu kapsamda, örneğin teslim halinde, verginin yükümlüsü olarak belirlenen malı teslim eden, mal bedeli üzerinden hesapladığı vergiyi teslim alana yansıtmakta, bir başka ifadeyle teslim alandan mal bedeli yanında hesaplanan katma değer vergisini de tahsil etmektedir. Her vergilendirme dönemi sonunda verginin mükellefi, işiyle ilgili olarak satın aldığı, ithal ettiği mallar, yaptırdığı hizmetler dolayısıyla ödediği veya borçlandığı, fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisini, teslim ettiği mallar veya ifa ettiği hizmetler dolayısıyla müşterilerden aldığı veya alacaklı olduğu katma değer vergisinden indirerek aradaki farkı vergi dairesine beyan edip ödemektedir.İndirim konusu yapılan vergi, kendi faaliyetinden önceki aşamalarda doğmuş ve hazineye intikal ettirilmiş olduğundan indirim mekanizması, mal ve hizmetler üzerindeki mükerrer vergilemeyi önlemektedir.Bu süreç nihai tüketicinin vergiyi doğuran olayın karşı tarafını oluşturduğu aşamaya kadar devam etmektedir. Bir başka söyleyişle vergi nihai tüketici üzerinde kalmaktadır.

5. Yasal çerçevesi içerisinde yansıtma ve indirme olanaklarının korunması katma değer vergisinin uygulanabilirliği açısından önem arz etmektedir. Zira bu yolla, hem mükellefin, hem de hukuki işlemin karşı tarafını oluşturan kişinin vergiyi yansıtması, böylece de indirim hakkının korunması mümkün olmaktadır.

6. Öte yandan kanun koyucu, takdir yetkisi içinde bazı konuları vergiden istisna edebilir. Vergi istisnasının söz konusu olduğu durumlarda, katma değer vergisinin mükellefinin hukuki işlemin karşı tarafına yansıtabileceği (karşı taraftan tahsil edebileceği) bir vergi bulunmaz. Dolayısıyla bu hallerde verginin konusu dışında bırakılan bu işlem nedeniyle mükellefin faturada vergiyi göstererek karşı taraftan vergi tahsil etmesi, hukuki işlemin karşı tarafının da kendi mal teslimi ve hizmet ifası nedeniyle tahsil ettiği vergilerden indirimde bulunması söz konusu olmaz. Bir teslimin katma değer vergisinden istisna edilen hallerden olmaması durumunda ise Kanun'un 1. maddesi gereğince vergiye tabi olacağı izahtan vareste bir durumdur.

7. 3065 sayılı Kanunun istisnaları düzenleyen 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendinin 25.12.2003 tarihli ve 5035 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ve 2.1.2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren hali şu şekildedir:

"Külçe altın, dore külçe altın, külçe gümüş, döviz, para, damga pulu, harç pulu, değerli kâğıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, kâğıt, cam hurda ve atıklarının teslimi"

8. Katma değer vergisi mükellefi olan başvurucu, 5035 sayılı Kanun gerçekleşen değişiklik sonrasında bir işleme tabi tutularak granül hale getirilmiş plastik teslimlerinde katma değer vergisi istisnasının uygulanıp uygulanamayacağını sormak amacıyla özelge talebinde bulunduğunu, vergi idaresinden aldığı, granül hale getirilen plastik teslimlerinin katma değer vergisi istisnası kapsamında kaldığı yönündeki 17.2.2004 tarihli özelge doğrultusunda teslimlerini katma değer vergisi uygulamadan gerçekleştirdiğini belirtmektedir.

9. Kanun'un bahsi geçen 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendi 16.7.2004 tarihli ve 5228 sayılı Kanunla, 1.8.2004 tarihinden geçerli olmak üzere 31.7.2004 tarihinde tekrar değiştirilerek şu şekli almıştır:

"Külçe altın, külçe gümüş, kıymetli taşlar (elmas, pırlanta, yakut, zümrüt, topaz, safir, zebercet, inci, kübik virconia) döviz, para, damga pulu, değerli kâğıtlar, hisse senedi, tahvil ile metal, plastik, lastik, kauçuk, kâğıt, cam hurda ve atıkları(hurda metalden elde edilen külçeler dahil) teslimi"

10. Başvuru formunda bahsedilen Maliye Bakanlığının 7.12.2004 tarihli ve 0-55/5517-1850/58189 yazısında, hurda ve atık niteliğindeki plastik

esaslı atıkların fabrikada çeşitli işlemlerden geçirilip işlenmesi sonucunda elde edilen ve plastik esaslı malzeme imalatında hammadde olarak kullanılan pet kırıklarının hurda ve atık niteliğini kaybederek imalat sektöründe hammadde olarak kullanılan bir mamul haline gelmesi nedeniyle teslimlerinin 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendi uyarınca istisna kapsamında değerlendirilmesinin mümkün bulunmadığı ifade edilmektedir. Başvurucu, Bakanlığın bu yazısını emsal göstererek farklı defterdarlıkların farklı uygulamaları nedeniyle düşülen tereddüdün giderilmesini istemek ve teslimlerinde KDV uygulamasının nasıl olması gerektiğini sormak amacıyla 16.3.3005 tarihinde vergi idaresine tekrar başvurmuştur.

11. Defterdarlık 30.3.2005 tarihli özelgesinde plastik kırıklarının katma değer vergisine tabi tutulmaması, plastik granüllerinin ise tevkifat uygulanmaksızın %18 oranında katma değer vergisine tabi tutulması gerektiğini bildirmiştir.

12. Başvurucu, yaptığı satışları bu görüş kapsamında katma değer vergisinden istisna ederek gerçekleştirdiğini, idarenin görüşü doğrultusunda hareket etmesine rağmen, 2004 ve 2005 yıllarında satışını gerçekleştirdiği çapaklar ve granül hale getirilmiş plastik hurda atıklarının katma değer vergisinden istisna olmadığı, satışları üzerinden katma değer vergisi hesaplanması gerektiği iddiasıyla vergi idaresi tarafından resen tarhiyat yapıldığını ileri sürmektedir. Ayrıca başvurucuya göre mal satışları arasında plastik, hurda plastik çapak ve plastik granül ayrımı gözetilmeden tarhiyata gidilmiştir.

13. Bu bağlamda, öncelikle ve özellikle başvurucu adına sadece katma değer vergisi tarh edildiği, vergi zıyaı cezası kesilmediği göz önünde bulundurulmalıdır.

14. Bu durum, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun tarhiyatın yapıldığı dönemde yürürlükte bulunan ve "yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları" veya "bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların görüş ve kanaatini değiştirmiş veya bu hükme ait bir içtihadın değişmiş olması" durumlarında vergi zıyaı cezası kesilmeyeceğini öngören 369. maddesi uyarınca, vergi idaresinin, verdiği özelgelerle başvurucuyu yanılttığını kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.

15. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 369. maddesi 6009 sayılı Kanunun 14. maddesiyle değişmiş ve 01.08.2010 tarihi itibarıyla şu hükmü içerir hale gelmiştir:

"Yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez ve gecikme faizi hesaplanmaz.

Bir hükmün uygulanma tarzı hususunda yetkili makamların genel tebliğ veya sirkülerde değişiklik yapmak suretiyle görüş ve kanaatini değiştirmesi halinde, oluşan yeni görüş ve kanaate ilişkin genel tebliğ veya sirküler yayımlandığı tarihten itibaren geçerli olup, geriye dönük olarak uygulanamaz. Şu kadar ki, bu hüküm yargı mercileri tarafından iptal edilen genel tebliğ ve sirküler hakkında uygulanmaz."

16. 369. maddenin eski ve yeni halinde yer alan hükümlerinden, kanun koyucunun, idarenin yanıltma ya da görüş değişikliği durumlarının vergi aslının aranmasına engel teşkil etmediğini vurgulamış olduğu anlaşılmaktadır. Kurala göre idarece verilen bir izahat ya da değişen içtihat nedeniyle mükellef tarafından öngörülemeyen bir durumun ortaya çıkması halinin etkisi vergi cezası kesilmemesi ve gecikme faizi hesaplanmaması ile sınırlanmış olmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu, mükellef ya da vergi sorumlusu tarafından bu hallerde öngörülemeyen bir durumla karşılaşılmasının vergi aslının tahakkuk ve tahsiline engel olmayacağını belirtmiş bulunmaktadır. Vergi idaresinin bir kanun hükmünün yorumunda mükellefi istemeden de olsa yanıltabileceğini ya da önceki içtihadını değiştirebileceğini kabul eden kural, kendi yapısı içinde mükellef aleyhine öngörülemeyen sonuçları tespit eder niteliktedir. Nitekim mükellef izahatla yanıltılmamış ya da önceki içtihat devam etmiş olsa idi, vergisel yükümlülüğünü zamanında yerine getirecek ve verginin aslını ödeyecekti, bir başka ifadeyle ceza uygulanmasını gerektiren bir fiil işlememiş olacağı gibi, tarhiyatın zamanında gerçekleşmiş olması nedeniyle gecikme faizine de muhatap olmayacaktı. Bu nedenle yanıltma ya da görüş değişikliği nedeniyle öngörülemeyen bir durumun ortaya çıkması vergi aslının aranmasına engel oluşturmamakta, sadece ceza kesilmesini ya da gecikme faizi hesaplanmasını önlemektedir.

17. Başvurucunun gerçekleştirdiği teslimlerle ilgili idari düzenlemelere bakıldığında, 5.7.2002 tarihli ve 24826 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 86 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde, katma değer vergisi

tevkifatı kapsamındaki hurda kavramının, her türlü maden, plastik, kâğıt ve cam hurdasını, bunların hurda halindeki karışımlarını, aynen veya onarılmak suretiyle üretim amaçlarına uygun olarak kullanılamayacak haldeki metal, plastik, kâğıt ve cam karakterli her türlü ham, yarı mamul ve mamul maddeyi ifade ettiğinin belirtildiği görülmektedir.

18. Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendinde 5035 ayılı Kanunla yapılan değişiklik üzerine 28.2.2004 tarihli ve 25387 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 91 Seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde 1.1.2004 tarihinden itibaren yapılacak hurda veya atık metal, plastik, kâğıt, cam teslimlerinde katma değer vergisi uygulanmayacağı ifade edilmekle yetinilmiş, hurda kavramının tekrar tanımlanmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

19. 31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı 4. mükerrer Resmî Gazetede yayımlanan 97 seri Nolu Katma Değer Vergisi Genel Tebliğinde ise Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendinin 5035 ve 5228 sayılı Kanunlarla değiştirildiği ve plastik hurda ve atıklarının tesliminde katma değer vergisi uygulanmadığı belirtildikten sonra, şu düzenlemeye yer verilmiştir:

"Ancak, plastik hurda ve atıklarının çeşitli işlemlerden geçirilip işlenmesi sonucunda elde edilen ve genellikle plastik esaslı malzeme imalatında hammadde olarak kullanılan pet kırıkları, plastik çapak, plastik granül ve benzeri ürünler, hurda ve atık niteliğini kaybederek imalat sektöründe hammadde olarak kullanılan bir mamul haline gelmeleri nedeniyle KDV Kanununun sözü edilen 17/4-g maddesinde düzenlenen istisna kapsamına girmemektedir…"

20. Çoğunluk görüşüne dayalı kararda, müdahalenin kanuni dayanağının öngörülebilirliği ve anlaşılabilirliği sağlamadığı, kanun hükümlerindeki belirsizliğin kanun altı idari uygulamalar ve düzenlemeler veya yargısal içtihatlarla da giderilemediği, bu duruma bağlı olarak da başvurucu tarafından 2005 yılında gerçekleştirilen işlemlerin vergilendirilmesi bakımından öngörülebilir ve anlaşılabilir kanuni dayanağın bulunmadığının anlaşıldığı gerekçesine dayanılarak, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

21. Doktrinde ve Danıştay'ın muhtelif kararlarında da ifade edildiği gibi KDV, ekonomik zincirin üretim aşamasında bir sonraki aşamaya yan-

sıtılarak aktarılan ve nihai olarak tüketicinin, mal veya hizmet alıcısının üzerinde kalan, ancak her aşamadaki katma değer miktarının vergi oranındaki kısmı o aşamadaki üretici veya satıcı tarafından vergi idaresine ödenen bir vergi olduğundan, geçmişe dönük vergi tarhiyatı, söz konusu verginin, sistemin izin vermemesine bağlı olarak yansıtılabilecek bir taraf olmadığından mükellefin üzerinde kalmasına sebep olmaktadır.

22. Dolayısıyla olayda da böyle bir durum söz konusu olduğundan başvurucunun mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğu hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır.

23. Vergilendirmenin kanuni dayanağının bulunması, tarihi kökeni bulunan anayasal bir ilkedir ve bu hususta bir tartışma bulunmamaktadır. Vergi hukuku açısından kanun, anayasanın ardından en önde gelen bağlayıcı-asli kaynaktır. Anayasa koyucu Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında bu ilkeyi, "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" biçiminde ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında ve doktrinde, vergilerin kanuniliği ilkesinden sadece vergi ve benzeri her türlü mali yükümün yasa ile konulmasının anlaşılamayacağı; aynı zamanda keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı bir uygulamaya yer verilmemesi için söz konusu yasanın, verginin konusundan başka vergiyi doğuran olayı, matrahı, oranı, vergi miktarını, indirimleri, istisnaları ve muafiyetleri, tarh, tahakkuk ve tahsil usullerini, yaptırımlarını, zamanaşımını ve benzeri unsurlarını da içermesi gerektiği kabul edilmektedir. (Anayasa Mahkemesi, 29.11.1977, E.1977/109; K.1977/131; 15.7.2004, E.2003/33, K.2004/101).

24. Kanunilik ilkesinin bu geniş kapsamlı yorum biçim nedeniyle vergilendirmenin kanuna dayanması önem arz etmektedir. Vergilendirmenin kanuna dayanması gerekliliği o kadar önemlidir ki, anayasa koyucu vergilendirme ile ilgili olarak idareye çok sınırlı alanda düzenleme yapma yetkisi vermiş, bu yetkiyi kullanacak organ olarak Bakanlar Kurulu'nu belirlemiş ve yetkinin sınırlarını açıkça Anayasa'da göstermiştir. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim hali ile ilgili düzenlemeler bir yana bırakılmak kaydıyla, Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü ve 167. maddesinin ikinci fıkrası idarenin vergilendirme alanındaki sınırlı yetkisine işaret etmektedir. Bu istisnalar haricinde idarenin vergi koyma, kaldırma ya da vergi istisna ve muafiyetlerinin kapsamını belirleme gibi yetkileri bulunmamaktadır. Öte yandan, kararda da ifade edildiği üzere bireysel başvuru incelemele-

ri bağlamında, mülkiyet hakkına müdahalelerin incelenmesinde hakkın sınırlanması açısından kanunilik şartına vurgu yapan Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

25. Diğer yandan vergi hukukunda yeni bir vergi normu getirmeyen ve var olan normların açıklanması için kullanılan bir kısım yardımcı kaynaklar da mevcuttur. Genel tebliğ, özelge ve sirküler gibi idarenin düzenleyici işlemleri bu kapsamda sınıflandırılmaktadır. 213 sayılı Kanunun 413. maddesine dayanılarak 28.8.2010 tarihli ve 27686 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Mükelleflerin İzahat Taleplerinin Cevaplandırılmasına Dair Yönetmelik" te, mükelleflerin ve vergi sorumlularının vergi durumları ve vergi uygulaması bakımından, kendilerince açık olmayan ve tereddüt ettikleri konular hakkında yazılı olarak açıklama talebinde bulunmaları üzerine yetkili makamlarca kendilerine verilen yazılı görüşler özelge olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca 400 Seri Nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğinde de özelgelere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

26. Doktrin ve yargı kararlarında özelgelerin, vergi hukukunun yardımcı kaynakları arasında sayıldığı, sadece yazılı cevap verilen mükelleflere ilişkin olduğu, diğer mükellefler ile yargı organlarını bağlamadığı, idarenin görüşünün öğrenilmesi veya onun görüşünü ortaya koyması dışında bir anlam ifade etmediği, kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem niteliği taşımadığından (icrailik karakteri bulunmadığından) idari yargıda iptal davasına da konu olamayacağının kabul edildiği gözlemlenmektedir. Bunun yanında mükellef ya da sorumluların aldıkları özelgeler doğrultusunda hareket etme yükümlülükleri de bulunmamaktadır.

27. Buraya kadar anlatılan verilerden, vergi hukukunda kanunilik ilkesinin önemi nedeniyle kanunilik testi açısından sadece kanun hükümlerinin göz önünde bulundurulabileceği, idari işlemlerin, bu arada kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem niteliğini bile haiz olmayan ve idarenin mükellefin durumu ile ilgili görüşlerinin ortaya konulduğu özelgelerin bu testte dikkate alınamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

28. Olayda, 3065 sayılı Kanunda yer alan bir vergi istisnasına ilişkin kuralın başvurucunun gerçekleştirdiği teslimlere uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir tereddüt yaşanmış ve başvurucu bu tereddüdün giderilebilmesi amacıyla özelge talebinde bulunmuş, aldığı cevap doğrultusunda teslimlerini gerçekleştirmiştir. Bölümümüz çoğunluğunca,

mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşırken, başvurucunun idare tarafından özelgelerle yanıltılmasının öngörülemezliğe neden olduğu belirtilmekte ve olay bağlamında başvurucu açısından kanunilik şartının gerçekleşmediği sonucuna varılmaktadır.

29. Başvurucunun idare tarafından verilen özelge ile yanıltıldığı hususunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak yapılacak değerlendirmelerde özelgelerin vergi hukuku açısından kaynak olma niteliğinin ve özelgeyle yanıltılmanın pozitif hukuk açısından sonuçlarının önemle dikkate alınması gerekmektedir.

30. Yukarıda da belirtildiği üzere, özelgeler istemi üzerine vergi mükellef ve sorumlularına verilen ancak bağlayıcı niteliği bulunmayan idarenin görüşlerinden ibarettir.

31. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun katma değer vergisine tabi işlemlerin sayıldığı 1. maddesinin, (1) numaralı fıkrasında ticarî, sınaî, ziraî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin vergiye tabi olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "a" bendinde ise mal teslimi ve hizmet ifası hallerinde bu işleri yapanların verginin mükellefi olduğu ifade edilmiştir. Kanun'un 17. maddesinde ise vergiden istisna olan, bir başka ifadeyle verginin konusu dışında bırakılan bazı hallere yer verilmiştir.

32. Yukarıda yer verilen anlatımda değinilen durumlar ve ilgili kanuni mevzuat uyarınca başvurucu tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi kapsamında katma değer vergisine tabi bir faaliyet mi, yoksa aynı Kanun'un 17. maddesinde sayılan istisnalar kapsamında mı olduğunu belirleme görev ve yetkisi önce vergi idaresine, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da vergi yargısına aittir.

33. Dolayısıyla, aslında istisna kapsamında olmayan işlemleri aldığı özelge doğrultusunda istisna kapsamında değerlendiren başvurucudan bu işlemler nedeniyle doğduğu ileri sürülen verginin geriye dönük olarak istenilmesinin kanuni dayanağı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 369. maddesiyle birlikte 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi ve ilgili diğer vergi kanunları olmakta, hal böyle olunca da müdahalenin kanuna dayanması açısından bir sorun bulunmamaktadır.

34. Olayda başvurucunun istisnaya ilişkin kanun hükmünde düştüğü tereddüdü idareden aldığı özelgeyle gidermeye çalışmasına ve bu konuda idarenin verdiği görüşe çoğunluk tarafından kanunilik açısından önem atfedilmiştir.

35. Her ne kadar, başvurucunun özelge ile yanıltıldığı hususunda bir ihtilaf bulunmamaktaysa da, vergi hukukunun yardımcı kaynakları arasında sayılan ve bağlayıcı niteliği bulunmayan özelgelere, kanun hükmünde öngörülemezliğe neden olduğu gerekçesiyle vergi cezası ve gecikme faizi yanında "vergi aslı açısından" da ihlal sonucu doğurabilecek sonuçlar bağlanması mümkün olmayıp, böyle bir yargı, özelgeyle yanıltılmış olmaya kanun koyucunun bağladığı sonucu da aşacak bir halin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

36. Olayda, uyuşmazlık, kalitesiz ve bu bağlamda öngörülemez bir kanun hükmünden değil, başvurucu tarafından yürütülen faaliyetin ilgili istisna hükmü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususuna ilişkin yorumdan kaynaklanmaktadır. Bu değerlendirme safhasının tamamı idare ile başvurucu arasında, özelgeler bağlamında gerçekleşmiştir. Çoğunluk görüşüne dayalı kararda ulaşılan sonuca göre, başvurucuya verilen özelgelerin yanıltıcı nitelikte olması nedeniyle kanun hükmü kusurlu kabul edilmektedir.

37. Bir kanun hükmünün kapsamı her zaman için tartışma konusu olabilir ve bu kapsamda doğan uyuşmazlıkların idari ve yargısal başvuru yollarıyla çözümü mümkündür. Nitekim başvurucu tarafından yürütülen faaliyet ve bu faaliyet sonucunda elde edilen ürünün hurda ve atık niteliğini muhafaza edip etmediği ya da mamul bir niteliğine kavuşup kavuşmadığı ve bu kapsamda yapılan teslimlerin vergi istisnası kapsamında kalıp kalmadığı öncelikle idare tarafından kanuni imkân ve yetkiler kullanılarak saptanabilir. Bu saptamanın bir uyuşmazlığa vücut vermesi halinde ise idari yargı tarafından resen araştırma ilkesi çerçevesinde inceleme yapılıp bir sonuca ulaşılabilir. Bu bağlamda yargılama makamları vergi hukukunda ekonomik yaklaşım olarak adlandırılan yorum yönteminden de faydalanabilirler. Bu yorum faaliyetinde, vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre saptanması ve değerlendirilmesi vergi hukukunda ekonomik irdeleme; vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler göz önüne alınarak saptanması ise ekonomik yorum olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada idari yargı ma-

kamlarının başvurucuya verilen özelgelerde ortaya konula idari görüş ile de bağlı olmadığı açıktır.

38. Olayda mülkiyet hakkına müdahale iddiası, 2004 ve 2005 yılında gerçekleştirilen teslimlerden kaynaklanmaktadır. Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendi hükmünün 5035 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değiştirilen ve 2.1.2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren şeklinde "…plastik, … hurda ve atıklarının teslimi"; 1.8.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5228 sayılı Kanun ile değişik şeklinde ise "plastik… hurda ve atıkların (…) teslimi" kuralına yer verilmektedir. Kuralın her iki haline göre de başvurucu tarafından gerçekleştirilen granül plastik teslimlerinin katma değer vergisine tabi olup olmadığının incelenmesinin bireysel başvurunun konusu dışında kaldığında tartışma bulunmamaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru açısından, idarenin bağlayıcı nitelikte olmayan ancak başvurucu açısından yanıltıcı sonuçlar doğurduğu anlaşılan idari görüş niteliği taşıyan özelgelerinden hareketle vergi hukukunun bağlayıcı nitelikteki kaynaklarından kanunların öngörülemezliği sonucuna ulaşılması mümkün değildir.

39. Hal böyle olunca, olayda müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunduğu ve idari bir görüşten ibaret olan özelgelerin kanunun öngörülebilirliğine etki etmeyeceği hususu dikkate alındığında, bireysel başvuru incelemesinde kanunilik değerlendirmesinin sorunlu bir alan oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

40. Bununla birlikte, katma değer vergisinin niteliği ile pozitif hukukumuzda katma değer vergisinin işleyişine ilişkin olarak öngörülen kurallar dikkate alındığında, vergilendirme döneminin sona ermesinden sonra, kanuna dayanılarak kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen tarh işlemi nedeniyle, mükellefi olduğu ancak yüklenicisi olmadığı bir verginin yüklenicisi durumuna gelen başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalenin ölçülü olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

41. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple mülkiyet hakkına

yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (Osman Bayrak, B. No: 2013/3803, 25/2/2015, § 74).

42. Bu doğrultuda mülkiyet hakkına yönelik müdahale sonucunda ortaya çıkan yeni durumun ve bozulan yararlar dengesinin, bireye kişisel ve aşırı bir yük yüklememesi gerekir (Korkut Bahadır, B. No: 2014/4025, 11/12/2014, § 43).

43. Başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale edilmesinin amacının kamu gelirinin elde edilmesi; müdahale aracının ise başvurucunun bir dolaylı (yansıtılabilen) vergi türü olan katma değer vergisinin mükellefi kabul edilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

44. Katma değer vergisinin yukarıda açıklanan niteliği itibarıyla yansıtmalı bir vergi olması ve yüklenicisinin nihai tüketiciler olması durumuna bağlı olarak olay bağlamında, müdahalenin amacı ile aracı arasında olması gereken orantının korunduğundan söz edilebilmesi, başvurucuya, kendisinden istenilen ve sonuç olarak üzerinde kalmış olan ve fakat idarece yanıltılmamış olsaydı ilgili dönemde mal teslim ettiği kişilerden tahsil edecek olduğu vergi için yansıtma veya indirim hakkı kullanmasına imkân tanınmış olmasına bağlıdır.

45. Olayda, kanun değişikliği üzerine, başvurucu, gerçekleştirdiği teslimlerin vergiye tabi olup olmadığı hususunda düştüğü tereddüdü gidermek amacıyla görüş istemiş; vergi idaresi, başvurucunun teslimlerinin vergi istisnası uygulaması kapsamında kaldığını özelge ile bildirmiştir. Buna istinaden de başvurucu yapmış olduğu söz konusu teslimlerine katma değer vergisi uygulamamış, teslimde bulunduğu alıcıdan bu teslimler için katma değer vergisi tahsil etmemiştir. İdare, ilgili vergilendirme dönemlerinin geçmesinden sonra, başvurucunun gerçekleştirdiği teslimlerin 3065 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 4. fıkrasının 'g' bendi kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirlemiş, bu kapsamda da söz konusu teslimler nedeniyle vergiyi doğuran olay gerçekleştiği halde verginin tahsil edilmediği gerekçesiyle başvurucu adına vergi asıllarının tahsili amacıyla resen tarhiyata gidilmiş, ancak vergi ziyaı cezası kesilmemiştir. 2004 ve 2005 yıllarının ilgili vergilendirme dönemleri için yapılan tarhiyatlardan 2004 yılına ilişkin olanlar başvurucu lehine, 2005 yılına ilişkin olanlar ise başvurucu aleyhine sonuçlanmıştır.

46. Katma değer vergisinin işleyişine ilişkin olarak öngörülen yasal sistemde idarenin verdiği özelge ile yanıltılmış olan ve bu nedenle kendilerine herhangi bir kasıt, kusur veya ihmal izafe edilemeyecek olan mükellefler adına verilen özelgenin aksine, ilgili hesap dönemlerinin kapanmasından sonra katma değer vergisi tarh edilmesi halinde, bunlara, tarh edilen verginin yansıtılması, indirim veya benzeri başka bir yolla giderilmesi gibi herhangi bir yol öngörülmemiştir.

47. Öte yandan, ilgili tarh dönemlerinde başvurucunun teslim yaptığı kişilere ulaşması ve bu kişilerden, kendilerine yaptığı teslimler nedeniyle sonradan istenilen katma değer vergisini talep etmesinin fiili ve hukuki zorluğu da olayda gözetilmesi gereken bir durumdur.

48. Dolayısıyla, kendisinden istenilen ve hal itibarıyla üzerinde kalmış olan ve fakat idarece yanıltılmamış olsaydı ilgili dönemde mal teslim ettiği kişilerden tahsil edecek olduğu vergiyi yansıtmasına, indirim veya benzeri başka bir yolla gidermesine yasal olarak imkanı bulunmayan başvurucu, söz konusu tarh işlemi ile mükellefi olduğu ancak yüklenicisi olmadığı bir verginin, katma değer vergisine ilişkin yasal sisteme aykırı olarak yüklenicisi durumuna getirildiğinden, başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bu müdahalenin ölçülü olduğunu söylemek mümkün değildir.

49. Bu itibarla başvurucunun mülkiyet hakkının ölçüsüzlük unsuru açısından ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Üye
Kadir ÖZKAYA

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NUSRAT KÜLAH BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6151)

Karar Tarihi: 21/4/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 24/6/2016-29752

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	Nusrat KÜLAH
Vekili	:	Av. Özgür YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, spor alanı yapılması amacıyla kamulaştırılan taşınmazın bu kamu yararı amacına uygun kullanılmayıp imar planında yapılan değişiklik ile ticari alana çevrilerek üçüncü kişilere satılması üzerine açılan tazminat davasının reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının; yargılama sırasında benzer bir davada karar verildiği belirtilerek bu davanın bekleticı mesele yapılması talep edilmesine rağmen yargılamanın sonuçlandırılması nedeniyle adil yargılanma hakkının; aynı konuya ilişkin açılan başka bir davanın kabul edilmesine rağmen somut olayda davanın reddedilmesi nedeniyle de eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/8/2013 tarihinde Gaziantep 7. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 3/3/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 10/3/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlığın 22/3/2016 tarihli yazısında başvuru hakkında bu aşamada bir görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

1. Başvuruya Konu Olaylar

7. Gaziantep ili Şehitkamil ilçesi İbrahimli köyü 705 parsel sayılı "bağ" niteliğindeki 121.600,00 m2 yüzölçümlü taşınmazın 1/5 payı 22/9/1970 tarihinde "tapulama" edinimli olarak başvurucu adına tapuya tescil edilmiştir. Diğer paydaşlardan yapılan alım ve hisse birleştirmeleri sonucu 12/6/1978 tarihinde anılan taşınmazın 11630/121600 payı tapuda başvurucu adına tescil edilmiştir.

8. Bu taşınmazın, imar planında 100. Yıl Atatürk Kültür Parkı spor alanı içinde kaldığı gerekçesiyle Gaziantep Büyükşehir Belediyesi Encümeni tarafından 27/1/1998 tarihinde kamulaştırılmasına karar verilmiş; Büyükşehir Belediyesi Encümeninin 24/4/1998 tarihli kararı ile de başvurucunun taşınmazdaki payı m^2si 2.062.375 TL'den (eski Türk lirası) olmak üzere anlaşma suretiyle kamulaştırılmış, 17/7/1998 ve 27/4/1998 tarihlerinde yapılan tescil işlemleriyle de taşınmazın tamamı "kamulaştırma" edinimli olarak Büyükşehir Belediyesi adına tapuda tescil edilmiştir.

9. Taşınmazın tapu kütük sayfası "tevhit" (birleştirme) nedeniyle 22/9/1998 tarihinde kapatılarak 125.660,00 m^2 yüzölçümlü olarak yine Büyükşehir Belediyesi adına tescil edilmiş, sonrasında yapılan "ifraz" (ayırma) işlemi neticesinde taşınmaz ikiye ayrılarak, bir bölümü Güvenevler Mahallesi 3374 ada 5260 parsel numarası altında 97.649,00 m^2 yüzölçümlü olarak; diğer bölümü ise Osmangazi Mahallesi 3374 ada 5261 parsel numarası altında 28.011 m^2 yüzölçümlü olarak Büyükşehir Belediyesi adına yine bu tarihte tapuda tescil edilmiştir.

10. Bu arada Büyükşehir Belediyesi Meclisi tarafından 20/7/1998 tarihinde söz konusu taşınmazın da bulunduğu alanda imar planı tadilatı yapılarak taşınmazın imar durumu ticari alan olarak belirlenmiş ve Güvenevler Mahallesi (sonrasında Osmangazi Mahallesi) 3374 ada 5260 parsel sayılı taşınmaz, Büyükşehir Belediyesince 2/11/1998 tarihinde ihale yoluyla üçüncü kişilere satılmış, 27/11/1998 tarihinde bu taşınmazın 75/100 payı G. Market Yatırım ve Ticaret A.Ş. adına, kalan payları ise T. Emlak Yatırım İnşaat ve Turizm A.Ş. ve T. F. Market Yatırım İnşaat ve Turizm A.Ş. adlarına "satış" edinimli olarak tescil edilmiş, bu kişiler tarafından yapılan satış ve tashih işlemleri sonrası taşınmaz, 22/2/2007 tarihinde M. G. A. Management Emlak Yönetim A.Ş. adına "iki katlı betonarme market" nitelikli olarak tapuda tescil edilmiştir.

11. Başvurucu kamulaştırma sonucu mülkiyeti devredilen ancak imar planındaki konumu değiştirilerek üçüncü kişilere satılan taşınmazın dava tarihindeki değeri ile ödenen kamulaştırma bedelinin arasındaki farkın tahsili istemiyle 13/9/2011 tarihinde Büyükşehir Belediyesi aleyhine Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır.

12. Mahkeme 31/5/2012 tarihli ve E.2011/678, K.2012/413 sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Mahkememizce yapılan incelemede Yargıtay 5. Hukuk Dairesi Başkanlığının E.2011/16566, K.2012/5320 sayılı [ilamı şöyledir]: '.. Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden; dava konusu taşınmazın tamamının 1/1000 ölçekli imar planında spor tesisleri alınında kaldığından davacıların da talebi üzerine 17/03/1998 de kamulaştırılmasına karar verildiği, davacıların paylarına düşen 75.530,48 TL karşılığı davalı idareyle anlaşmaya vardıkları ve [4/11/1983 tarihli ve] 2942 sayılı [Kamulaştırma] Kanunu'nun 8. maddesi gereğince davacıların hisselerinin satış suretiyle Gaziantep Büyükşehir Belediyesi adına tescil edildiği anlaşılmıştır.

Davaya konu taşınmazın anlaşma yoluyla kamulaştırıldığı ve ferağ verilmek suretiyle davacı idare adına tapuya tescil edildiği sabittir.

Bu nedenle 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca taşınmaz maliki ile varılan uzlaşma sonucu yapılan kamulaştırmalara karşı dava alçılamayacağından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi..'

Dosya kapsamından tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda yukarıda açıklandığı üzere Yasa ve Yargıtay İçtihatları gereğince ayrıntılı, detaylı inceleme yapılmış olup, yukarıda gerekçesi de yazılı olduğu üzere davanın yasal şartları oluşmadığından reddine, karar vermek gerekmiştir."

13. Temyiz edilen karar Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 27/12/2012 tarihli ve E.2012/19211, K.2012/28943 sayılı ilamıyla onanmıştır.

14. Başvurucunun karar düzeltme istemi Dairenin 30/5/2013 tarihli ve E.2013/6098, K.2013/11248 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

15. Başvurucu 2/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

2. Başvuru Tarihinden Sonra Gerçekleşen Olaylar

16. Başvurucu 22/4/2014 tarihinde yargılamanın iadesi talebinde bulunmuş, Mahkemenin 11/11/2014 tarihli ve E.2014/585, K.2014/996 sayılı kararı ile 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinde belirtilen koşulların oluşmadığı gerekçesiyle yargılamanın iadesi talebinin reddine karar verilmiştir.

3. Diğer İlgili Olaylar

17. Başvurucunun paydaşı olduğu taşınmazın diğer paydaşlarından C.K. ve G.K. yine kamulaştırılan taşınmazın amacına uygun kullanılmadığı gerekçesiyle iadesi veya bedelinin tazmini istemiyle Gaziantep Büyükşehir Belediyesi aleyhine 25/6/2010 tarihinde Gaziantep 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır.

18. Mahkeme 29/6/2011 tarihli ve E.2010/366, K.2011/390 sayılı kararı ile davanın kabulüne karar vermiştir.

19. Karar temyiz edilmiş, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 20/3/2012 tarihli ve E.2011/16566, K.2012/5320 sayılı ilamıyla 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 8. maddesi uyarınca taşınmaz maliki ile varılan uzlaşma sonucu yapılan kamulaştırmalara karşı dava açılamayacağı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 20/3/2012 tarihli ve E.2012/11689, K.2012/17119 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

20. Mahkemenin 8/1/2013 tarihli ve E.2012/764, K.2013/3 sayılı kararı ile önceki hükümde direnilmesine karar verilmiştir.

21. Direnme hükmünün temyizi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/11/2013 tarihli ve E.2013/5-381, K.2013/1597 sayılı ilamıyla İlk Derece Mahkemesinin 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin somut olayda uygulanma yerinin bulunmadığına ilişkin direnme hükmünün yerinde görüldüğü belirtilerek bu Kanun'un 22. ve 23. maddelerine ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Yargıtay 5. Hukuk Dairesine gönderilmesine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Hukuk Genel Kurulu'nca işin esasına yönelik yapılan görüşmeler sonucu; tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, 2942 sayılı Kanun'un 8/7. maddesinde belirtilen 'Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılamaz.' hükmünün anlaşma yoluyla da olsa kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı kalmaması sebebiyle satılmasından sonra idarenin kamulaştırmadan sonraki davranışlarını düzenleyen aynı kanunun 22 ve 23. maddeleri gereğince açılacak davaları kapsamadığı, 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin somut olayda uygulama yerinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

hal böyle olunca; Yerel Mahkemece, 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin somut olayda uygulama yerinin bulunmadığına ilişkin direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu kabul edilmiş ve bu yöne ilişkin olarak direnme kararının onanması gerekmiştir.

Ne var ki, somut olayda değerlendirilmesi gereken 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 22 ve 23. maddeleri Özel Dairece incelenmediğinden, davalı idare vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazlarının incelenmesi için dosya Özel Daireye gönderilmelidir."

22. Dairenin 5/11/2014 tarihli ve E.2014/14189, K.2014/25072 sayılı ilamıyla hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"... [2942 sayılı] Kanun'un 22. maddesine 13/9/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun ile eklenen ve [bu] Kanun'un geçici 9. maddesi ile devam eden davalarda da uygulanması benimsenen üçüncü fıkra ile kamu-

laştırılan taşınmazlara, bu işlemin kesinleşmesinden itibaren kamu hizmetine tahsisi lüzumu kalmaması halinde mal sahiplerinin yasadan kaynaklanan yetkilerini kullanabilmeleri için beş yıllık hak düşürücü süre öngörülmüş olup, somut olayda, kamulaştırmanın kesinleştiği 1998 yılından davanın açıldığı tarihe kadar bu sürenin dolması nedeniyle mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerektiğinden, ..."

23. Karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 16/3/2015 tarihli ve E.2015/1666, K.2015/4803 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

24. Bozma ilamı sonrası devam edilen yargılama ise henüz sonuçlanmamıştır.

B. İlgili Hukuk

25. 2942 sayılı Kanun'un *"Satın alma usulü"* başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"İdarelerin, bu Kanuna göre, tapuda kayıtlı olan taşınmaz mallar hakkında yapacağı kamulaştırmalarda satın alma usulünü öncelikle uygulamaları esastır.

...

...

İdare, kıymet takdir komisyonunca tespit edilen tahmini bedeli belirtmeksizin, kamulaştırılması kararlaştırılan taşınmaz mal, kaynak veya bunların üzerindeki irtifak haklarının bedelinin peşin veya bu Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılıyor ise, bu fıkradaki usullere göre taksitle ödenmesi suretiyle ve pazarlıkla satın almak veya idareye ait bir başka taşınmaz malla trampa yoluyla devralmak istediğini resmi taahhütlü bir yazıyla malike bildirir.

Malik veya yetkili temsilcisi tarafından, bu yazının tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde, kamulaştırmaya konu taşınmaz malı pazarlıkla ve anlaşarak satmak veya trampa isteği ile birlikte idareye başvurulması halinde; komisyonca tayin edilen tarihte pazarlık görüşmeleri yapılır, tespit edilen tahmini değeri geçmemek üzere bedelde veya trampada anlaşmaya varılması halinde, yapılan bu anlaşmaya ilişkin bir tutanak düzenlenir ve anlaşma konusu taşınmaz malın tüm hukuki ve fiili vasıfları ile kamulaştırma bedelini içeren tutanak malik veya yetkili temsilcisi ve komisyon üyeleri tarafından imzalanır.

İdarece, anlaşma tutanağının tanzim tarihinden itibaren en geç kırkbeş gün içinde, tutanakta belirtilen bedel ödenmeye hazır hale getirilerek, bu durum malike veya yetkili temsilcisine yazıyla bildirilerek tapuda belirtilen günde idare adına tapuda ferağ vermesi istenilir. Malik veya yetkili temsilcisi tarafından idare adına tapuda ferağ verilmesi halinde, kamulaştırma bedeli kendilerine ödenir.

Bu madde uyarınca satın alınan veya trampa edilen taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkı, sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılır ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılamaz.

Anlaşma olmaması veya ferağ verilmemesi halinde bu Kanunun 10 uncu maddesine göre işlem yapılır."

26. 2942 sayılı Kanun'un *"Vazgeçme, iade ve devir"* başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 24/4/2001 - 4650/13 md.) Kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması halinde, keyfiyet idarece mal sahibi veya mirasçılarına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulur. (Değişik ikinci ve üçüncü cümleler: 10/9/2014 - 6552/100 md.) Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz.

Ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmayarak bu Kanunun 30 uncu veya 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 23 üncü maddesine göre işlem yapılır."

27. 2942 sayılı Kanun'un *"Mal sahibinin geri alma hakkı"* başlıklı 23. maddesi şöyledir:

"Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

(Ek fıkra: 10/9/2014-6552/100 md.) Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz.

Aynı amacın gerçekleşmesi için birden fazla taşınmaz mal birlikte kamulaştırıldığı takdirde bu taşınmaz malların durumunun bir bütün oluşturduğu kabul edilerek yukarıdaki fıkralar buna göre uygulanır.

Özel kanunlarda bu maddenin uygulanmayacağına ilişkin hükümler saklıdır. 1164 sayılı Arsa Ofisi Kanununa dayanılarak yapılan kamulaştırmalarda ve bu Kanunun 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında belirtilen hallerde yapılacak kamulaştırmalarda bu madde hükmü uygulanmaz."

28. 2942 sayılı Kanun'a 6552 sayılı Kanun'un 101. maddesi ile eklenen geçici 9. maddesi şöyledir:

"Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir."

29. Anayasa Mahkemesinin 14/5/2015 tarihli ve E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararı ile 2942 sayılı Kanun'a10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un

101. maddesi ile eklenen geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile"* ibareleri iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"... 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaklarını ve dava açamayacaklarını öngören üçüncü fıkrası hükmü, mevcut hukuki durumu teyit etmekle sınırlı bir etkiye sahip olup hukuk dünyasına bir yenilik getirmemektedir. Dolayısıyla 23. maddenin üçüncü fıkrasının mevcut davalara da uygulanması, malikin durumunu eskiye nazaran ağırlaştırmayacağından kuralın bu bölümünde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Buna karşılık, kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının sona ermesi durumunda da malike iade edilebilmesi imkânının ortadan kaldırılmasının, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşenler haricindeki iade işlemleri için mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedeline ek olarak kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizini de ödemeleri mecburiyeti getirilmesinin, idarenin 7201 sayılı Kanun'a göre yapılan tebligat üzerine taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma haklarının da düşeceğinin öngörülmesinin, bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağının düzenlenmesinin, mal sahibi veya mirasçılarının hukuki durumlarını ağırlaştıracağı açıktır. Mal sahibi veya mirasçılarının daha önce yararlanabildiği birtakım imkânları sona erdiren veya bunlara daha önce var olmayan bazı yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin, yürürlüğe girme tarihinden önceki olay ve durumlara da uygulanacağının düzenlenmesi, kişilerin işlemin yapıldığı tarihte var olmayan, dolayısıyla öngörmeleri mümkün bulunmayan kurallara tabi kılınmaları sonucunu doğurmakta, böylece kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hukuki güvenliklerini ihlal etmektedir.

Hukuk güvenliği, kişilerin hangi somut eylem ve işleme hangi sonuçların bağlandığını bilebilecekleri ve buna göre davranışlarını ayarlayabilecekleri bir hukuk düzeninin kurulmasını zorunlu kılarken dava konusu kural, işlemin yapıldığı tarihte işlemin tabi olduğu hukuki sonucu işlem tarihinden sonra değiştirerek kişilerin davranışlarını kurala göre ayarlayabilme imkânını orta-

dan kaldırmakta ve mülkiyet haklarına yönelik hukuki güvenliklerini zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddeninbirinci cümlesinde yer alan '…22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…' ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

30. 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun *"İmar programları, kamulaştırma ve kısıtlılık hali"* kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik etmek üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. Beş yıllık imar programlarının görüşülmesi sırasında ilgili yatırımcı kamu kuruluşlarının temsilcileri görüşleri esas alınmak üzere Meclis toplantısına katılır. Bu programlar, belediye meclisinde kabul edildikten sonra kesinleşir. Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. Bu amaçla gerekli ödenek, kamu kuruluşlarının yıllık bütçelerine konulur.

İmar programlarında, umumi hizmetlere ayrılan yerler ile özel kanunları gereğince kısıtlama konulan gayrimenkuller kamulaştırılıncaya veya umumi hizmetlerle ilgili projeler gerçekleştirilinceye kadar bu yerlerle ilgili olarak diğer kanunlarla verilen haklar devam eder."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 21/4/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, spor alanı yapılması amacıyla Büyükşehir Belediyesi tarafından kamulaştırılan taşınmazın bu kamu yararı amacına uygun kullanılmayıp imar planında yapılan değişiklik ile ticari alana çevrilerek üçüncü kişilere satılması üzerine 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerine göre geri alma hükümlerine dayalı olarak açtığı tazminat davasının 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bu davanın açılamayacağı gerekçe gösterilerek reddedilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının; yargılama

sırasında benzer bir davada karar verildiği belirtilerek bu davanın bekleti-ci mesele yapılması talep edilmesine rağmen yargılamanın sonuçlandırıl-ması nedeniyle adil yargılanma hakkının, aynı konuya ilişkin açılan başka bir davanın kabul edilmesine rağmen somut olayda davanın reddedilmesi nedeniyle de eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş, 45.000.000 TL tutarında tazminata ve yeniden yargılamaya karar verilmesi talebinde bu-lunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Anayasa Mahkemesi olayların başvurucu tarafından yapılan huku-ki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini ken-disi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında ayrıca adil yargılanma hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurucunun hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığına dair somut bir bilgi veya belge sunmadığı anlaşılmış olup başvurucunun bütün şikâyetleri mülki-yet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenecektir.

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

2. Esas Yönünden

35. Başvurucu, Büyükşehir Belediyesi tarafından kamulaştırılan taşın-mazının kamu yararı amacına uygun kullanılmayıp imar planında yapı-lan değişiklik ile ticari alana çevrilerek üçüncü kişilere satılması üzerine 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerine göregeri alma hükümlerine dayalı olarak açtığı tazminat davasının 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca bu davanın açılamayacağı gerekçe gösterilerek reddedilmesi ne-deniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

36. 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."*

37. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır (*Habibe Kalender ve diğerleri*, B. No: 2013/3845, 1/12/2015, § 38).

38. Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35. maddesi ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35. maddesi de mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna ek olarak 35. madde sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılacağını ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını belirterek toplum yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması gerektiğini de ifade etmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, §§ 40, 41).

39. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele "mülkiyet hakkına" yönelik bir müdahale bulunup bulunmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda varlığı kabul edilen müdahalenin kanuni dayanağı olup olmadığı, meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı, müdahalenin amacı ve kullanılan araçlar ile başvurucuya yüklenen külfetin ölçülü olup olmadığı hususlarının tespit edilmesi gerekir.

a. Mülkün Varlığı

40. Başvurucu taşınmazının kamu yararı amacıyla kamulaştırıldığı hâlde bu amaca uygun olarak hiç kullanılmayıp kamulaştırıldıktan kısa bir süre sonra üçüncü kişilere devredildiğinden yakınmaktadır.

41. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı; mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti, makul bir

şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir iddianın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma şansının yüksek olduğunu gösteren yerleşik ve istikrarlı bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Meşru beklentiden söz edebilmek için bir uyuşmazlık ya da ciddi bir iddianın varlığı yeterli değildir, iç hukukta yasa ya da yerleşik içtihada dayalı yeterli temeli olan bir beklenti bulunması gerekir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37).

42. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruması kapsamında olan meşru beklentiye dayalı mülkiyet hakkının tespiti, mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tanıma mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır (*Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/845, 20/11/2014, § 37). Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Hüseyin Remzi Polge,* B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 35).

43. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kamulaştırılan bir taşınmazın kamu yararı amacıyla kullanılmaması durumunda sahibine iade edilmesi yönünde en azından bir "meşru beklenti" oluşturduğunu ve bunun Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında mülk teşkil ettiğini belirtmektedir (*Karaman/Türkiye*, B. No: 6489/03, 15/1/2008, § 29; *Motais de Narbonne/Fransa*, B. No: 48161/99, § 18). Kaldı ki AİHM, *Beneficio Cappella Paolini/Malta* (B. No: 40786/98, 13/7/2004, §§ 33, 34) kararında ise kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazın kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması hâlinde bile taşınmazın kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından sorun teşkil ettiğini belirtmiştir.

44. 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde kamulaştırılan taşınmazın mal sahibinin geri alma hakkı düzenlenmiştir. Bu konuya ilişkin Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 13/1/2014 tarihli ve E.2013/19896, K.2014/88 sayılı kararı şöyledir:

> *"Kamulaştırma Kanunu'nun 22 ve 23. maddelerinin içeriği ve düzenlenme şekli dikkate alındığında 22. maddenin idareye yükümlülük, 23. maddenin ise malike hak verdiği anlaşılmaktadır. Buna göre, Yasanın 22. maddesinde idarenin kamulaştırılan taşınmaza kamulaştırma amacına veya kamu yararına*

yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmadığı yönünde iradesi (kamulaştırmanın kesinleşmesinden sonra vazgeçme) sözkonusu olup, böyle bir sonuca ulaşılması halinde idareye keyfiyetin öncelikle mal sahibine duyurulması yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek taşınmazı üçüncü kişiye satması durumunda ise yasadaki düzenlemeler çerçevesinde mal sahibine kamulaştırma bedeli dışında kalan bedeli isteme hakkı tanınmıştır. 23. maddede ise idarenin kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsis iradesi devam etmekle birlikte, bu amaca uygun herhangi bir işlem ve tesisat yapılmayarak olduğu gibi bırakılması nedeniyle yasada öngörülen süreler içerisinde mal sahibine taşınmazı geri alma hakkı verilmiştir. Ancak, 22. maddeye göre idare taşınmaza ihtiyacı kalmasa bile, beş yıl süre ile kamulaştırılan taşınmazı amacına uygun olarak kullanmış veya tesis yapmış ise, mal sahibi veya mirasçılarının dava hakkı bulunmamaktadır. Kaldı ki 22. maddeye göre bu hakkın kullanılması için taşınmazın tamamının kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılması gerekmemekte, bir kısmının dahi kullanılması durumunda iade zorunluluğu ortadan kalkmaktadır.

Yine 22. maddedeki düzenlemeye göre, kamulaştırılan taşınmaz kamulaştırma amacı doğrultusunda veya üzerine tesis, yapı ve donatı yapılmasına rağmen beş yıl kullanılmaması halinde idarece satılmak istenirse öncelikle mal sahibi veya mirasçılarına müracaat edilmeli, bunların taşınmazı geri almak istememeleri durumunda üzerinde tasarrufta bulunmalıdır. Taşınmaz mal kamulaştırılmasına rağmen üzerinde hiçbir tesis, yapı veya donatı yapılmaz ya da kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmaz ve idarece yasadaki usule uyulmaksızın satılırsa süre şartı aranmadan mal sahipleri veya mirasçıları kamulaştırma bedeli dışında kalan bedeli isteme hakkını kullanabilir."

45. Dolayısıyla benzer olaylara ilişkin Yargıtay uygulamasına göre, taşınmaz mal kamulaştırılmasına rağmen üzerinde hiçbir tesis, yapı veya donatı yapılmaz ya da kamulaştırma amacı doğrultusunda kullanılmaz ve idarece yasadaki usule uyulmaksızın satılırsa süre şartı aranmadan mal sahipleri veya mirasçıları kamulaştırma bedeli dışında kalan bedeli isteme hakkını kullanabilir.

46. Öte yandan ihlal iddiasına konu taşınmaza ilişkin olarak tazminat istemiyle açılan davada verilen karar Yargıtay Dairesince karar düzeltme isteminin reddedildiği 30/5/2013 tarihinde kesinleşmiş olup geri alma hükümlerine dayalı dava açma sürelerini sınırlayan ve 2942 sayılı Kanun'a 10/9/2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 100. maddesiyle eklenen 22.

maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, 23. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 9. madde hükümlerinin somut olayda uygulanma olanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

47. Başvuru konusu olayda, başvurucunun taşınmazı Büyükşehir Belediyesince spor alanı yapılması amacıyla 24/4/1998 tarihinde kamulaştırılmış ancak 20/7/1998 tarihinde imar durumu ticari alan olarak değiştirilmiş ve 2/11/1998 tarihinde üçüncü kişilere satılmıştır (bkz. §§ 9, 10). Buna göre uyuşmazlığa konu taşınmazın kamu yararı amacıyla hiç kullanılmamış olduğu görülmektedir. Dolayısıyla somut olay uzunca bir süre kamu yararı amacıyla kullanılan taşınmazın değişen koşullar neticesinde üçüncü kişilere devredilmesi hakkındaki Anayasa Mahkemesinin *Habibe Kalender ve diğerleri* kararından bu yönleriyle ayrılmaktadır. Zira anılan kararda ihlal iddiasına konu edilen taşınmaz kamulaştırma amacına uygun bir şekilde yaklaşık yirmi yıl boyunca kullanılmış olup kamulaştırma işleminden sonra ihtiyaca lüzum kalmamasının veya beş yıl içinde işlem yapılmamasının söz konusu olmadığı belirtilerek mülkiyet hakkı kapsamında bir meşru beklenti oluşturmadığı ifade edilmiştir (*Habibe Kalender ve diğerleri*, §§ 45, 48).

48. Somut olayda ise başvurucunun taşınmazı kamulaştırıldıktan sonra kamu yararı amacıyla kullanılmamış ve kamulaştırıldıktan kısa bir süre sonra üçüncü kişilere devredilmiştir. Bu nedenle kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı amacıyla kullanılmaması nedeniyle iade edilmesi yönünde başvurucunun bir meşru beklentisi söz konusudur.

49. Bu itibarla kamu yararı amacına dayalı olarak kamulaştırılan başvurucuya ait taşınmaz mülkiyetinin Anayasa'nın 35. maddesindeki güvence kapsamına girdiğinde kuşku bulunmamaktadır (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 25). Kaldı ki kamulaştırılan taşınmazın dayandığı kamu yararı amacına uygun kullanılmaması, taşınmazın başvurucuya iadesi yönünden en azından bir meşru beklenti de oluşturmaktadır. Buna göre başvuru konusu olayda Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının varlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

50. Anayasa'nın 35. maddesi ile Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Ek Protokol'ün 1. maddesi birbirine paralel şekilde düzenlenmiş olup 1 No.lu Ek Pro-

tokol'ün 1. maddesi üç temel kuraldan oluşmaktadır. Birinci kural genel olarak mülkiyetten barışçıl yararlanma veya mülkiyete saygı ilkesidir. Bu husus birinci fıkranın ilk cümlesinde düzenlenmiştir. İkinci kural mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenler ve bunu belirli koşullara bağlı kılar. Bu da aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenmiştir. Üçüncü kural ise devletlerin kamu yararına uygun olarak ve bu amacın gerektirdiği ölçüde yasaların uygulanması yoluyla mülkiyetin kullanımını kontrol etme yetkisini tanır bu ise ikinci fıkrada yer almaktadır (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, §§ 58, 59).

51. Başvurucunun maliki olduğu taşınmazın kamu yararı amacıyla kamulaştırılması ancak kamulaştırıldıktan sonra kamu yararı amacına uygun kullanılmayıp üçüncü kişilere devredilmesi mülkiyetten yoksun bırakma sonucunu doğurduğundan (*Karaman/Türkiye*, § 29; *Motais De Narbonne/Fransa*, § 18) Anayasa'nın 35. maddesi anlamında sahip olunan mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu açık olup başvurunun mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

52. Başvuru konusu olayda uyuşmazlık konusu taşınmaz, 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca satın alma usulü çerçevesinde anlaşma suretiyle yasada öngörülen yöntemince kamulaştırılmıştır. Ancak başvurucu, esas itibarıyla bu kamulaştırmanın gerçek bir kamu yararı amacına dayanmadığını ileri sürmektedir.

i. Genel İlkeler

53. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmektedir. Toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla ifade edilen ve bireysel çıkardan farklı onun üstünde ortak bir yarar olan kamu yararı Anayasa'nın 35. maddesinin mülkiyet hakkı açısından öngördüğü özel sınırlandırma sebebi olup genel yarar ve toplumsal yarar gibi ifadeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır (AYM, E. 1999/46, K. 2000/25, 20/09/2000). 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 oluştura-

rak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (*Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, § 28).

54. Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel öğesinin *"kamu yararı"* olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının malikin rızası olmaksızın kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir. Kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddenin birinci fıkrasında *"Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hâllerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir."* denmektedir. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal ögeleridir (AYM, E.2004/25, K.2008/42, 17/1/2008).

55. Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Özellikle kişileri bedelini ödeyerek mülkiyetlerinden yoksun bırakmayı düzenleyen yasalar gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasını belirleyen düzenlemeler konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olması doğaldır. Açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça yasama organının neyin kamu yararına olduğuna dair verdiği karara saygı duyulmalıdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Kural olarak kamu makamları ekonomik veya toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmişlerse burada meşru bir kamu yararı amacının bulunduğunu varsaymak gerekir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise örneğin kamulaştırma gibi hususlarda uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Bu nedenle müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, 35).

56. 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. Makul bir temelden açıkça yoksun olan düzenlemelerin ve uygulamaların ise kamu yararının tespitine ilişkin takdir yetkisi kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (*Yunis Ağlar*,§ 29).

ii. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

57. Başvurucunun taşınmazdaki payının kamu yararı amacıyla kamulaştırılmasına rağmen bu amaç doğrultusunda kullanılmaması nedeniyle Gaziantep 1.Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı tazminat davası Mahkemece 31/5/2002 tarihihinde 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca taşınmaz maliki ile varılan uzlaşma sonucu yapılan kamulaştırmalara karşı dava açılamayacağı gerekçesiyle reddedilmiş (bkz. § 12), temyiz üzerine hüküm Yargıtay 5. Hukuk Dairesince 27/12/2012 tarihinde onanmış, karar düzeltme istemi de aynı Dairenin 30/5/2013 tarihli ilamıyla reddedilmiştir (bkz. §§ 13, 14).

58. Somut olayda başvurucunun açtığı davanın reddine dair kararın gerekçesinde 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinin yedinci fıkrasına dayanılmıştır. Bu hükümde, anılan maddede düzenlenen satın alma usulüne göre satın alınan veya trampa edilen taşınmazın sahibinden kamulaştırma yolu ile alınmış sayılacağı ve bu şekilde yapılan kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılamayacağı düzenlenmiştir. Uyuşmazlık konusu taşınmazın diğer paydaşları tarafından açılan başka bir davada verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27/11/2013 tarihli ve E.2013/5-381, K.2013/1597 sayılı ilamında ise anılan madde hükmünün anlaşma yoluyla da olsa kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı kalmaması sebebiyle satılmasından sonra idarenin kamulaştırmadan sonraki davranışlarını düzenleyen aynı Kanun'un 22. ve 23. maddeleri gereğince açılacak davaları kapsamadığı belirtilmiştir.

59. Bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesinin görevi Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan haklar kapsamındaki güvencelerin somut olayda sağlanıp sağlanmadığını incelemektir. Buna göre Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan hak ve özgürlüklere müdahale edilmedikçe derece mahkemelerinin maddi vakıaları ve delilleri değerlendirmesi, hukuk kurallarını yorumlaması ve uygulaması ile uyuşmazlığın sonucunun esas yönünden adil olup olmaması Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuru incelemesine konu olmayacaktır (*Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, §§ 53, 54).

60. Nitekim AİHM de Sözleşme'yle korunan hakları veya özgürlükleri ihlal etmedikçe iç hukuku uygulamakla ve yorumlamakla öncelikle yükümlü olan ulusal yargı mercileri tarafından işlendiği iddia edilen maddi

veya hukuki hataları incelemekle görevli olmadığını, bir düzenlemenin soyut bir şekilde ele alınmasının da gerekli görülmediğini, Mahkemeye düşen görevin ilgili iç hukukun uygulanma şeklinin Sözleşme'yle bağdaşıp bağdaşmadığını denetlemekten ibaret olduğunu belirtmektedir (*Karaman/Türkiye*, § 30).

61. Başvurucunun temel şikâyeti, yöntemine uygun olarak anlaşma suretiyle yapılan kamulaştırmanın kamu yararı amacıyla yapılmasına karşın sonradan bu amaç doğrultusunda taşınmazın kullanılmaması nedeniyle kamulaştırmanın dayanağının ortadan kalktığı ve taşınmazın üzerinden gelir elde edildiği, bu nedenle oluşturulan artı değerden kendisinin yoksun bırakıldığı iddiasına yöneliktir. Davanın reddedilmesinin dayanağı olan 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ise anlaşma suretiyle kamulaştırılan taşınmazlar yönünden kamulaştırmaya veya bedeline karşı itiraz davaları açılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Somut olayda ise başvurucu kamulaştırma işlemine veya bedeline yönelik bir itirazda bulunmamıştır.

62. Kaldı ki 2942 sayılı Kanun'un 8. maddesinde böyle bir sınırlamanın mevcut olduğu kabul edilse dahi bunun Anayasa'nın 35. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına kamu yararı amacı dayanağı olmadan kamulaştırma yoluyla yapılan müdahalenin bu güvencelere aykırı olduğu sonucunu değiştirmeyeceği sadece yasama işleminin uygulanması nedeniyle müdahalenin kaynağı bakımından bir farklılık oluşturacağı açıktır. Nitekim 2942 sayılı Kanun'un 35. maddesindeki *"İmar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle, özel parselasyon sonunda malikinin muvafakatı ile kamu hizmet ve tesisleri için ayrılmış bulunan yerler için eski malikleri tarafından mülkiyet iddiasında bulunulamaz ve karşılığı istenemez."* hükmü doğrultusunda taşınmazın iade edilmesi talebinin reddedilmesi üzerine yapılan bir başvuruda AİHM, taşınmazın kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmediğine bakılmaksızın önceki maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edilememesi sonucunu doğuran anılan hükmün uygulanmasının Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi ile bağdaşmadığını belirtmiştir (*Karaman/Türkiye*, §§ 33, 34).

63. Somut olayda başvurucunun uyuşmazlığa konu taşınmazdaki payı Büyükşehir Belediyesince imar planında 100. Yıl Atatürk Kültür Parkı spor alanı içinde kaldığı gerekçesiyle kamulaştırılmıştır.

64. Toplum yaşamını yakından etkileyen fiziksel çevrenin sağlıklı bir yapıya kavuşturulması ve toprağın koruma ve kullanma dengesinin en rasyonel biçimde belirlenmesi için hazırlanan imar planları kamu yararı amacını taşıması gereken belgelerden olup bu hususlara riayet edilip edilmediği, planlanan yörede bulunan taşınmazların imar planında tahsis edildikleri amaç yönünden şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve kamu yararına uygun düşüp düşmediği yargısal denetimde irdelenebilmektedir (*Yunis Ağlar*, § 37). Somut başvuru açısından ise imar planlarının yargısal denetimi hususunda herhangi bir iptal davası açılmadığı ve başvurucunun taşınmazdaki payının da anlaşma suretiyle kamulaştırıldığı görüldüğünden esasen yapılan imar düzenlemesinin ve bu düzenlemeye dayalı kamulaştırmanın 3194 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile 2942 sayılı Kanun hükümleri uyarınca kamu yararı amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

65. Ancak mülkiyetten yoksun bırakan bir işlemin salt soyut olarak kamu yararı amacının bulunması kural olarak yeterli olmayıp ayrıca kamu yararı amacının dayandığı sebeplerin somut olarak gerçekleştirilmesi de gerekmektedir (*Motais de Norbonne/Fransa*, § 20).

66. Başvuru konusu olayda ise başvurucunun payının bulunduğu taşınmaz bakımından Büyükşehir Belediyesi Meclisi tarafından 20/7/1998 tarihinde imar planı tadilatı yapılarak taşınmazın imar durumu ticari alan olarak belirlendiği ve taşınmazın Büyükşehir Belediyesince 2/11/1998 tarihinde ihale yoluyla üçüncü kişilere satılarak devredildiği anlaşılmaktadır (bkz. § 10).

67. Benzeri başvurulara ilişkin AİHM kararları incelendiğinde *Beneficio Cappella, Paolini/Malta* ve *Karaman/Türkiye* kararlarında, usulüne uygun kamulaştırılmış bir taşınmazın kısmen dahi olsa idareye devri sırasında öngörülen şarta aykırı olarak kamu yararı amacına yönelik kullanılmamasının bu taşınmaz bölümüne ilişkin mülkiyet hakkı yönünden Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin gereklerine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiş (*Beneficio Cappella Paolini/Malta,* §§ 30-34; *Karaman/Türkiye* §§ 24-34); *Motais de Norbonne/Fransa* kararında da bir taşınmazın kamulaştırıldıktan sonra uzunca bir süre kamulaştırmanın dayandığı kamu yararına ilişkin projenin uygulanmamasının ve bu zaman diliminde meydana gelen artı değerden başvurucunun yoksun bırakılmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiği açıklanmıştır (*Motais de Norbonne/Fransa,* §§ 16-23).

68. Somut olayda kamu yararı kararında açıklanan amaç kamuya açık bir parkta spor alanı oluşturmak olup bu amaçla imar düzenlemesi ve kamulaştırma işlemi yapılmıştır. Kamulaştırma işlemi yapıldıktan sonra ise başvurucunun payının bulunduğu taşınmaz, bu kamu yararı amacının gerektirdiği şekilde spor alanına dönüştürülmemiş, kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihten yaklaşık yedi ay gibi kısa sayılabilecek bir süre içerisinde ticari alana dönüştürülerek bu taşınmazın bir bölümü üçüncü kişilere satılmıştır. Diğer bir deyişle idare, kamulaştırılan taşınmaz yönünden kamu yararı kararında belirtilen amacı gerçekleştirmediği gibi esasında bu taşınmazı herhangi bir başka kamu yararı amacı doğrultusunda dahi kullanmamıştır. Üstelik Büyükşehir Belediyesi imar planında "spor alanı" olduğu gerekçesiyle kamulaştırdığı taşınmazın imar durumunu "ticari alan" olarak değiştirmiş, kamulaştırılan taşınmaz yönünden yaptığı bu değişiklikle bir artı değer oluşturmuş ancak bu artı değerden başvurucuyu yoksun bırakarak taşınmazın bir bölümünü bu şekilde özel kişilere devretmiştir. Buna göre idare, kaynağını Anayasa ve yasalardan alan imar düzenlemeleri ve kamulaştırma işlemleriyle yöntemince kamu yararına dayalı olarak mülkiyetini devraldığı taşınmaz bölümünü, başvurucuyu mülkiyetinden yoksun bırakmaya yol açan bu işlemlerin dayandığı kamu yararı amacını somut olarak gerçekleştirmeden devretmek suretiyle başvurucunun meşru bir rızası da olmadan sadece yararına gelir sağlayıcı bir mülkiyet transferine yol açmıştır. Dolayısıyla başvurucunun taşınmazdaki payına ilişkin mülkiyet hakkına kamulaştırmanın dayandığı kamu yararı amacı bulunmadan müdahale edilerek Anayasa'nın 35. maddesindeki güvencelere aykırı olarak başvurucu mülkiyetten yoksun bırakılmıştır.

69. Sonuç olarak kamulaştırma yoluyla yapılan müdahale bakımından kamu yararı amacının somut olarak gerçekleştirilmemesi nedeniyle başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan meşru amaç unsurunu taşımadığı kanaatine varılmıştır. Başvurucunun mülkiyet hakkına meşru amaç unsuru gerçekleşmeden müdahalenin yapıldığı sonucuna varılmakla ayrıca orantılılık incelemesi yapılmasına gerek görülmemiştir.

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

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

71. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."*

72. Başvurucu 45.000.000 TL tutarında tazminata ve yeniden yargılamaya karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

73. Başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

74. Mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

75. Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali nedeniyle yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesinin yeterli tatmini sağladığı değerlendirildiğinden tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. 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 Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun 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

21/4/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

TASFİYE HÂLİNDE CEMTUR SEYAHAT VE TURİZM LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/865)

Karar Tarihi: 1/6/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 1/7/2016-29759

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekilleri	:	Burhan ÜSTÜN
		Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raporlör	:	Selami ER
Başvurucu	:	Tasfiye Hâlinde Cemtur Seyahat ve Turizm Ltd. Şti.
Temsilcisi	:	Tasfiye Memuru Ali Nedim TOKSOY
Vekil	:	Av. Kemal EROL

I. **BAŞVURUNUN KONUSU**

1. Başvuru; personel taşıma hizmeti verilen Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık AŞ'den (borçlu Şirket) yargı kararıyla kesinleşen alacağın, bu Şirketin yönetim ve denetimine el koyan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (TMSF) kanunla kendisine verilen yetkileri keyfî biçimde ve üçüncü kişilerin haklarını ihlal edecek şekilde kullanarak yaptığı müdahaleler nedeniyle tahsil edilememesi ve davaların sonuçsuz kalması, yargılamanın makul sürede tamamlanmaması, talebe rağmen Danıştayda duruşmalı yargılama yapılmaması ve kararların gerekçesiz olması nedenleriyle adil yargılanma ve mülkiyet hakkı ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. **BAŞVURU SÜRECİ**

2. Başvuru 24/1/2013 tarihinde İstanbul İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 23/10/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölümün 12/12/2013 tarihli ara kararı gereğince başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlığın 18/2/2014 tarihli görüş yazısı 4/3/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş, başvurucu vekili Bakanlık cevabına karşı beyanlarını süresi içinde 13/3/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

6. Bakanlığın görüş yazısında başvurucunun iddialarının TMSF'den görüş alındıktan sonra değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine Bölüm Başkanının 13/11/2014 tarihli yazısı ile TMSF'den başvurucunun iddialarıyla ilgili açıklama yapması istenmiş ve TMSF Hukuk İşleri Başkanlığı 28/11/2014 tarihli yazısı ile açıklamalarını ibraz etmiştir.

7. Birinci Bölümün 10/6/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla 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

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve ekleri ile TMSF tarafından gönderilen belgelerde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, borçlu Şirkete hizmet sözleşmesi gereği personel taşıma hizmetleri vermiş ve aralarında çıkan anlaşmazlık neticesinde 8/11/2002 tarihinde sözleşme feshedilmiştir.

10. Başvurucu, usulünce fatura edilmiş toplam 395.057 TL bedelin borçlu Şirket tarafından ödenmediği gerekçesiyle borçlu Şirket aleyhine İstanbul 7. İcra Müdürlüğü nezdinde 8/1/2003 tarihinde 2003/299, 2003/300 ve 2003/301 sayılı dosyalarla ilamsız icra takibi başlatmıştır.

1. İcra ve İflas Takibi ve Bunlara İlişkin Dava Süreçleri

11. Söz konusu borçlu Şirket tarafından 13/1/2003 tarihinde borca itiraz edilmesi üzerine yasa gereği icra takipleri durmuş ve başvurucu tarafından 24/2/2003 tarihinde borçlu Şirket aleyhine İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinde itirazın iptali davası açılmıştır.

12. Dava devam ederken TMSF 3/7/2003 tarihinde İmar Bankasına el koyarak yönetim ve denetimini devralmış, akabinde Banka ortak ve yöneticileri hakkında ceza davaları açılmıştır. Bu kapsamda Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi, İmar Bankası soruşturması kapsamında 26/8/2003 tarihli ve 2003/442 ve 2003/443 Müt. sayılı kararlarıyla Uzan Grubuna ait aralarında borçlu Şirketin de olduğu 179 şirketin zorunlu giderler dışında hak ve alacaklarının dondurulmasını; mal, kıymetli evrak ve nakit varlıkların zaptı ile tevdi makamlarına yatırılmasını içeren ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

13. TMSF 13/2/2004 tarihli ve 13 sayılı, 9/3/2004 tarihli ve 51 sayılı Kurul kararlarıyla 18/6/1999 tarihli ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'na dayanarak borçlu Şirketin de aralarında bulunduğu, kamuoyunda "Uzan Grubu" olarak bilinen 228 şirketin yönetim ve denetimine el koymuş; mevcut Yönetim ve Denetim Kurulu üyelerini azlederek yerine yeni üyeler atamıştır.

14. İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinde devam eden yargılamada Mahkeme, 27/2/2003 tarihli ara kararıyla icra dosyasının celbine karar vermiş, davaya konu sözleşmeler ile tarafların defter ve belgelerini toplamış,

7/5/2003 tarihli ara kararıyla bilirkişi tayin etmiş, 25/8/2003 tarihli bilirkişi raporu ile başvurucunun 251.891 YTL alacağı tespit edilmiş, kalan kısım hakkında mevcut belgelerle karar verilemediği belirtilmiş, 3/12/2003 tarihli duruşmada ise başvurucu vekilinin talebiyle ek bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiş, ek bilirkişi raporuyla alacak miktarı 287.790 YTL olarak belirlenmiş, başvurucu 9/3/2004 tarihli duruşmada alacak miktarını kabul ederek fazlaya ilişkin hakkından feragat etmiştir. Mahkeme 13/4/2004 tarihli ve E.2003/261, K.2004/308 sayılı kararıyla alacak konusu servis taşımacılığı hizmetinin verildiği, alacağa ilişkin faturaların ve vade farkı talebinin usulüne uygun olduğu, davalının alacaktan sorumlu bulunduğu gerekçesiyle bilirkişi raporları doğrultusunda belirlenen 287.790 YTL alacağa karşı davalının haksız ve kötü niyetli itirazının iptaline, bilirkişi raporuyla belirlenen alacağa yönelik takiplerin devamına ve alacağın %40'ı oranında icra inkâr tazminatının tahsiline karar vermiş; söz konusu karar itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir.

15. İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi E.2004/1 sayılı dosyada 11/5/2004 tarihli ara kararıyla daha önce Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin verdiği tedbir kararını genişleterek borçlu Şirketin de aralarında bulunduğu "Uzan Grubu" şirketlerinin faaliyetlerine devam edebilmesi için yapabilecekleri ödemeler listesini karara bağlamıştır. Bahsedilen kararda personel taşıma ücretleri de ödenebilir kalemler arasında sayılmıştır.

16. Başvurucu, kesinleşen karar sonrasında takibe devam etmiş; 12/5/2004 ve 26/5/2004 tarihli taleplerle İstanbul 7. İcra Müdürlüğünce aynı tarihte borçlu Şirketin menkul ve gayrimenkulleri üzerine başvurucunun alacağı miktarında haciz işlemi uygulanmış ve haciz işlemini ilgili üçüncü kişilere tebliğ etmek üzere müzekkere yazılmıştır.

17. Başvurucunun 12/5/2004 tarihli talebi ile İstanbul 7. İcra Müdürlüğünün aynı tarihli ve 4/6/2004 tarihli yazıları doğrultusunda Türk Patent Enstitüsünce 17/5/2004 ve 15/6/2004 tarihlerinde borçlu Şirket adına tescilli dört adet marka (Star, Starlife, Star Tek ve Ulusal Medya) ile İstanbul Valiliğince 18/6/2004 ve 21/6/2004 tarihlerinde başta Star gazetesi olmak üzere 118 yayın üzerine haciz kararı işlenmiştir.

18. TMSF, borçlu Şirket hakkında 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'a dayanarak 18/5/2004 tarihinde 7.739.663.000 YTL haciz işlemi uygulamıştır.

19. Tebligat çıkarılan üçüncü kişilerden bir kısmı ile Basın İlan Kurumu, (diğer kurumlar) İcra Müdürlüğüne haczin işleme alındığını ancak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun (BDDK) 7.7 milyar YTL'lik haczinin daha önceki bir sırada olduğunu ve bu borç ödendikten sonra kendi dosyalarına ödeme yapabileceklerini beyan ederek itiraz etmişler; diğer firma ve kurumlar ise borçlu Şirketin kendileri nezdinde hak ve alacağı olmadığını beyan etmişlerdir.

20. Başvurucu, ayrıca borçlu Şirket hakkında 10/6/2004 tarihinde iflas yoluyla takip talebinde bulunmuş ve İstanbul 7. İcra Müdürlüğü aynı tarihte borçlu Şirkete ödeme emri göndermiştir. TMSF yönetimindeki borçlu Şirket avukatı 3/8/2004 tarihinde Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin borçlu Şirket hakkında verdiği ihtiyati tedbir kararları ile 4389 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca İstanbul 7. İcra Müdürlüğünden başvurucunun icra takiplerinin durdurulmasını talep etmiştir.

21. Bu süreçte TMSF tarafından el konan "Uzan Grubu" şirketlerinden alacaklı olan üçüncü kişilerin Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı gereği takipleri durduran İcra Müdürlükleri aleyhine takiplerin devamı talebiyle yaptıkları şikâyetler, ilgili Mahkemelerce reddedilmiş ve bu kararlar Yargıtayca onanmıştır.

22. Başvurucunun, TMSF tarafından el konulan ve idare edilen bir başka "Uzan Grubu" şirketi olan Medya Prodüksiyon Ticaret AŞ'den olan alacağı ise haciz ihbarnamesi sonrasında tarafların 23/6/2004 tarihli anlaşması ile 19.000 TL olarak 30/6/2004 tarihinde Çapa Vergi Dairesi Müdürlüğüne ödenmiştir.

23. Başvurucunun yaptığı taleple İstanbul 7. İcra Müdürlüğü 22/10/2004 tarihinde, İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinin 13/4/2004 tarihli kararına dayanarak borçlu Şirket hakkında hükmolunan %40 icra inkâr tazminatının tahsili için tekrar ödeme emirleri gönderilmesine karar vermiştir.

24. Borçlu Şirket 8/11/2004 tarihinde, İstanbul 7. İcra Müdürlüğüne tekrar itirazda bulunmuştur. Yapılan itirazlar ile İstanbul 7. İcra Mahkemesinde 2004/1705-1706-1707 Esas sayılı davalar açılmıştır.

25. Yapılan itiraz sonrasında İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen iflas davasına TMSF vekili, 15/2/2005 tarihli dilekçesiyle müdahil olup 22/2/2005 tarihli duruşmada, Fon Kurulu kararıyla borçlu Şirketin

yönetim ve denetiminin Fona geçtiğini ve üzerinde tedbir bulunduğunu beyan etmiştir. TMSF vekili ayrıca Mahkemeye sunduğu dilekçe ile diğer itirazları yanında İstanbul 7. İcra Mahkemesinde devam eden E.2004/1705-1706-1707 sayılı dosyaların bekletici mesele yapılması gerektiği, borçlu Şirket üzerinde TMSF'nin 6183 sayılı Kanun'a göre başlattığı 7.7 milyar YTL tutarlı haciz bulunduğu, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 206. maddesine göre bu alacağın 3. sırada, başvurucunun alacağının ise 4. sırada bulunduğu, 4389 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası gereği borçlu Şirket aleyhine devam eden tüm icra ve iflas takibatının durması gerektiği yönünde beyanda bulunmuştur. Başvurucu vekili ise aynı tarihli yazılı beyanında, İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesinin önceki tedbir kararını genişleten kararını dile getirerek TMSF vekilinin itirazının iyi niyetli olmadığı yönünde beyanda bulunmuştur.

26. Mahkeme 20/12/2005 tarihli ve E.2005/745, K.2005/873 sayılı kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendi gereği Fon tarafından el konan şirketlerin iki yıl içinde iktisadi bütünlük oluşturulan mahcuzlarının Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınmasının ve satışının talep edilemeyeceği, iflaslarına karar verilemeyeceği gerekçesiyle iflas talepli davayı reddetmiştir.

27. Temyiz talebini inceleyen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 12/4/2007 tarihli ve E.2007/178, K.2007/3706 sayılı kararıyla ve "*4389 sayılı Kanunun 15/7-a maddesinin emredici hükmü gözetilerek hakkında iktisadi bütünlük kararı verilen davalı şirket aleyhine açılan iflas davasının reddedilmesinde isabetsizlik bulunmadığı*" gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesi kararını onamıştır.

28. Tekrar başlayan icra takibine yapılan aynı mahiyetteki itirazları inceleyen İstanbul 7. İcra Mahkemesi 7/6/2005 tarihli ve E.2004/1706, K.2005/539; E.2004/1707, K.2005/538; E.2004/1705, K.2005/540 sayılı kararlarıyla iflas davasının ikinci bir takip yolu sayılamayacağı ve başka bir takip de bulunmadığı gerekçesiyle itirazları reddetmiştir.

29. Temyiz edilen kararları inceleyen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 28/10/2005 tarihli kararlarıyla aynı alacakla ilgili iflas yoluyla takibin devam ettiği ve iflas yolundan sonra tekrar genel haciz yoluna dönülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle borçlu Şirketin itirazını kabul etmiş ve İstanbul 7. İcra Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarını bozmuştur.

30. İcra safhasında son olarak İstanbul 7. İcra Müdürlüğünün 28/12/2007 tarihli talebiyle İstanbul 8. İcra Müdürlüğü 3/1/2008 tarihinde başvurucunun alacağına karşılık borçlu Şirketin 8. İcra Müdürlüğünde bulunan dosyadaki alacakları üzerine 27.000 TL haciz işlemi uygulamıştır.

2. Borçlu Şirket Grubunun Satışı ve Elde Edilen Gelirin Paylaştırılması Süreci

31. TMSF Fon Kurulunun 23/6/2005 tarihli ve 249 sayılı kararıyla borçlu Şirket de dâhil olmak üzere Star Medya grubuna ait beş şirketin mal, hak ve varlıklarının iktisadi ve ticari bütünlük oluşturularak satılmasına karar verilmiş ve satışının 15/9/2005 tarihinde yapılacağı ilan edilmiştir.

32. Başvurucu, basında borçlu Şirketin bünyesinde bulunan Star gazetesi ile Star televizyonunun satılacağına dair haberler sonrasında 28/7/2005 tarihinde İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinden 2004 sayılı Kanun'un 159. maddesine göre iflas muhafaza tedbiri alınmasını, bu tedbir varsa süresinin uzatılmasını talep etmiştir.

33. Mahkemenin 28/7/2005 tarihli ara kararıyla davalı Şirket üzerinde zaten iflas muhafaza tedbiri bulunduğundan karar verilmesine yer olmadığı, suç işleyenler varsa ancak suç duyurusunda bulunmakta başvurucunun serbest olduğu yönünde karar verilmiştir.

34. Borçlu Şirket vekili ise 6/7/2005 ve 7/9/2005 tarihli dilekçeleriyle Mahkemenin bahsettiği muhafaza tedbirinin kendiliğinden kalktığını iddia ederek 4389 sayılı mülga Kanun gereği TMSF'nin yönetim ve denetimi altında olan şirketler aleyhine iflas kararı verilemeyeceği ve müvekkilinin kamu yararı gereği TMSF tarafından üçüncü kişilere satılacağı dikkate alınarak tedbirin kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme 4/10/2005 tarihli ara kararıyla, TMSF Fon Kurulunun kararı ve 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendi ile 6183 sayılı Kanun'a dayanarak muhafaza tedbirini kaldırmıştır.

35. Eylül 2005 ile Mart 2006 arası dönemde "Uzan Grubu" şirketlerinin ticari ve iktisadi bütünlük oluşturan varlıkları TMSF tarafından 4389 sayılı mülga Kanun'a göre yapılan ihaleler ile satılmıştır. Bu kapsamda borçlu Şirket, Medya Park Yayıncılık, Çağdaş Reklamcılık, Ulusal Medya Haber Ajansı ve Lotus Reklamcılık AŞ'nin mal, hak ve varlıklarından oluşan Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğü 25/1/2006 tarihinde gerçekleştirilen

ihale ile 8.000.000 ABD doları bedel ile Ali Özmen Safa'ya satılmış ve faiziyle beraber 8.779.463,17 ABD doları bahsedilen şahıstan tahsil edilmiştir.

36. Bahsedilen ihale bedelinin ilgili mevzuat gereği paylaştırılmasına ilişkin olarak hazırlanan ve 27/1/2010 tarihli ve 27745 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan sıra cetvelinin 25/2/2011 tarihli ve 27816 sayılı Resmî Gazete'de revize edilmiş hâlde elde edilen gelirin Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğünü oluşturan şirketlerin borçları karşılığı 4.032.324,39 ABD doları Gelir İdaresi Başkanlığına, 1.435.482,93 ABD doları Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına ve bakiyesi TMSF'ye ayrılmıştır. Bahsedilen sıra cetvelinde yer alan TMSF alacağı, İmar Bankası mudilerine yapılan ödemeler ve bankanın diğer zararları karşılığı 9/5/2012 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan sıra cetvelinde 21 milyar TL olarak gösterilmiştir.

37. Fon Kurulu 16/11/2006 tarihli ve 571 sayılı kararıyla satışlar sonrasında değer ifade eden varlığı kalmayan borçlu Şirketin tüzel kişiliğini devam ettirmesinin fon alacaklarının tahsili açısından yarar sağlamayacağı, firmanın borca batık olduğu ve amacını gerçekleştirme imkânının ortadan kalktığı gerekçesiyle 2/9/2006 tarihli ve 26277 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca firmanın tasfiyesine ve sicilden terkinine karar vermiş; TMSF Tasfiye Komisyonunun 22/10/2007 tarihli ve 2007-195/2 sayılı talebi ve İstanbul Ticaret Sicil Memurluğunun 1/11/2007 tarihli ve 157018/92985 sayılı yazısı ile bahsedilen Şirket sicilden terkin edilmiştir.

38. Borçlu Şirketin tasfiyeye esas bilançosunda başvurucunun alacağı 4. sırada 59.517,06 TL olarak kaydedilmiştir.

3. İdari Yargı Dava Süreci

39. Borçlu Şirketten alacağını tahsil edemeyen başvurucu, Bodrum 1. Noterliği aracılığıyla TMSF yönetimine keşide ettiği 20/7/2006 tarihli ihtarnamede 21/11/2006 tarihli ve 26353 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik'in 25. maddesinde yer alan "*Satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik*

bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Kurul yetkilidir." hükmü uyarınca TMSF yönetiminin kendi alacaklarının ödenmesinde takdir yetkisine sahip olduğunu ve bu doğrultuda kendisi ile aynı statü ve hukuki durumda bulunan diğer bazı gerçek ve tüzel kişilere de ödeme yapıldığını, İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi ve Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin borçlu Şirket hakkındaki kararlarının ilama bağlı ödemeleri kapsamadığını, aksine İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesinin tedbir kararında taşıma hizmetlerinin faaliyetlerin sürdürülebilmesi için gerekli olduğunun kabul edildiğini belirterek borçlu Şirketten alacaklarının ödenmesini talep etmiş; aksi takdirde dava açacağını ihbar etmiştir.

40. Söz konusu ihtara süresinde cevap verilmemesi ve ödeme de yapılmaması üzerine başvurucu, TMSF yönetiminin zımni ret kararı aleyhine İstanbul 8. İdare Mahkemesi nezdinde 17/11/2006 tarihinde iptal ve alacağın yasal faiziyle birlikte tazmini istemli dava açmış, dilekçesinde kesinleşmiş yargı kararının Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca davalı idare ve mahkemeyi bağlayacağını ve 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134. maddesinde satışa konu şirketin mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarının ihale bedelinden ödenmesi konusunda TMSF'ye yetki verdiğini, ayrıca takibin durdurulmasına gerekçe gösterilen Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesi tedbir kararının İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 15/4/2004 tarihli ve E.2004/1 sayılı kararıyla kalktığını ve bu kararda özellikle yöneticilerin şirketleri basiretli bir tacir gibi objektif ihtimamla yönetmeleri gerektiğine işaret edildiği hâlde TMSF tarafından borçlu Şirkete atanan yöneticilerin gerekli ihtimamı göstermeden üstelik benzer durumdaki alacaklılara farklı muamelede bulunmasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir.

41. Başvurucunun iddialarına karşı TMSF vekili farklı tarihli dilekçelerle TMSF ve borçlu Şirketin ayrı tüzel kişiler olduğunu, alacağın borçlu Şirketten istenmesi gerektiğini, TMSF'nin taraf sıfatı bulunmadığını, TMSF'nin borçlu Şirket grubundan kamu adına 7.7 milyar YTL alacağı bulunduğunu, el konan şirketlerin borçlarının TMSF tarafından ödenmesi hâlinde el koymanın amacının ortadan kalkacağını, özel şahısların alacağının kamu alacağının önüne geçeceğini ve kamu alacağının tahsilinin ikinci plana atılacağını, başvurucunun kalktığını iddia ettiği tedbir kararının konusunun ileriye dönük zorunlu ödemeler olduğunu, geçmişi

kapsamadığını, daha önce kendilerine ödeme yapıldığı iddiasının mesnetsiz olduğunu, başvurucunun Medya Prodüksiyon firması ile yaptığı anlaşmaya muvafakat vermediklerini, Fonun borçlu Şirketi satmadığını dolayısıyla satış geliri elde etmediğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

42. Başvurucu vekili ise borçlu Şirketin davalı idare tarafından tüm varlıkları satıldıktan sonra davalı idarenin işlemiyle tasfiye edildiğini, alacağını ondan isteme imkânının kalmadığını, TMSF'nin yönetimi ve denetimi altında olan Medya Prodüksiyon firması ile yaptığı anlaşmanın TMSF'nin hesaplama yöntemlerine göre ve onayı ile yapıldığını ifade ederek itiraz etmiştir.

43. İdare Mahkemesinin 20/2/2008 tarihli ve E.2006/2646, K.2008/272 sayılı kararında dava devam ederken 18/10/2007 tarihinde 517 sayılı Fon kararıyla borçlu Şirketin tasfiyesine karar verildiği, ticaret sicilinden terkin edildiği belirtilmiş ve *"… kanunlardan kaynaklanan yetki uyarınca Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık A.Ş.'nin de denetimine ve yönetimine Fon tarafından atamaların yapıldığı ve bu şekilde kamu alacağının yasa uyarınca tahsilinin amaçlandığı anlaşıldığından Borçlu Şirketin borçlarının Fon tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal yükümlülük de bulunmadığından dava konusu zımni ret işleminde hukuka aykırılık bulunmamıştır."* denilerek dava reddedilmiştir.

44. Başvurucu, Mahkemenin ret kararı üzerine temyiz yoluna başvurmuş; temyiz talebini inceleyen Danıştay Onüçüncü Dairesi 18/5/2012 tarihli ve E.2008/8144, K.2012/1159 sayılı kararında davacının duruşma isteminin yerinde görülmediğini, dosyanın tekemmül etmiş olması sebebiyle yürütmenin durdurulması hakkında ayrıca bir karar verilmesinin gerekli olmadığını ve İlk Derece Mahkemesinin gerekçesinin, bahsedilen Şirket borçlarının TMSF tarafından ödenmesi gerektiğine dair yasal bir yükümlülük bulunmadığına dayandığını belirterek 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirinin bulunmadığı gerekçesiyle kararı onamıştır.

45. Danıştayın ret kararı üzerine başvurucu, karar düzeltme yoluna başvurmuş; Danıştay Onüçüncü Dairesinin 8/11/2012 tarihli ve E.2012/2946, K.2012/2835 sayılı kararıyla karar düzeltme isteminin reddine karar verilmiş ve karar bu tarihte kesinleşmiştir.

46. Kesinleşen karar başvurucuya 25/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ve başvurucu 24/1/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. **İlgili Hukuk**

47. 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin 7. fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"a) (Değişik bent: 12/12/2003 - 5020 S.K./20. md.) Fon, alacağının tahsili bakımından yarar görmesi halinde ve Fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın; hisseleri kısmen veya tamamen kendisine intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin, bu bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran tüzel kişi ortaklarının, gerçek ve tüzel kişi ortaklarının yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulundurdukları şirketlerin ortaklarının, ***bu şirketlerde sahip oldukları hisselerinin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç, ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya*** *ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın ve imtiyazlı hisselere dayanılarak atanıp atanmadıklarına bakılmaksızın görevden almak ve/veya üye sayısını artırmak ve/veya eksiltmek suretiyle bu kurullara üye atamaya yetkilidir.*

(Değişik paragraf: 16/06/2004 - 5189 S.K./11. md.;Değişik paragraf: 25/05/2005 - 5354 S.K/1.mad) Fonun yönetim ve denetimine sahip olduğu şirketlerin …Bu şirket ve iştiraklerin % 49'undan fazlası ile bunlara ait her türlü mal, hak ve varlıklar, gayrimenkullerle ilgili özel kanunlarındaki kısıtlamalar saklı kalmak kaydıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilere satılabilir. ***Fon alacaklarının tahsilini teminen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması halinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usul ve esasları ile satış şartlarını 6183***

sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticari ve iktisadi bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir. *Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satışı gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir Satış Komisyonu oluşturur ve başkanını belirler.* ***Satış Komisyonu,*** *toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticarî ve iktisadî bütünlüğün muhammen bedeli, Satış Komisyonu tarafından, uzman gerçek veya tüzel kişilerin kıymet takdiri raporu dikkate alınarak, daha önce bütünlüğü oluşturan varlıkların ayrı ayrı kıymet takdirlerinin yapılmış olması ile bağlı olmaksızın düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. … Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların* ***satışı, kapalı zarf veya açık artırma usullerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi halinde ihalelere, pazarlık usulü ile devam edilebilir.*** *Bu usullerden hangisinin uygulanacağına, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli Satış Komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır. Bu hüküm uyarınca yapılan satışlarla ilgili ihalenin feshi davaları, Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür.* ***Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturulmasına karar verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzların, Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklılar dahil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınması ve satışı talep edilemez, mahcuzların maliklerinin iflasına karar verilemez, ilgili takyidatlar hakkında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez.*** *… Bu hüküm uyarınca yapılacak satışlara ilişkin diğer esas ve usuller Fon tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir. Fon tarafından atanan yöneticilerin, şirketlerin sermayesini kaybetmesinden ve/veya borca batık olmasından dolayı mahkemeye bildirimde bulunma yükümlülükleri yoktur. Bildirimde bulunmamaktan dolayı bu şahıslar hakkında İcra ve İflas Kanununun 179, 277 ve devamı maddeleri ile 345/a maddesi hükümleri uygulanmaz ve Türk Ticaret Kanununun 341 inci maddesi uyarınca şahsî sorumluluk davası açılamaz. Yönetim ve denetimi Fon tarafından devir alınmamış şirketlere* ***Fon tarafından atanan yönetim ve denetim kurulu üyeleri***

ile müdürler, ortaklar genel kurulunca görevden alınamayacağı gibi ibra edilmeyerek haklarında görev yaptıkları dönem veya dönemler dışında şahsi sorumluluk davası da açılamaz. Bu bentte yer alan hükümler çerçevesinde, varlıkları ticari ve iktisadi bütünlük kapsamında satılan şirketlerin kamu kurum, kuruluşları ve üst kurullara olan ve satış tarihine kadar tahakkuk etmiş borçları satış bedelinden garameten tahsil edilir. *Garame ile dağıtım sonrasında bakiye borç kalması, lisans, ruhsat, imtiyaz sözleşmesi, geçici frekans ve kanal kullanımı ve benzeri hakların devri ve yeni alıcısı tarafından işletilmesi için gereken ve kamu kurum, kuruluşları ve üst kurullarca yapılması gereken devrin tescil ve nakli işlemine engel teşkil etmez.*

b) Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlıklarını doğrudan veya üçüncü kişilere rehnetmek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak ***Fon alacağı sayılır. Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.*** *Fon, bu para, mal, her türlü hak ve alacaklara ihtiyati haciz koymaya, muhafaza altına almaya ve bunlardan değeri Fon tarafından belirlenemeyenleri 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 72 nci maddesine göre kurulan takdir komisyonlarının Fon tarafından belirlenecek kurum ve kuruluşlarca hazırlanacak raporları da dikkate alarak tespit edeceği değeri üzerinden, alacağına ve/veya bu bankaların Fon tarafından devralınan zararlarına mahsuben devralmaya yetkilidir. Bu alacaklara zararın ve/veya alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme zammı uygulanır.*

(a) ve (b) bentlerindeki yetki, banka hisselerinin kısmen veya tamamen üçüncü kişilere satış, devir veya intikalinden sonra da kullanılabilir.

…

Fon tarafından bu madde hükümlerine istinaden yapılacak işlemlerde 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bu işlemler her türlü vergi, resim ve harçtan istisna tutulur. Bu fıkra ile Fona tanınan yetkiler Fon tarafından başkaca bir işleme gerek olmaksızın Fonun karar alması ile tekemmül eder. Yapılan işlemlerden tescile tabi olanlar Fonun talebi üzerine tescil ve gerektiğinde ilan olunur.

(Ek paragraf: 12/12/2003 - 5020 S.K./20. md.) Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bu bendin birinci cümlesinde belirtilen gerçek ve tüzel kişilerin, edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir ve bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahil, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kişiler ise bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle (İptal ibare: Anayasa Mah. 2009/53, 2011/19 K. ve 20/01/2011 tarihli iptal kararı ile) . Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar.

…"

48. 4389 sayılı mülga Kanun'a 12/12/2003 tarihli ve 5020 sayılı Kanun'la eklenen 15/a maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankaların yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortaklarının kendi lehine kullandıkları her türlü banka kaynakları ve her ne ad altında olursa olsun kendilerine ait yurt içi ve yurt dışı şirket, finans kuruluşu, off-shore bankalara aktardıkları banka kaynakları ile eşleri, çocukları ve evlatlıkları ve bunların diğer kan ve kayın hısımları adına açılmış krediler ile bunlara aktarılan her türlü kaynak aktarımları veya bankaların hakim ortaklarının kendilerine veya şirketleri ile iştiraklerine rayiç bedelin altında ve muvazaalı yapılmış tüm devir ve temlikler, üçüncü kişilere yapılmış her türlü taşınır ve taşınmaz rehni ve ipotek gibi sınırlı ayni haklar ve bunlardan elde edilen nemalar, iştiraklerine ve bağlı şirketlerine ayni bankanın el değiştiren ortaklarının birbirlerine verdiği krediler ile aynı şekildeki bankaların karşılıklı birbirlerine verdikleri krediler, bankaya ve grup şirketlerine yüksek bedelle satılmış tüm mal, hisse ve hizmetlerden veya bunlardan ve benzerlerinden elde edilen nemalar, uzun süreli kiralama veya finansal kiralama yolu ile kendisine aktarılan kaynak ve hizmetler, bankanın yönetim ve denetim döneminde yeterli ticari faaliyeti olmaksızın kaynak aktarımı amacıyla kurulmuş şirketlere verilen krediler ile bunlara aktarılan kira ve hizmet bedellerindeki nemalar, yurt dışı banka ve finans kuruluşları ile yapılan inançlı işlemler yolu ile aktarılan her türlü kaynaklar, bankalarının off-shore bankalarındaki yargı kararları nedeniyle ödedikleri mevduatları ve off-shore bankaların bankaya izinli veya izinsiz aktardığı off-shore mevduatlar, bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları, müdürlerinin kendileri, eşleri ve çocukları, evlatlıkları ile bunların diğer kan ve kayın hısımlarına aktarılan her türlü kaynakların tümü başkaca bir işleme gerek olmaksızın Hazine alacağı haline gelmiş sayılır. Fon Kurulunun talebi üzerine görevlendirilen Hazine avukatlarınca da takip edilebilir."

49. 4389 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesinin 1. ve 2. fıkraları şöyledir:

"1. Bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılması halinde, yönetim ve denetimi Fona intikal eder.

2. İznin kaldırılmasına ilişkin Kurul Kararının Resmi Gazetede yayımlan-

dığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatı durur."

50. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"…

Fon alacaklarının tahsilini teminen, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların feri veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadî değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması hâlinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usûl ve esasları ile satış ***şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye, satışa konu ticarî ve iktisadî bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Fon Kurulu yetkilidir.*** *Fon Kurulu, satış kararıyla birlikte, bu satışı gerçekleştirmek üzere en az üç kişiden oluşan bir satış komisyonu oluşturur ve başkanını belirler. Satış komisyonu, toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Ticarî ve iktisadî bütünlüğün muhammen bedeli, satış komisyonu tarafından, … düzenlenecek rapor çerçevesinde Fon Kurulu tarafından belirlenir. … Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturduğuna karar verilen mahcuzların satışı, kapalı zarf veya açık artırma usûllerinden biri veya ikisi birlikte uygulanmak suretiyle yapılır. Bundan sonra, Fon Kurulunun gerekli görmesi hâlinde, ihalelere pazarlık usûlü ile devam edilebilir. Bu usûllerden hangisinin uygulanacağına, ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mal, hak ve varlıkların nitelikleri dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından karar verilir. İhale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli satış komisyonu tarafından düzenlenir. İhalenin sonuçlanması, Fon Kurulunun onayına bağlıdır. Bu hüküm uyarınca yapılan satışlarla ilgili ihalenin feshi davaları, Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür. Ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturulmasına karar verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde ticarî ve iktisadî bütünlük oluşturan mahcuzların, Fonun izni olmaksızın imtiyazlı*

alacaklılar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınması ve satışı talep edilemez, mahcuzların malîklerinin iflasına karar verilemez, ilgili takyidatlar hakkında zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez.

…

Bu hüküm uyarınca yapılacak satışlara ilişkin diğer esas ve usûller Fon tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit edilir.

(Değişik fıkra: 08/03/2006-5472 S.K./1.mad) ***Gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu varlıkların, bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde ticari ve iktisadi bütünlük kapsamında veya bu Kanunda yer alan hükümler çerçevesinde ayrı ayrı cebri icra yoluyla satışlarından elde edilen bedelden; satış tarihine kadar tahakkuk etmiş olmak şartıyla, sırasıyla Fon Kurulu tarafından karar verilmesi halinde şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçları, kişilerin Devlete ve sosyal güvenlik kuruluşlarına olan 6183 sayılı Kanun kapsamındaki borçları ile GSM imtiyaz sözleşmesinden doğan Hazine payı borçları ödendikten sonra kalan kısım, kişilerin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üst kurullara olan borçlarına garameten taksim edilerek ödenir.*** *…"*

Ek fıkra: 08/03/2006-5472 S.K./1.mad) Bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 15 inci maddesinin (7) numaralı fıkrası ile bu madde kapsamında olan şirketler ile sermayesinin % 50'sinden fazlasını temsil eden hisselere Fonun, Fon Bankasının veya Fon iştiraklerinin sahip olduğu ***şirketler, yönetim kurulları tarafından alacaklılarına ve borçlularına Fonun belirlediği esaslar çerçevesinde yapılacak ilânı müteakiben düzenlenen bilançoları esas alınarak Fon Kurulu kararı ile İcra ve İflas Kanunu, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olmaksızın tasfiye olunur****. Tasfiyeye ilişkin Fon Kurulu kararı şirketin infisah ettirilmesi anlamında olup, bu şirketler Fonun yazılı bildirimi üzerine ilgili sicilden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın terkin olunur. Tasfiye kararı aleyhine ilgililer tarafından açılacak davalar Fonun merkezinin bulunduğu yer idare mahkemelerinde görülür. Fon Kurulu tarafından tasfiyesine karar verilen şirketlerin iflas ve ihyası istenemez. Yapılan ilân neticesinde kayıt altına alınan alacaklar* ***Fon tarafından bu Kanun, 6183 sayılı Kanun ve İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesine uygun olarak düzenlenecek sıra cetveli ile tasfiye kararı verilen şirketin alacaklılarına dağıtılır.*** *Bu madde*

hükümlerine uygun olarak tasfiye olunan şirketlerin hâkim ortakları ve yöneticileri ile üçüncü şahıslar aleyhine açılan şahsi sorumluluk, iflas ve alacak davaları kanunî halef; ceza davaları kanunî müdahil sıfatıyla Fon tarafından devam ettirilir. Bu davalar sonucunda herhangi bir tahsilat yapılması halinde başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edilen meblağ düzenlenmiş sıra cetveline uygun olarak dağıtılır. Dağıtım sonrasında alacağını tamamen alamamış olan alacaklılara talepleri halinde şirketin tasfiye edildiğine ve dağıtılacak tasfiye bakiyesi bulunmadığına dair bir belge verilir. Bu belge İcra ve İflas Kanununun 105 inci maddesi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alacaklılara sıra cetveline uygun olarak yapılacak dağıtım sonrası tasfiye bakiyesi kalması halinde bu bakiye şirket hissedarlarına hisseleri oranında ödenir. Tasfiyenin usûl ve esasları Fon Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

51.12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesi şu şekildedir:

"Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."

52.2577 sayılı Kanun'un 17. maddesi şu şekildedir:

"1. Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./55.md.) yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./55. md.) yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.

2. Temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.

3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.

4. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/7 md.) 1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hâkim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir."

53.2577 sayılı Kanun'un 27. maddesi şöyledir:

"1. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/7 md.) Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır.

2. Temyiz ve istinaflarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlıdır.

3. Duruşma talebi, dava dilekçesi ile cevap ve savunmalarda yapılabilir.

4. (Değişik bent: 05/04/1990 - 3622/7 md.) 1 ve 2 nci fıkralarda yer alan kayıtlara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hakim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir.

5. Duruşma davetiyeleri duruşma gününden en az otuz gün önce taraflara gönderilir."

54. 2577 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası, 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları, 20. maddesinin (5) numaralı fıkrası, 49. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile 60. maddesi.

55. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik'in 8. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir:

"Şirket veya iştirakin tasfiyesine dair Kurul kararı, şirket veya iştirakin infisah ettirilmesi anlamında olup bu şirket veya iştirak Kurul kararı ile görevlendirilen Tasfiye Komisyonunun yazılı bildirimi ile ilgili sicilden başkaca bir işleme gerek kalmaksızın terkin olunur."

56.2004 sayılı Kanun'un 206. maddesinin ilgili kısmı şu şekildedir:

"…

Üçüncü sıra:

Özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar.

Dördüncü sıra:

İmtiyazlı olmayan diğer bütün alacaklar.

…"

57. 2004 sayılı Kanun'un 17/07/2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanun'la değişik *"İcrai Hacizlere İştirak"* başlıklı 268. maddesi şöyledir:

"261 inci maddeye göre ihtiyaten haczedilen mallar, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce diğer bir alacaklı tarafından bu Kanuna veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ihtiyati haciz sahibi alacaklı, bu hacze 100 üncü maddedeki şartlar dairesinde kendiliğinden ve muvakkaten iştirak eder. Rehinden önce ihtiyati veya icrai haciz bulunması halinde amme alacağı dahil hiçbir haciz rehinden önceki hacze iştirak edemez.

İhtiyati haciz masrafları satış tutarından alınır.

İhtiyati haciz diğer rüçhan hakkını vermez."

58.6183 sayılı Kanun'un "*Amme alacaklarında rüçhan hakkı*" başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki gibidir:

"Üçüncü şahıslar tarafından haczedilen mallar paraya çevrilmeden evvel o mal üzerine amme alacağı için de haciz konulursa bu alacak da hacze iştirak eder ve aralarında satış bedeli garameten taksim olunur. (Ek hüküm: 30/3/2006 – 5479/4 md.) Genel bütçeye gelir kaydedilen vergi, resim, harç ile vergi cezaları ve bunlara bağlı zam ve faizler için tatbik edilen hacizlerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 268 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hükmü uygulanmaz.

59.Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik'in 25. ve 26. maddeleri şöyledir:

"Geçmiş dönem borçları

MADDE 25 – (1) Satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye Kurul yetkilidir. Kurulun bu konudaki kararı satış şartnamesinde ve satış ilanında belirtilir.

(2) Geçmiş dönem borçlarının ödenebilmesi veya ihale alıcısına ödetilebilmesi için:

a) Ticari ve iktisadi bütünlük içinde yer alan mal, hak ve/veya varlıklar

ile ilgili olması veya ticari ve iktisadi bütünlüğün değerinin korunması için gerekli veya değerini artırır mahiyette olması,

b) Alacaklı ile borçlu şirket borç miktarının tespitinde mutabakata varmış olması gerekmektedir.

Sıra cetveli

MADDE 26 – (1) Ticari ve iktisadi bütünlüğün ihale bedelinin dağıtımına esas sıra cetveli, ihale bedelinin alıcı tarafından ödenmesinden sonra Satış Komisyonu tarafından 5411 sayılı Kanuna uygun olarak düzenlenir. Ancak 5411 sayılı Kanunda öncelikli paya sahip olduğu belirtilen alacaklılara önceden ödeme yapılabilir.

(2) İhale bedelinden satış masrafları çıkarıldıktan sonra; satış tarihine kadar tahakkuk etmiş olmak şartıyla, sırasıyla Kurul tarafından ihale bedelinden ödenmesine karar verilmesi halinde bu Yönetmeliğin 25 inci maddesi kapsamındaki geçmiş dönem borçları, kişilerin Devlete ve sosyal güvenlik kuruluşlarına olan 6183 sayılı Kanun kapsamındaki borçları ile GSM imtiyaz sözleşmesinden doğan Hazine payı borçları ödendikten sonra kalan kısım, kişilerin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üst kurullara olan borçlarına garameten taksim edilerek ödenir.

(3) 5411 sayılı Kanunun geçici 24 üncü maddesi kapsamındaki satışlarda sıra cetvelinin düzenlenmesinde anılan madde hükmü de dikkate alınır.

(4) Sıra cetvelinin bir sureti Satış Komisyonu tarafından masrafını veren ilgililere tebliğe çıkarılır ve Resmî Gazete'de yayımlanır.

(5) Sıra cetveline itiraz süresi 15 gündür. İtiraz süresi, ilan tarihinden itibaren başlar, tebliğ masrafı veren ilgililer hakkında ise itiraz süresi tebliğ tarihinden itibaren işlemeye başlar.

(6) Satış Komisyonu, hak sahiplerine ödeme yapılana kadar nakit ihale bedelini uygun göreceği şekilde nemalandırır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

60.Mahkemenin 1/6/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

61.Başvurucu; personel taşıma hizmeti verdiği Şirketten yargı kararıyla kesinleşen alacağını borçlu Şirketin yönetim ve denetimine TMSF tarafından el konması sonrasında TMSF'nin 4389 ve 5411 sayılı Kanunlara dayanarak yaptığı müdahaleler nedeniyle tahsil edemediğini, bu durumun Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen mahkeme kararlarına uyma zorunluluğuna aykırılık teşkil ettiğini, 4389 sayılı mülga Kanun'un usulsüz bankacılık işlemleri nedeniyle batan bankaların TMSF tarafından el konulması sonrasında kamu zararının karşılanmasını amaçladığını, el konulan Banka ile hiçbir ilgisi olmadığı ve böyle bir iddia da bulunmadığı hâlde kendisine bahsedilen Banka ile ilişkili gibi muamelede bulunulduğunu, yasa ile kendisine takdir yetkisi verilen TMSF yönetiminin bu yetkisini üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını ihlal edecek biçimde keyfî olarak kullandığını, yargı kararlarının görmezden gelindiğini, oluşan zararın Bankanın batmasına sebep olanlar yerine üçüncü kişilere yüklendiğini, kendisi ile aynı statüde bulunan diğer bazı gerçek ve tüzel kişilere (Motorola, Nokia ve başvurucudan sonra borçlu firmanın servis taşıma işini üstlenen Ateş-Tur gibi) söz konusu borçlu Şirketten olan alacaklarına istinaden ödeme yapıldığı hâlde kendisine ödeme yapılmadığını, borçlu Şirketin kendisi tarafından önceden üzerine ihtiyati haciz konmuş mal varlıklarının ticari ve iktisadi bütünlük oluşturularak satıldığını, bu süreçte kendisine bir ödeme yapılmadığını, borçlu Şirketin TMSF tarafından varlıkları satıldığı ve tasfiye edildiği için alacağını tahsil etme imkânının kalmadığını, en değerli alacağına kavuşamaması nedeniyle iflas ettiğini, kanunla TMSF'nin devletin yargı ve icra organları üzerinde olağanüstü yetkilere tabi bir konuma yükseltildiğini, 5411 sayılı Kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu, ayrıca yargılama süresinin -özellikle Danıştay aşamasında- olağan yargılama sürelerini aştığını, dava dilekçelerinde ileri sürülen itirazların İstanbul 8. İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında karşılanmadığını ve taleplerinin reddedilmesine ilişkin hiçbir gerekçe gösterilmediğini, kendisine kanunla verilen takdir yetkisinin TMSF tarafından gereklerine uygun kullanılıp kullanılmadığı ve bu süreçte özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkının nasıl dengelendiği konusunda Derece Mahkemesi kararında hiçbir ifadeye yer verilmediğini, duruşma talebinin Danıştay tarafından gerekçe gösterilmeden reddedildiğini ve duruşmanın yüze karşı yapılmadığını belirtmiş ve bu suretle Anayasa'da tanınan adil yargılanma ve mülkiyet hakkı ile eşitlik ilkesinin

ihlal edildiğini ileri sürerek ihlalin tespitine ilişkin bir karar verilmesi ve 1.447.198 TL maddi, 50.000 TL manevi tazminat ile yargılama giderlerinin ödenmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

62.Başvuru dilekçesi ve ekleri incelendiğinde başvurucunun mülkiyet hakkıyla ilişkili olarak Anayasa'nın 10. ve 138. maddelerinin ihlal edildiğini ve 5411 sayılı Kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürdüğü anlaşılmıştır.

63.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). Anayasa'nın 138. maddesi devlete yükümlülük getiren bir Anayasa hükmü olmakla beraber yargı kararlarının icra edilmesi hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan güvencelerden kabul edilmektedir (*Mustafa Demirtaş*, B. No: 2013/2002, 30/12/2014, § 57). Bununla birlikte somut başvuruya konu icra ve dava sürelerinde başvurucu, lehine verilen kararlara dayanarak başlangıçta özel bir tüzel kişilik olan borçlu Şirketten alacağını tahsil etmek istemiş ancak borçlu Şirkete el konması ile 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarla getirilen hükümler ve bunların idarece uygulanması sonucunda icra ve iflas davaları sonuçsuz kalmıştır. Başvurucunun alacağını tahsil edememesi, 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarla getirilen ve TMSF alacağını garanti altına almaya çalışan düzenlemeler ve bunların uygulanması ile önceki dönem borçlarının ödenmemesine yönelik idari ve yargısal tedbir kararlarına bağlı bir sonuç olup idarelerin bilerek ve isteyerek kesin hüküm ifade eden yargı kararlarını uygulamaması söz konusu değildir. Bahsedilen hususlar mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirileceğinden ayrıca yargı kararlarının yerine getirilmesi hakkı başlığı altında inceleme yapılmayacaktır.

64.Eşitlik ilkesiyle ilgili olarak başvurucu kendisine Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında sayılan hangi nedene dayalı olarak ayrı muamele yapıldığından bahsetmemiştir. Başvurucunun emsal gösterdiği ve kendisine TMSF tarafından ödeme yapıldığını iddia ettiği firmalardan Ateş-Tur firması, başvurucudan farklı olarak borçlu Şirkete TMSF tarafından el konduktan sonra personel taşıma hizmeti vermiş olup 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarda geçen geçmiş dönem borcunun alacaklısı değildir.

Motorola ve Nokia firmaları borçlu Şirketin alacaklısı olmayıp Telsim firmasının alacaklılarıdır. Motorola'nın alacakları 27/10/2005 tarihli ve 451 sayılı TMSF Fon Kurulu kararıyla, Nokia'nın alacakları ise 1/9/2005 tarihli ve 370 sayılı Fon Kurulu kararıyla ticari ve iktisadi bütünlüğün değerini koruması için bu firmalar ile varılan mutabakatla ödenmiştir.

65.Bu durumda başvurucunun şikâyetlerinin özü itibarıyla borçlu Şirkete TMSF tarafından el konmasından sonra çıkarılan düzenlemeler ve yapılan uygulamalar nedeniyle alacağını tahsil edememesinden kaynaklandığı ve bahsedilen şikâyetin mülkiyet hakkına yönelik olduğu anlaşıldığından bahsedilen şikâyet, mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiş; eşitlik ilkesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

66.Başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar, duruşmalı yargılama ve makul sürede yargılanma haklarına ilişkin ihlal iddiaları ise ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

67.Başvurucu, 5411 sayılı Kanun hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürse de, 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıkça düzenlendiğinden bu hükümlerin uygulanmasının başvurucunun haklarını ihlal edip etmediği yönü ile sınırlı inceleme yapılacaktır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

68.Başvurucu; İstanbul 8. İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarında dava dilekçelerinde ileri sürdüğü itirazlarının karşılanmadığını ve taleplerinin reddedilmesine ilişkin gerekçe gösterilmediğini, kanunla verilen takdir yetkisinin TMSF tarafından uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı ve bu süreçte özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkının nasıl dengelendiği konusunda Derece Mahkemesi kararında hiçbir ifadeye yer verilmediğini, sonuç olarak İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarının gerekçesiz olduğunu iddia etmektedir.

69. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

70. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"Mahkeme, … açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."*

71. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemez olduğuna karar verilebilir. Başvurucunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, iddialarının salt kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin olduğu, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir.

72. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü -kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde- diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu bağlamda Anayasa'nın bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (*Vedat Benli*, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30).

73. Mahkemelerin hükümleri için gerekçe yazmaları gerekmekle birlikte bu zorunluluk, tarafların tüm iddialarına detaylı yanıt vermek zorunluluğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Gerekçe yazma yükümlülüğünün ileri sürülen iddiaların davanın sonucuna etkisi yönünden her davanın şartları çerçevesinde değerlendirilerek belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ileri sürülen iddianın kabulü hâlinde davanın sonucuna etkili olması bekleniyor ise mahkemelerin bu iddiayı değerlendirmeleri gerekebilir (*Mustafa Ünlü*, B. No: 2013/735, 17/9/2014, § 45).

74. Somut başvuruya konu idari işlemin iptali ve tam yargı davasında, başvurucu vekilinin 17/11/2006 tarihli dava dilekçesinde 20/7/2006 tarihli ihtarnameyi reddeden TMSF zımni kararının iptali ile davalı idarenin ağır

hizmet kusuru nedeniyle meydana gelen zararın (başvurucunun ulaşamadığı alacağı) yasal faiziyle birlikte tazmini talep edilmiştir.

75. Başvuruya konu uyuşmazlığı ilk derece mahkemesi sıfatıyla duruşmalı olarak karara bağlayan İdare Mahkemesinin 20/2/2008 tarihli ve E.2006/2646, K.2008/272 sayılı kararının gerekçesinde dava ve savunmanın özetlerine yer verildikten sonra davanın nitelendirmesi yapılmış; ilgili yasal düzenlemeler ile davaya ilişkin idari ve yargısal süreçlere yer verilmiş; dava devam ederken 18/10/2007 tarihinde 517 sayılı Fon kararıyla borçlu Şirketin tasfiyesine karar verildiği, ticaret sicilinden terkin edildiği belirtilmiş ve *"… kanunlardan kaynaklanan yetki uyarınca Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık A.Ş.'nin de denetimine ve yönetimine Fon tarafından atamaların yapıldığı ve bu şekilde kamu alacağının yasa uyarınca tahsilinin amaçlandığı anlaşıldığından Borçlu Şirketin borçlarının Fon tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal yükümlülük de bulunmadığından dava konusu zımni ret işleminde hukuka aykırılık bulunmamıştır."* gerekçesiyle dava reddedilmiştir.

76. Öte yandan temyiz merciinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması hâlinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da basit bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir. Burada önemli olan husus, temyiz merciinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir (*Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57).

77. İstanbul 8. İdare Mahkemesinin kararını temyizen inceleyen Danıştay Onüçüncü Dairesi ise 18/5/2012 tarihli onama kararında, İdare Mahkemesinin gerekçesine atıfta bulunarak İlk Derece Mahkemesinin kararını *"…davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu İstanbul 8. İdare Mahkemesi'nin 20.02.2008 tarih ve E:2006/2646, K:2008/272 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek anılan Mahkeme kararının onanmasına, …"* gerekçesiyle usul ve yasaya uygun bulmuş; ayrıca başvurucu vekilinin karar düzeltme isteminde bulunması üzerine Danıştay aynı Dairesi 8/11/2012 tarihli ret kararında onama kararına atıfta bulunarak bu istemi de reddetmiştir.

78. Sonuç olarak İdare Mahkemesi başvurucunun iddialarına, davanın koşullarına ve ilgili yasal düzenlemelere yer verdikten sonra TMSF'yi

sorumlu tutacak yasal yükümlülük bulunmadığı gerekçesine dayanarak davayı ve Danıştay Onüçüncü Dairesi bu karara atıf yaparak temyiz talebini reddettiğinden söz konusu kararların gerekçesiz olduğundan söz edilemez. Bununla birlikte Mahkemenin TMSF'nin kendisine kanunla verilen takdir yetkisinin gereklerine uygun kullanımı ve bu süreçte özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında denge kurması gerektiğine yönelik şikâyet, mülkiyet hakkı kapsamında ele alınacağından burada incelenmesine gerek görülmemiştir.

79. Açıklanan nedenlerle somut başvuruya konu İdare Mahkemesi ve Danıştay kararlarının gerekçesiz olmadığı anlaşıldığından başvurucunun bu yöndeki iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Duruşmalı Yargılama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

80. Başvurucu, duruşma talebinin Danıştay tarafından gerekçe gösterilmeden reddedildiğinden ve duruşmanın yüze karşı yapılmadığından şikâyetçi olmuştur.

81. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

> *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."*

82. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfîliği önlemektir. Bu yönüyle ilke, hukuk devletini gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biridir. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur. Ancak bu, her türlü yargılamanın duruşmalı yapılmasının zorunlu olduğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapılıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin dosya

üzerinden yapılması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez (*Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32).

83. Duruşmalı yargılama hakkı özellikle ceza davaları için önemli bir güvence olmakla beraber medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin davalar bakımından da tarafların kişisel özellikleri, yaşama biçimleri ve kişisel davranışlarının mahkemelerin kararlarının oluşmasına etkisi olabileceği bazı durumlarda tarafların duruşmada hazır bulunması gerekebilir. Ancak ilk derece mahkemesinde yargılama duruşmalı yapıldıktan sonra sadece hukuki denetim yapılan temyiz yargılamasının da duruşmalı yapılması adil yargılanma hakkı kapsamında bir zorunluluk olmayıp temyiz incelemesinin duruşmasız yapılması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmez.

84. 2577 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesinin kararına bağlıdır. Temyiz ve itiraz incelemelerinin duruşmalı olarak yapılıp yapılmaması konusunda incelemeyi yapacak merciin takdir yetkisi bulunmaktadır. İncelemeyi yapacak merci, böyle bir talebin dile getirilmesi hâlinde duruşmalı inceleme yapabileceği gibi talep olmasa bile kendiliğinden de duruşmalı inceleme yapabilecektir.

85. Somut başvuruya konu idari davada başvurucu vekili 25/6/2008 tarihli temyiz dilekçesinde yürütmeyi durdurma ile birlikte temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılmasını talep etmiş; Danıştay Onüçüncü Dairesi 18/5/2012 tarihli onama kararında, *"Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce Tetkik Hâkiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra, 2577 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca davacının duruşma istemi yerinde görülmeyerek, dosyanın tekemmül etmiş olması nedeniyle davacının yürütmenin durdurulması istemi hakkında ayrıca bir karar verilmeksizin işin gereği düşünüldü."* şeklindeki gerekçesine yer vermek suretiyle takdir yetkisini kullanarak temyiz incelemesini duruşmasız olarak yapmıştır.

86. Sonuç olarak idari yargıda ilk derece ve temyiz yargılaması, esas olarak dosya üzerinden çözüme bağlanmakta ve 2577 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması mahkemelerin takdir yetkisi içinde bulunmaktadır. Başvurucu vekilinin temyiz incelemesinin duruşmalı yapılması talebi ise Dairece 2577 sayılı Kanun'la verilen takdir yetkisine dayanılarak reddedilmiştir.

87. Somut başvuruya konu davada ilk derece yargılaması duruşmalı yapılmış ve bu kapsamda başvurucu vekiline uyuşmazlığa ilişkin iddialarını, talep ve itirazlarını sözlü biçimde İdare Mahkemesi önünde dile getirme ve delillerin tartışılmasını sağlama imkânı verilmiştir. Bu durumda temyiz incelemesinin duruşmasız yapılmasının başvurucunun hukuki dinlenilme hakkı açısından bir dezavantaj oluşturmadığı zira başvurucunun da duruşma yapılsaydı hangi ek iddialarda bulunabileceğini veya duruşma icra edilmemesi nedeniyle iddia ve savunmalarının değerlendirilmesi açısından nasıl bir eksiklik yaşadığını net olarak ortaya koyamadığı anlaşıldığından somut başvuruya konu idari davanın temyiz incelemesinin duruşmasız yapılmış olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edilmediği açıktır.

88. Açıklanan nedenlerle duruşmalı yargılama hakkına yönelik açık bir ihlalin olmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Mülkiyet ve Makul Sürede Yargılanma Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

89. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvurucunun Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

90. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olması yanında telafi kabiliyetini haiz olması ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıması gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir (*Hamit Kaya*, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 29).

91. Bakanlık görüş yazısında başvurucunun kesinleşmiş Mahkeme ilamı ile sabit olan alacağını tüzel kişiliği sona ermeden borçlu Şirketten, tüzel kişiliği sona erdikten sonra ise Tasfiye Komisyonundan talep etmesi gerektiği, başvurucunun Tasfiye Komisyonuna başvurduğuna dair bilgi ve belge sunmadığı, bu hususun öncelikle başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğinin incelenmesi sırasında değerlendirilmek üzere dikkate sunulduğu belirtilmiştir.

92. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı beyanında alacağını TMSF yönetimi ve Tasfiye Komisyonundan defalarca talep ettiğini, TMSF yönetimi ile yaptığı görüşmelerde alacağının belli bir oranından vazgeçmesi hâlinde ödeme yapılacağı sözü verildiğini ancak hiçbir ödeme yapılmadığını, borçlu Şirketin tasfiyesine karar verilirken alacağının Şirket kayıtlarında var olduğunu, başvuruya ek dosyalardan da anlaşılacağı üzere idari ve yargısal tüm yolların tüketildiğini ifade etmiştir.

93. TMSF Hukuk İşleri Başkanlığının 28/11/2014 tarihli yazısında ise başvurucu ile borçlu Şirketin cari hesap ilişkisinin 13/8/2001 tarihli fatura ile başladığı, en son 10/12/2002 tarihinde 72.356,61 TL ödeme yapıldığı ve kalan alacak bakiyesinin borçlu Şirketin kayıtlarına göre 59.517,06 TL olduğu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca alacağını bildirmeyen alacaklılar hakkında ilgili Şirket kayıtları esas alınarak bakiye alacağın alacak sıra cetvelinde 4. sıraya kaydedildiği, 3. sırada TMSF'nin 7.552.995.710,63 TL amme alacağı bulunduğu ve Fon döneminde başvurucuya ödeme yapılmadığı ifade edilmiştir.

94. Başvuruya konu edilen icra ve iflaslı takiplerinin sonuçsuz kalması ile ardından ticari ve iktisadi bütünlük oluşturularak borçlu Şirketin değer ifade eden varlıklarının satılması sonrasında başvurucu alacağını TMSF'den istemiş ve başvurusunun zımnen reddedilmesi üzerine TMSF'yi alacağına ulaşmasını engellemeden sorumlu tutarak alacağını tahsil etmek amacıyla idari dava sürecini başlatmış ancak bu dava aleyhine sonuçlanmıştır. Tasfiye hâlinde olan ve tüm varlıkları satılmış borçlu Şirketin sıra cetvelinde 3. sırada TMSF'ye olan 21 milyar TL borcunu ödemesinin dolayısıyla başvurucunun 4. sırada bulunan alacağını tahsil etmesinin de mevcut koşullarda mümkün olmadığı görülmektedir. Bu durumda mevcut koşullarda 4. sıradaki alacakların tahsili anlamında uygulamada tasfiye masasına başvurunun makul bir başarı şansı sunmadığı açıktır. Kaldı

ki tasfiye masasının başvurucunun alacağını da borçlu Şirketin kayıtlarına göre 4. sıraya kaydettiği ve Tasfiye Komisyonuna başvurunun da zorunlu tutulmadığı gözönünde bulundurulduğunda bu yolun tüketilmesinin gerekli olmadığı anlaşılmıştır.

95. Sonuç olarak başvurucunun idari ve yargısal başvuru yollarının tüketilmesi konusunda gerekli özeni göstermediğine dair bir bulgu saptanamadığı ve alacağının TMSF Tasfiye Komisyonu tarafından sıra cetveline işlendiği anlaşıldığından başvuru yollarının tüketildiğini kabul etmek gerekmektedir.

96.Bu durumda başvurucunun makul sürede yargılanma hakkı ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyetler için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle başvurunun bu bölümlerine ilişkin olarak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

97.Başvurucu; personel taşıma hizmeti verdiği borçlu Şirketten icra takibine itiraz davasıyla kesinleşen alacağını, TMSF tarafından borçlu Şirketin yönetim ve denetimine el konması sonrasında TMSF'nin yaptığı müdahaleler nedeniyle tahsil edemediğini, 4389 ve 5411 sayılı Kanunların, usulsüz bankacılık işlemleri nedeniyle batan bankaların TMSF tarafından el konması sonrasında kamu zararının karşılanmasını amaçladığını, el konulan Banka ile hiçbir ilgisi olmadığı ve böyle bir iddia da bulunmadığı hâlde kendisine bahsedilen Banka ile ilişkili kişi gibi muamelede bulunulduğunu, kanun ile takdir yetkisi verilen TMSF yönetiminin bu yetkisini üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını ihlal edecek biçimde keyfî olarak kullandığını, oluşan zararı Bankanın batmasına sebep olanlar yerine üçüncü kişilere yüklediğini, kendisi ile aynı statüde bulunan diğer bazı gerçek ve tüzel kişilerin (Motorola, Nokia ve başvurucudan sonra borçlu firmanın servis taşıma işini üstlenen Ateş-Tur gibi) söz konusu borçlu Şirketten olan alacaklarına istinaden ödeme yapıldığı hâlde kendisine ödeme yapılmadığını, borçlu Şirketin kendisi tarafından önceden üzerine ihtiyati haciz konmuş mal varlıklarının ticari ve iktisadi bütünlük oluşturularak satıldığı ve tasfiye edildiği için alacağını tahsil etme imkânının kalmadı-

ğını, alacağına kavuşamaması nedeniyle iflas ettiğini, kanunla TMSF'nin devletin yargı ve icra organları üzerinde olağanüstü yetkilere tabi bir konuma yükseltildiğini belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

i. Mülkiyetin Varlığı

98. 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."

99. 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."

100. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

101. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı, mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa ve Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası

olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacak" iddiasını elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti", Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, § 36, 37).

102. Alacak hakkı, mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarındandır (AYM, E.2008/58, K.2011/37, 10/2/2011). Asıl alacağa bağlı ferî bir hak olan faiz alacağı da hak sahibine maddi bir menfaat sağlaması sebebiyle ekonomik bir değer olarak Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında olup asıl alacağa bağlı faiz talebi de bu hakkın sağladığı güvenceden yararlanabilir (*Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2013/28, 25/2/2015, § 36).

103. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma kapsamında olan mülkiyet hakkının tespiti mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tanım mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır.

104. Başvuruya konu somut davada başvurucu, borçlu Şirketten sözleşmeye dayalı hizmet karşılığı olan alacağının kendisine ödenmemesi üzerine 8/1/2003 tarihinde icra takibi başlatmış; borçlu Firmanın itirazı üzerine İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen itirazın iptali davasında 287.790 YTL alacağı tespit edilmiş; davalının haksız ve kötü niyetli itirazının iptaline karar verilmiş ve karar kesinleşmiştir. Devam eden icra ve iflaslı takip süreçleri ile bu süreçlere ilişkin davalarda başvurucunun borçlu Şirketten alacağı olmadığına dair bir karara rastlanmamış gerek Bakanlık gerekse TMSF Başkanlığı bu yönde bir beyanda bulunmamıştır.

105. Başvurucunun İstanbul 8. İdare Mahkemesi nezdinde 17/11/2006 tarihinde açtığı zımni reddin iptali ve alacağın yasal faiziyle birlikte tazmini istemli davada da alacağının olmadığı yönünde bir karar verilmemiş, alacaktan TMSF'nin sorumlu olup olmadığı tartışılmıştır. Son olarak TMSF yönetiminde borçlu Şirketin tasfiye cetveli çıkarılırken başvurucunun talep ettiği miktardan farklı olmakla beraber 59.517,06 TL alacak tasfiye cetvelinin 4. sırasına işlenmiş olup hâlen ödenmediği TMSF'nin cevap yazısından anlaşılmaktadır.

106. Bu durumda başvurucunun borçlu Şirketten alacaklı olduğu, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı

kapsamında korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

ii. Müdahalenin Varlığı

107. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini düşünen, medeni haklara sahip gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru açısından dava ehliyeti tanınmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir.

108. Somut başvuruya konu davada başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamında yer alan alacağının borçlusu başlangıçta bir özel hukuk tüzel kişisidir. Bu durumda başvurunun esastan incelenebilmesi için başvurucunun söz konusu özel hukuk tüzel kişisinden olan alacağına ulaşmasını engelleyen bir kamu müdahalesinin olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

109. Somut başvuruya konu olaylar incelendiğinde başvurucunun borçlu Şirketten olan alacağını tahsil etmek amacıyla 8/1/2003 tarihinde icra takibine başladığı, takibe itiraz edilmesi üzerine başvurucunun borçlu Şirket aleyhine İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde itirazın iptali davası açtığı ve Mahkemenin 13/4/2004 tarihli kararıyla davalı borçlu Şirketin haksız ve kötü niyetli itirazının iptaline, bilirkişi raporuyla belirlenen alacağa yönelik takiplerin devamına ve borçlu Şirketin alacağın %40'ı oranında icra inkâr tazminatı ile sorumlu tutulmasına karar verildiği; bu kararın kesinleşmesiyle icra takibine devam edilerek çeşitli tarihlerde ödeme emirleri gönderildiği; borçlu Şirketin menkul ve gayrimenkulleri haczedildikten sonra 17/5/2004 tarihinde dört adet marka ile 118 yayın üzerine hacizler konduğu anlaşılmaktadır.

110. Başvurucunun başlattığı icra takipleri devam ederken TMSF, 13/2/2004 tarihli Fon Kurulu kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'a dayanarak daha önce el koyduğu Banka hâkim ortaklarına ait borçlu Şirketin de

yönetim ve denetimine el koymuş ve mevcut Yönetim ve Denetim Kurulu üyelerini azlederek yerlerine yeni üyeler atamıştır. Borçlu Şirket hukuken özel hukuk tüzel kişisi de olsa 13/2/2004 tarihinden sonra TMSF'nin yönetim ve denetimi altında faaliyet göstermeye devam etmiştir.

111. Başvurucu icra takibini sürdürürken TMSF, 6183 ve 4389 sayılı Kanunlara dayanarak 18/5/2004 tarihinde, el konmuş bankanın TMSF tarafından üstlenilen zararları karşılığı Borçlu Şirket hakkında 7.739.663.000 YTL'lik haciz işlemi uygulamıştır. Bir kamu alacağı olan TMSF alacağı, 2004 sayılı Kanun'un 206. maddesine ve 6183 sayılı Kanun'a göre daha önce haciz işlemi uygulayan başvurucunun alacağı, daha önce tahsil edilmesi gereken alacak konumunda olmakla birlikte başvurucu daha önce haciz işlemi uyguladığından 2004 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre haczin paraya çevrilmesi hâlinde garameten paylaşım gerekmektedir. 4389 ve 5411 sayılı Kanunlar ise TMSF alacağına 6183 sayılı Kanun'da ifade edilen diğer alacaklara göre üstünlük tanımanın yanında tahsil işlemleri için de farklı yöntemler ve yetkiler vermektedir.

112. Başvurucu, borçlu Şirketten olan alacağını tahsil etmek amacıyla ayrıca iflas yolu ile takip süreci de başlatmış ancak TMSF'nin yönetimindeki borçlu Şirketin 8/11/2004 tarihli itirazı üzerine İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen iflas davasına TMSF vekili 15/2/2005 tarihli dilekçesiyle müdahil olarak katılarak 22/2/2005 tarihli duruşmada borçlu Şirketin Fon Kurulu kararıyla yönetim ve denetiminin Fona geçtiğini ve üzerinde tedbir bulunduğunu beyan etmiştir. TMSF vekili ayrıca diğer itirazları yanında borçlu Şirket üzerinde TMSF'nin 6183 sayılı Kanun'a göre başlattığı 7.7 milyar YTL tutarlı haciz bulunduğunu, 2004 sayılı Kanun'un 206. maddesine göre bu alacağın 3. sırada, başvurucunun alacağının 4. sırada bulunduğunu; 4389 sayılı mülga Kanun'un 16. maddesi gereği borçlu Şirket aleyhine devam eden tüm icra ve iflas takibatının durması gerektiğini beyan etmiştir. TMSF'nin borçlu Şirkete uyguladığı haciz, borçlu Şirketin hakim ortaklarının el konan ve tasfiye edilen Bankanın TMSF tarafından karşılanan zararları ve mudilerine yapılan ödemelerden kaynaklanmaktadır. Mahkeme 20/12/2005 tarihli kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendi gereği el konan şirketlerin iki yıl içinde iktisadi bütünlük oluşturulan mahcuzlarının Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınmasının ve satışının talep edilemeyeceği ve iflaslarına ka-

rar verilemeyeceği gerekçesiyle iflas talepli davayı reddetmiştir. Bu dava, Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12/4/2007 tarihli kararı ile onanmıştır.

113. Başvurucu; borçlu Şirketin bünyesinde bulunan Star gazetesi ile Star televizyonunun satılacağına dair haberler sonrasında 28/7/2005 tarihinde İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinden muhafaza tedbiri alınmasını, bu tedbir varsa süresinin uzatılmasını talep etmiş ancak borçlu Şirket vekili 6/7/2005 ile 7/9/2005 tarihli dilekçeleriyle 4389 sayılı mülga Kanun gereği TMSF'nin yönetim ve denetimi altında olan şirketler aleyhine iflas kararı verilemeyeceği ve müvekkilinin kamu yararı gereği TMSF tarafından üçüncü kişilere satılacağı dikkate alınarak tedbirin kaldırılmasını talep etmiş ve Mahkeme 4/10/2005 tarihli ara kararıyla TMSF Fon Kurulunun kararı ve 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendi ile 6183 sayılı Kanun'a dayanarak muhafaza tedbirini kaldırmıştır. Akabinde TMSF tarafından içinde borçlu Şirketin kıymet ifade eden tüm varlıklarının da yer aldığı Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğü, 5411 sayılı Kanun'a göre TMSF tarafından atanan ve başka kanunlardaki sınırlamalara tabi olmaksızın işlem yapan Satış Komisyonu tarafından 25/1/2006 tarihinde gerçekleştirilen ihale sonucu 8.000.000,00 ABD doları bedelle satılmış ve faiziyle beraber 8.779.463,17 ABD doları tahsil edilmiştir. TMSF Satış Komisyonu Başkanlığı tarafından elde edilen gelirin 4.032.324,39 ABD doları şirketlerin Gelir İdaresi Başkanlığına borçları (vergi borçları) karşılığı, 1.435.482,93 ABD doları Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına borçları karşılığı olarak bakiyesi ise borçlu Şirket hakim ortaklarının batan bankasının TMSF'ce üstlenilen zararları karşılığı TMSF'ye ayrılmıştır. Başvurucu alacağını başka türlü tahsil etme imkânının kalmadığı gerekçesiyle TMSF'ye başvurmuş ve 17/11/2006 tarihinde idari dava sürecini başlatmıştır. Değer ifade eden mal varlığı kalmayan borçlu Şirket, 18/10/2007 tarihli TMSF Fon Kurulu kararıyla tasfiye edilmiştir.

114. Özetle başvurucunun alacağını tahsil etmek üzere başlattığı icra takiplerinde borçlu Şirket adına tescilli 4 adet marka ile 118 yayın üzerine haciz konmasını sağladığı ve alacağın tahsil edilme kabiliyetinin bulunduğu ancak haczedilen değerlerin paraya çevrilmesi aşamasında TMSF'nin borçlu Şirket hakim ortaklarının önce Bankasına ardından borçlu Şirkete de el koyarak Banka borçlarına istinaden borçlu Şirkete 7.7 milyar TL haciz uyguladığı, TMSF yönetimine geçen borçlu Şirket ile davaya müdahil

olan TMSF'nin 4389 sayılı mülga Kanun'a dayanarak yaptıkları itirazlar neticesinde borçlu Şirket hakkında başvurucunun başlattığı icra ve iflas takiplerinin durduğu, borçlu Şirketin parasal kıymet ifade eden tüm varlıklarının TMSF tarafından 5411 sayılı Kanun'a dayanılarak satıldığı, elde edilen gelirin borçlu Şirketin diğer kamu borçları ile batan banka zararı karşılığı TMSF'ye olan borçlarına mahsup edildiği ve borçlu Şirketin tasfiye edildiği anlaşılmaktadır.

115. Bahsedilen süreçler 2004 ve 6183 sayılı Kanunlarda öngörülen takip süreçleri olmayıp TMSF tarafından kendisine verilen geniş takdir yetkisi ile yürütülen işlemler sonucunda gerçekleştirilmiştir. Bu durumda başvurucunun icra ve iflas takiplerinin 4389 ve 5411 sayılı Kanunların verdiği olağanüstü yetkilere dayanılarak TMSF ve TMSF yönetimindeki borçlu Şirketin müdahaleleri ile engellendiği, borçlu Şirketin mal varlıklarının TMSF tarafından satılarak elde edilen gelirin kamu alacaklarına ayrıldığı ve borçlu Şirketin tasfiye edildiği, başvurucunun alacağını tahsil etmesinin kamu kurumunun müdahalesi ile mevcut koşullarda imkânsız hâle geldiği anlaşıldığından başvurucunun mülkiyet hakkına müdahalenin bulunduğu açıktır.

iii. Müdahalenin Niteliği

116. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan Öte yandan mülkiyet hakkı, kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma ve tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir. Anayasa'ya göre bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebilir. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği belirtilmiştir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, §§ 28, 32).

117. Anayasa'nın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşme'nin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa daha geniş manada mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına almaktadır (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 46).

118. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken Sözleşme'ye ek (1) No.lu Protokol'ün birinci maddesinin ikinci fıkrası devletlere mülkiyeti kamu yararına düzenleme ile vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduklarını kabul etmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 47).

119. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesi şeklinde ifade edilen birinci kuralın özel görünüm şekilleridir ve bu nedenle genel nitelikli birinci kuralın ışığı altında anlaşılmaları gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37).

120. Başvuru konusu olayda başvurucunun bir özel hukuk tüzel kişisinden olan alacağının kamu gücü kullanılarak yapılan müdahaleler sonucu mevcut koşullarda tahsil edilme imkânı kalmamıştır. Bu müdahalelerden ilki borçlu Şirketin hakim ortaklarına ait Bankaya el konması sonrasında borçlu Şirkete de el konması ve başvurucunun el konan Şirketle ilgili devam eden icra ve iflas takiplerinin durdurulması ile icra aracılığıyla hacizli malların satışının engellenmesi şeklinde gerçekleşmiştir. İkinci müdahale ise borçlu Şirketle beraber beş şirketin değer ifade eden varlıklarının iktisadi ve ticari bütünlük oluşturularak satılması ve elde edilen gelirin mal varlıkları satılan beş şirketin önce vergi ve sosyal güvenlik borçlarına, daha sonra ise Banka nedeni ile borçlu Şirket hakim ortaklarına TMSF'ye olan borçlarına karşılık olarak ayrılması ve başvurucuya herhangi bir ödeme yapılmaması şeklinde gerçekleştirilmiştir.

121. Vergi ve sosyal güvenlik prim ödemelerine ilişkin müdahaleler mülkiyet hakkının üçüncü kuralı olarak ifade edilen mülkiyet hakkının düzenlenmesi veya kullanımının kontrolü başlığı altında incelenmektedir. Başvuruya konu olayda başvurucunun kendisine ait olmayan vergi ve sosyal güvenlik ödemeleri söz konusudur. Bahsedilen kamu alacakları yanında esas olarak TMSF'nin banka kaynaklı alacaklarının ödenmesine

öncelik, ayrıcalık ve üstünlük tanınması sebebiyle başvurucunun icra takipleri sonuçsuz kalmıştır. 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarla TMSF'ye verilen geniş yetkiler kullanılarak gerçekleştirilen satışlar ile elde edilen gelir de TMSF tarafından diğer alacaklılar dâhil edilmeden tamamı kamu alacakları için paylaştırılmıştır. Yapılan müdahaleler doğrudan başvurucunun mülküne yönelik olmayıp kamu alacağını garanti altına almaya yönelik müdahalelerdir.

122. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale, mülkiyet hakkını (somut olayda alacak hakkını) kesin olarak sonlandıran ve kamuya devreden kamulaştırma gibi bir müdahale olarak kabul edilemez. Bakanlığın ve TMSF'nin yazılarında ifade edildiği gibi başvurucunun tasfiye edilen borçlu Şirketten alacağı en azından kâğıt üzerinde devam etmektedir.

123. TMSF'nin banka kaynaklı alacaklarına öncelik, üstünlük ve ayrıcalık tanıyan düzenlemelere dayanılarak gerçekleştirilen işlemler sonucu başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale edilmiş; yapılan müdahaleler sonucu başvurucu, alacağını tahsil edememiş ve başvurucunun mülkiyet hakkı kullanılamaz hâle gelmiştir. Bu durumda yapılan müdahaleleri, devletin mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi kapsamında mülkiyet hakkının üçüncü kuralı çerçevesinde incelemek gerekmektedir.

124. Bu aşamada başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuniliği, meşru amacı ve ölçülülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

Kanunilik

125. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, mülkiyet hakkının sınırsız bir hak olmadığı belirtilmektedir. Anayasa'nın 35. ve 13. maddeleri ise mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiğini hüküm altına almaktadır. AİHM, yasada öngörülen koşulları bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malonei/İngiltere,* B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 31).

126. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 56).

127. 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 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 içermeyi ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni, bireylerin -gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle- hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

128. Somut olay bakımından başvurucunun mülkiyet hakkına ilk aşamada icra ve iflas takiplerinin durdurulması şeklinde yapılan müdahale, 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının açık hükümlerine dayanılarak gerçekleştirilmiştir. İkinci aşamada ise borçlu Şirketin varlıkları, 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin 6., 8, ve 9. fıkraları ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik hükümlerine dayanılarak satılmış ve ardından elde edilen gelir kamu alacakları arasında paylaştırılmış, TMSF Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümlerine dayanılarak borçlu Şirketin tasfiyesi gerçekleştirilmiştir.

129. Anılan Kanun ve Yönetmelik maddeleri, kamu idaresine söz konusu işlemleri yapma konusunda açık yetki vermekte ve tahsil edilen gelirin paylaştırılması hususunda da geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle ilgili düzenlemelerin açık olduğu anlaşılmaktadır. Bahsedilen açık

düzenlemeler, Resmî Gazete'de ve ilgili kurumların internet sitelerinde yayımlanmış olup yayımlandıkları tarihte ulaşılabilir niteliktedir.

130. Bununla birlikte 6183 sayılı Kanun'un "*Amme alacaklarında rüçhan hakkı*" başlıklı 21. maddesinin birinci fıkrası hükmü gereği bir şahsın mal varlığına kamu alacakları için haciz konmadan önce özel alacaklar için haciz konur ve hacizli mallar satılıncaya kadar kamu alacakları için haciz konursa satış bedelinin özel-kamu alacaklılar arasında garameten paylaştırılması gerekmektedir. Bu düzenlemede, kamu alacakları için takip başlatıldığında daha önce harekete geçen özel alacaklıların menfaatlerinin nasıl korunacağına ilişkin belirlilik sağlanmıştır. TMSF'ye alacaklarının tahsili için olağanüstü yetkiler tanıyan 4389 sayılı mülga Kanun ve yerine geçen 5411 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler ise somut başvuruya konu olayda olduğu gibi geçmişte meydana gelmiş borç ve alacak ilişkileri nedeniyle yine geçmişte başlamış; devam eden takip ve tahsil süreçlerine etkili olacak şekilde uygulanmıştır.

131. Ayrıca 6183 ve 2004 sayılı Kanunların olağan uygulamasında kamu alacakları için ilgili kamu kurumu taraf olarak icra veya iflas işlemlerine katılırken ve bu işlemler icra dairelerince yürütülürken 4389 sayılı mülga Kanun ve yerine geçen 5411 sayılı Kanun'la verilen yetkilere istinaden TMSF, kendisine verilen takdir yetkisi çerçevesinde satışı yapılacak varlıklara ilişkin koşulları belirleyebilmekte; satışa karar verebilmekte ve satış hasılatını alacaklılara paylaştırabilmektedir. Başvuru konusu olayda el koyduğu şirketlerin geçmiş dönemden kalan borçlarında olduğu gibi ödeme, ihale alıcısına ödetme veya duruma göre ödememe yetkisini de uhdesinde toplamaktadır. Üçüncü kişi alacaklılar ise takip konusu mal varlığı ile ilgili satış talep edememekte, takip edilen şirketlerin iflasını isteyememekte, TMSF'nin yapacağı satış işlemlerine karşı muhafaza tedbiri uygulayamamakta ve Fon tarafından konulan takyidat bakımından zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler de işlememektedir.

132. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesine göre başvurucunun alacağı gibi satış tarihine kadar tahakkuk etmiş olmak şartıyla borçların ödenmesine ilişkin sıralama;

i. Şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçları,

ii. Kişilerin devlete ve sosyal güvenlik kuruluşlarına olan 6183 sayılı Kanun kapsamındaki borçları ile GSM imtiyaz sözleşmesinden doğan Hazine payı borçları,

iii. Diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üst kurullara olan borçları şeklinde yapılmıştır.

133. Bu sıralamanın dikkate alınması hâlinde satış hasılatı olan 8.000.000 ABD doları ile başvurucunun ilk sırada alacağına kavuşabilmesi muhtemel olmakla birlikte aynı fıkra hükmü içinde bu sıraya göre dağıtım yapılması "Fon Kurulu tarafından karar verilmesi" şartına bağlanmıştır. Bu durumda bir yandan satış bedelini dağıtmakla yetkili olan ancak diğer yandan kendisi de alacaklı olan Fon, sıralama konusunda inisiyatif kullanarak başvurucu ve aynı durumdaki alacaklıların önceliğini ortadan kaldırabilme yetkisine sahip olup somut başvuruya konu işlemlerde bu yetkisini kendi menfaatine uygun ve başvurucu vb. alacaklıların menfaatine aykırı olarak kullanarak başvurucunun alacağının doğduğu ve takip sürecini başlattığı tarihte öngöremeyeceği bir şekilde başvurucunun alacaklarının tahsilini engellemiştir.

134. 5411, 6183 ve 2004 sayılı Kanunların ilgili hükümleri incelendiğinde alacakların dağıtımı bakımından ayrı ayrı sıralama yapmaya imkân verdikleri, sıralamada önceliğin belirlenmesi inisiyatifinin tamamen TMSF'de olduğu ve bu belirlemeyi yapan TMSF'nin aynı zamanda alacaklı da olması sebebiyle kendi lehine fakat başvurucu aleyhine olacak şekilde sıra cetvelini düzenleyebileceği (ve somut olayda düzenlediği) anlaşılmaktadır.

135. TMSF'ye oldukça geniş yetkiler veren düzenlemeler somut başvuruya konu davada daha önce meydana gelmiş olayları etkilemekle beraber ancak ilgili düzenlemelerin yürürlüğe girdiği ve uygulandığı tarihte öngörülebilmesi mümkün olmuştur. Bu nedenle bahse konu düzenlemelerin devam eden takip ve tahsil süreçlerine uygulanması hukuki öngörülebilirliği zorlaştırmakla beraber ölçülülük ilkesi yönünden yapılan incelemede bu husus birlikte değerlendirilmek üzere bu aşamada üzerinde daha fazla durulmamış ve bir sonuca varılmasına gerek görülmemiştir.

136. Bu durumda müdahalenin kamu yararı meşru amacının bulunup bulunmadığının incelemesine geçilecektir.

Meşru Amaç

137. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumundadır. Kamu yararı, doğası gereği geniş bir kavramdır. Yasama ve yürütme organları, toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde ise uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Anayasa Mahkemesinin -bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça- yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, §§ 34, 35, 36).

138. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin gerekçesi TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından hazırlanan 972 sayılı Esas Komisyon Raporu'nda aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

"Fona, Fon gelirlerinin tahsilinde, banka kaynaklarının istismarı sebebiyle faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hâkim ortakları ve yöneticileri hakkında yapacağı takiplerde ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile bu Kanun uyarınca banka tarafından yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tâbi mevduat ve katılım fonu tutarı ile Fon tarafından tespit edilen mevduat ve katılım fonu tutarı arasında bir fark bulunması halinde bu farkın tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uyarınca takip ve tahsili yetkisi verilmiş, bu yetki çerçevesinde Fonun idari yetkilerle donatılması suretiyle alacaklarının tahsil kabiliyetinin artırılması amaçlanmıştır.

…

Fon alacaklarının hak kaybına sebebiyet vermeden tahsilinin hızlandırılmasını teminen, iflas bürosunun ve iflas idaresinin oluşumunda yeni düzenleme getirilmiştir. Mülga metindeki icra tetkik merciine tanınan takdir hakkı kaldırılarak Fonun talebine uygun işlem tesis edilmesi öngörülmüştür.

…"

139. Bahsedilen el konan şirketlerle ilgili icra ve iflas takiplerinin durdurulmasını sağlayan 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinde yer alan düzenlemelerin amacının el konan şirketlerin el koymaya neden olan Banka ve hakim ortakları ile olan muvazaalı ilişkileri nedeniyle oluşabilecek değer kaybının engellenmesi ve bu şirketlerden elde edilecek ve Banka borcuna mahsup edilecek kamu alacağının garanti altına alınması olduğu anlaşılmaktadır. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesiyle verilen iktisadi ve ticari bütünlük oluşturarak satış yapma yetkisi ise icra kanalıyla ve 6183 sayılı Kanun'a dayanarak tek tek mal varlığı satmak yerine ekonomik değer ihtiva eden tüm varlık ve hakların birlikte satılarak daha yüksek gelir elde edilmesini ve kamu alacağının tahsil kabiliyetinin artırılmasını hedeflemektedir.

140. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesi, icra müdürlüğü ve icra tetkik mercii yerine TMSF'ye tasfiye komisyonları kurma, satış, tahsilat ve elde edilen gelirin paylaştırılması konusunda yetki vermektedir. Aynı maddeyle iktisadi ve ticari bütünlük oluşturarak yapılan satışlardan elde edilen gelirin alacaklılar arasında paylaştırılması hususunda da TMSF'ye takdir yetkisi verilmektedir. TMSF'nin daha rahat hareket ederek el konan şirketlere ait gerekli gördüğü borçların ödenmesi ve böylelikle tasfiye işlemlerinde gerekli kolaylığın sağlanmasının ve yüksek oranlı kamu alacağı tahsilatının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Nitekim TMSF cevap yazısında, Star Gazetesi İktisadi ve Ticari Bütünlüğünün geçmiş dönem borçlarının hiçbirinin ödenmediği zira tahsilatın Banka kaynaklı kamu borcunu karşılamaya yetmediği ifade edilmiştir.

141. Bahsedilen Kanun ve Yönetmelik maddelerinin amacının batan ve el konulan bankalar nedeniyle oluşan kamu zararının bu bankaların hakim ortaklarına ait şirketler dâhil tüm varlıkların hızla paraya çevrilerek tahsil edilmesi ve ayrıca bu Banka hakim ortaklarının diğer şirketlerle girdikleri muvazaalı işlemler nedeniyle meydana gelebilecek varlık kayıplarının engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. İlgili düzenlemelerle bu amaca ulaşmak için TMSF'ye alacak takibine ilişkin mevcut mevzuat hükümlerinden çok daha geniş yetkiler ve öncelikler tanınmış, iktisadi ve ticari bütünlük oluşturarak varlık satışı gibi yeni tahsilat yöntemleri ihdas edilmiş ve daha hızlı ve etkin hareket edilebilmesini teminen işlemlerin tamamının tek yetkili olarak TMSF tarafından yürütülmesi için geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır.

142. Kanun koyucu, oluşan kamu zararını sebep olanlardan tahsil etmek için ilgili kamu idarelerine gerekli yetkileri verebilir ve kamu kurumları kamu zararını karşılamak için gerekli işlemleri yaparlar. Verilen bu görev ve yetkiler ile bunların uygulaması açıkça temelden yoksun veya keyfî olmadıkça Anayasa Mahkemesince bu yetkilerin kamu yararı amacı taşıyıp taşımadığı esas yönünden incelenmez. Sonuç olarak ilgili mevzuatta kamu yararının amaçlandığı, ilgili kurumların kamu zararını karşılamak amacıyla hareket ettiği, bunun aksini gösteren somut bir bilgi ve belgenin bulunmadığı anlaşıldığından kamu yararı amacının bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

143. Bu aşamada kamu yararı amacına yönelik olduğu anlaşılan müdahalelerin ölçülülüğünün kanunilik ilkesi gözönünde bulundurularak incelenmesi gerekmektedir.

Ölçülülük

144. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 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."*

145. Anayasa'nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyet hakları ancak kanunun öngördüğü usullerle ve kamu yararı gereği sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet haklarının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

146. 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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, 19/12/2013, § 38).

AİHM de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yapılan müdahalenin kamu yararı ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamakta; bu çerçevede bireylerin mülklerinin değeriyle orantılı makul bir bedel ödenmeden mülklerinden mahrum edilmesi hâlinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmetmektedir. Bununla beraber Sözleşme ile korunan mülkiyet hakkı her durumda tam bedelin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform ya da sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş çaplı tedbirleri uygulamaya yönelik istisnai durumlarda meşru kamu yararı amacıyla yoksun bırakılan mülkiyetin piyasa değerinin altında ödeme yapılması ölçülülük ilkesine aykırı bulunmayabilmektedir (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75 ve 72/52/75, 23/9/1982, § 69; *James ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 54; *Papachelas/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999, § 48; *Lithgow ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8/7/1986 § 120, 121).

Anayasa'da ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyeti sınırlamaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da yasallık, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması şartı kural olarak aranmaktadır (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 83, 84). Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır. Bunun yanında ölçülülük ilkesi gereği mülkiyetten yoksun bırakmada aranan tazminat ödeme yükümlülüğü, davanın koşullarına göre düzenleme yetkisinin kullanıldığı durumlarda gerekmeyebilmektedir (*Depalle/Fransa*, § 91).

Somut başvuruya konu olaylar incelendiğinde başvurucunun borçlu Şirketten olan alacağını tahsil etmek amacıyla 8/1/2003 tarihinde icra takibine başladığı, takibe itiraz edilmesi üzerine İstanbul 6. Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde görülen itirazın iptali davasında Mahkemenin 13/4/2004 tarihli kararıyla davalı borçlu Şirketin haksız ve kötü niyetli itirazının iptaline, bilirkişi raporuyla belirlenen alacağa yönelik takiplerin devamına ve borçlu Şirketin alacağın %40'ı oranında icra inkâr tazminatı ile sorumlu tutulmasına karar verildiği, bu kararın kesinleşmesiyle

icra takibine devam edilerek borçlu Şirket adına tescilli dört adet marka ile 118 yayın üzerine 17/5/2004 tarihinde hacizler konduğu, başvurucu ile borçlu Şirket arasında icra takibi ve dava süreci devam ederken TMSF'nin 3/7/2003 tarihinde İmar Bankasına ve ardından 13/2/2004 tarihli Fon Kurulu kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'a dayanarak Banka ortaklarına ait aralarında borçlu Şirketin de bulunduğu çok sayıda şirketin yönetim ve denetimine de el koyduğu ve mevcut Yönetim ve Denetim Kurulu üyelerini azlederek yerlerine yeni üyeler atadığı ve TMSF tarafından üstlenen banka zararları karşılığı borçlu Şirkete 18/5/2004 tarihinde 7.739.663.000 YTL haciz işlemi uygulandığı anlaşılmaktadır. Devam eden süreçte başvurucunun icra ve iflas takipleri TMSF yönetimindeki borçlu Şirket ile TMSF'nin 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. ve 16. maddelerine dayanarak yaptıkları itirazlar üzerine durmuştur. İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesinde görülen iflas davasına TMSF vekili müdahil olarak katılmış ve borçlu Şirketin Fon Kurulu kararıyla yönetim ve denetiminin Fona geçtiğini ve üzerinde tedbir bulunduğunu, borçlu Şirket üzerinde TMSF'nin 6183 sayılı Kanun'a göre başlattığı 7,7 milyar YTL tutarlı haciz bulunduğunu, 2004 sayılı Kanunu'nun 206. maddesine göre bu alacağın 3. sırada ve başvurucunun alacağının 4. sırada bulunduğunu, 4389 sayılı mülga Kanun gereği devam eden tüm icra ve iflas takibatının durması gerektiğini beyan etmiştir. Mahkeme de yapılan itirazları değerlendirerek 20/12/2005 tarihli kararıyla 4389 sayılı mülga Kanun'un 15. maddesinin yedinci fıkrasının (a) bendi gereği el konan şirketlerin iki yıl içinde iktisadi bütünlük oluşturulan mahcuzlarının Fonun izni olmaksızın imtiyazlı alacaklar dâhil üçüncü kişiler tarafından muhafaza altına alınmasının ve satışının talep edilemeyeceği, iflaslarına karar verilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Bu karar Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 12/4/2007 tarihli kararı ile onanmıştır. Sonuç olarak başvurucunun icra ve iflas yoluyla yaptığı takipler TMSF ve TMSF yönetimindeki borçlu Şirketin 4389 sayılı mülga Kanun'a dayanarak yaptığı müdahaleler ile sonuçsuz kalmıştır (bkz. §§ 20, 21, 25, 26).

TMSF tarafından 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesi ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümlerine dayanılarak içinde borçlu Şirketin de yer aldığı el konan Bankanın hakim ortaklarına ait beş şirkete ait kıymet ifade eden tüm varlıklar Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğü hâline getirilerek 25/1/2006 tarihinde gerçekleştirilen ihale ile 8.000.000 ABD doları bedelle

satılmış ve faiziyle beraber 8.779.463,17 ABD doları tahsil edilmiştir. TMSF Satış Komisyonu Başkanlığı tarafından elde edilen gelirden 4.032.324,39 ABD doları şirketlerin Gelir İdaresi Başkanlığına borçları (vergi borçları) karşılığı, 1.435.482,93 ABD doları Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına borçları karşılığı olarak ve bakiyesi 3.311.655,85 ABD doları borçlu Şirket hakim ortaklarının batan Bankasının TMSF'ce üstlenilen zararları karşılığı TMSF'ye ayrılmıştır. Başvurucu alacağını başka türlü tahsil etme imkânının kalmadığı gerekçesiyle TMSF'ye başvurmuş ve 17/11/2006 tarihinde idari dava sürecini başlatmıştır. Değer ifade eden mal varlığı kalmayan borçlu Şirket, 18/10/2007 tarihli TMSF Fon Kurulu kararıyla tasfiye edilmiştir. Bu süreçlerin hiçbirine başvurucu dâhil edilmemiştir.

İktisadi ve ticari bütünlük oluşturularak el konan şirketlerin varlıklarını satma ve elde edilen geliri paylaştırma işlemleri, 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesi ile bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümlerine göre gerçekleştirilmiştir. Bahsedilen düzenlemeler, borçlu Şirketlerin icra müdürlükleri kanalıyla 2004 sayılı Kanun'da öngörülen yöntemlerle icra ve iflas takipleri ile haczin paraya çevrilmesi yöntemlerinden farklı olarak TMSF'ye daha geniş yetkiler, öncelik ve ayrıcalıklar sağlamaktadır. TMSF, bu işlemleri yaparken 2004 ve 6183 sayılı Kanunlarda öngörülen süreçlerle bağlı olmayıp 4389 ve 5411 sayılı Kanunlar gereği işlemleri tek yetkili olarak gerçekleştirmektedir. 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin verdiği yetki ile TMSF el koyduğu şirketlerin mal varlıklarını veya kendilerini tek tek satmak zorunda olmayıp bu şirketlerin değer ifade eden tüm varlıklarını (taşınır ve taşınmaz mallar, lisanslar, markalar, frekans hakları, izinler, gayri maddi haklar vs.) birleştirerek bir ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak satabilmektedir. Somut başvuruya konu olayda da borçlu Şirketle beraber beş şirketin varlıkları Star gazetesi ticari ve iktisadi bütünlüğü oluşturularak satılmıştır. Elde edilen gelir de aynı Kanun'a göre TMSF tarafından oluşturulan komisyon vasıtasıyla kamu alacaklarına dağıtılmıştır. Bu dağıtım sonrasında varlıkları ticari ve iktisadi bütünlük oluşturulan şirketlerden geriye sadece isimlerinin ve borçlarının kaldığı söylenebilir.

147. Borçlu Şirketten alacağını tahsil edemeyen ve yapılan satış sonrası tahsilat imkânı da kalmayan başvurucu, 20/7/2006 tarihli ihtarname ile TMSF yönetiminin 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinde ve Tasarruf

Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik'in 25. maddesinde yer alan hükümler uyarınca TMSF'nin kendi alacaklarının ödenmesinde takdir yetkisine sahip olduğunu, İstanbul 8. Ağır Ceza Mahkemesi ve Şişli 2. Sulh Ceza Mahkemesinin borçlu Şirket hakkındaki kararlarının ilama bağlı ödemeleri kapsamadığını belirterek borçlu Şirketten alacaklarının kendisine ödenmesini talep etmiş ve zımni ret kararı üzerine İstanbul 8. İdare Mahkemesi nezdinde 17/11/2006 tarihinde iptal ve alacağın yasal faiziyle birlikte tazmini istemli dava açmıştır. Başvurucunun iddialarına karşı TMSF vekili, TMSF ve borçlu Şirketin ayrı tüzel kişiler olduğunu; alacağın borçlu Şirketten istenmesi gerektiğini, TMSF'nin taraf sıfatı bulunmadığını, TMSF'nin borçlu Şirket Grubundan kamu adına 7.7 milyar YTL alacağı bulunduğunu, el konan şirketlerin borçlarının TMSF tarafından ödenmesi hâlinde el koymanın amacının ortadan kalkacağını, özel şahısların alacağının kamu alacağının önüne geçeceğini ve kamu alacağının tahsilinin ikinci plana atılacağını, başvurucunun kaldırıldığını iddia ettiği tedbir kararının konusunun ileriye dönük zorunlu ödemeler olduğunu, geçmişi kapsamadığını, Fonun borçlu Şirketi satmadığını dolayısıyla satış geliri elde etmediğini beyan ederek davanın reddini talep etmiştir. Başvurucu vekili ise borçlu Şirketin davalı idare tarafından tüm varlıkları satıldıktan sonra davalı idarenin işlemiyle tasfiye edildiğini, alacağını ondan isteme imkânının kalmadığını ifade ederek bu görüşlere itiraz etmiştir.

148. İdare Mahkemesinin 20/2/2008 tarihli kararında, dava devam ederken 18/10/2007 tarihinde 517 sayılı Fon kararıyla borçlu Şirketin tasfiyesine karar verilerek ticaret sicilinden terkin edildiği belirtilmiş ve *"… kanunlardan kaynaklanan yetki uyarınca Ulusal Basın Gazetecilik Matbaacılık ve Yayıncılık A.Ş.'nin de denetimine ve yönetimine Fon tarafından atamaların yapıldığı ve bu şekilde kamu alacağının yasa uyarınca tahsilinin amaçlandığı anlaşıldığından Borçlu Şirketin borçlarının Fon tarafından ödenmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir yasal yükümlülük de bulunmadığından dava konusu zımni ret işleminde hukuka aykırılık bulunmamıştır."* denilerek dava reddedilmiştir. Temyiz edilen kararı inceleyen Danıştay Onüçüncü Dairesi ise 18/5/2012 tarihli kararıyla ve benzer bir gerekçe ile kararı onamıştır.

149. Öncelikle başvurucunun borçlu Şirket ile olan ilişkisi personel servisi yapmak üzere hizmet sözleşmesine dayanan ticari bir ilişki olup bankacılık faaliyetleriyle ya da Banka kaynaklarının kullanılması veya

Bankanın zarara uğratılması ile ilgili değildir. Bahsedilen personel servisi işi, günlük iş hayatının akışı için gerekli olan borçlu Şirket personelinin evleri ve iş yerleri arasında taşınmasını amaçlamaktadır. Nitekim bu konuya açıklık getirilmesini isteyen sorulara TMSF Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 28/11/2014 tarihli yazısıyla verilen cevapta, başvurucu Şirketin el konan Banka kaynaklarını kullandığı veya Bankanın zararına sebebiyet verdiğine ilişkin bir tespit veya rapor bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu durumda başvurucunun el konan Bankanın kamu tarafından üstlenilen zararları karşısındaki durumu iyi niyetli üçüncü kişi olarak değerlendirilebilir.

150. İkinci olarak başvurucunun alacaklarını icra takibi yoluyla borçlu Şirketten tahsil etmek istediği ve itiraz üzerine açılan davanın lehine sonuçlanarak sonrasında davayı, 4 marka ve 118 yayın üzerine haciz kararı işlenmesini sağladığı bir aşamaya getirdiği, bu aşamada TMSF'nin müdahaleleri ile takip sürecinin durduğu görülmektedir. Yapılan müdahaleler olmasa başvurucunun 2004 sayılı Kanun'a göre yaptığı takipler sonucunda alacağını borçlu Şirketten tahsil etme imkânının bulunduğu ve yapılan hacizler sonrasında alacağın tahsil kabiliyetinin bulunduğu görülmektedir. Zira bir tacir olarak borçlu Şirketin 287.790 YTL borcunu ödememek için bahsedilen yayın haklarından ve markalardan vazgeçmesi beklenemez. Bu durumda 2004 yılında başvurucunun alacağını tahsil edememesinin esas nedeninin idarece yapılan bahse konu müdahaleler olduğu anlaşılmaktadır.

151. Üçüncüsü, bahsedilen icra ve iflas takiplerini durduran müdahalelerin dayanağı 4389 sayılı mülga Kanun'da değişiklik yapan 12/12/2003 tarihli ve 5020 sayılı, 16/06/2004 tarihli ve 5189 sayılı, 25/5/2005 tarihli ve 5354 sayılı Kanunlardır. Başvurucunun, tahsilatı engelleyen bu müdahaleleri daha İmar Bankasına el konmadan önce icra takibine başladığı 8/1/2003 tarihinde (ve sözleşmeyi feshettiği 8/11/2002 tarihinde) tahmin etmesi mümkün değildir. Başvurucudan, bankanın mali durumunun riskli olduğunu dolayısıyla bankaya ve banka hakim ortaklarına ait diğer şirketlere gelecekte çıkarılacak bir kanuna dayanılarak el konabileceğini, icra ve iflas takiplerinin de aynı kanuna dayanılarak durdurulabileceğini, borçlu Şirketin 4389 sayılı mülga Kanun'da değişiklik yapan 5020, 5189, 5354 sayılı Kanunlara dayanılarak sonradan ihdas edilen bir yöntemle yetkilerini kullanarak değer ifade edilen tüm varlıklarının satılacağını

ve ödenmesi mümkün olmayan ve daha sonra ortaya çıkan Banka kaynaklı TMSF alacağının kendi alacağının önüne geçeceğini, satış gelirinin de bahsedilen Kanun hükümlerine göre dağıtılarak kendisine ödeme yapılmayacağını öngörmesi de beklenemez. Başvurucu için borçlu Şirketle sözleşme yaptığı ve hizmet verdiği tarihte öngörülebilir olan, alacağı için haciz yaptıktan sonra kamu alacağına dayalı bir haciz işlemi yapılırsa 2004 ve 6183 sayılı Kanunlara istinaden en kötü ihtimalle satış gelirlerinin garameten taksim edilmesidir.

152. Gerek Bakanlık gerekse TMSF Hukuk İşleri Daire Başkanlığı, başvurucunun tasfiye hâlindeki borçlu Şirketten alacağını talep etmesi gerektiği ve borçların muhatabının borçlu Şirket olduğu, başvurucunun alacağına kavuşamamasının devletin kusurundan değil borçlu Şirketin mal varlığının kalmaması sonucu gerçekleştiği yönünde görüş bildirmiştir. Başvurucu ise borçlu Şirketin varlıklarının satışı ve tasfiye masasında üçüncü sırada yer alan 7.7 milyar TL TMSF alacağı karşısında tasfiye hâlindeki borçlu Şirkete başvurarak alacağına kavuşma imkânının bulunmadığını, ayrıca tasfiye masasına başvuru zorunluluğunun da bulunmadığını ifade etmiştir.

TMSF Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 28/11/2014 tarihli cevap yazısında tasfiye hâlindeki borçlu Şirketin 9/5/2012 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan sıra cetvelinde TMSF'ye başvurucunun alacağından önce gelen 3. sırada 21 milyar TL'yi aşkın anapara ve faiz borcu bulunduğu ifade edilmiştir. TMSF tarafından 16/11/2006 tarihinde borçlu Şirketin tasfiyesine karar verilirken satışlar sonrasında değer ifade eden varlığı kalmadığı, tüzel kişiliğini devam ettirmesinin fon alacaklarının tahsili açısından yarar sağlamayacağı, firmanın borca batık olduğu ve amacını gerçekleştirme imkânının ortadan kalktığı gerekçesine dayanılmış ve TMSF Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümleri uyarınca tasfiyesine ve sicilden terkinine karar verilmiştir. Bu durumda başvurucunun alacağını tahsil kabiliyetinin mevcut koşullarda mümkün olmadığı açıktır. Diğer yandan yukarıda anlatıldığı gibi borçlu Şirketin üçüncü kişilere olan borçlarını ödemesi, bahsedilen müdahaleler ile engellenmiş; kıymet ifade eden tüm varlıkları ise TMSF tarafından ticari ve iktisadi bütünlük oluşturularak satılmış ve yine TMSF tarafından borçlu Şirketin borca batık olduğu ve amacını gerçekleştirme imkânının ortadan kalktığı gerekçesiyle tasfiyesi gerçekleştirilmiştir (bkz. § 37). Borçlu Şirke-

tin diğer alacaklarının ödenmesinin engellenmesi, mal varlıklarının satılması ve elde edilen gelirin paylaştırılması 4389 ve 5411 sayılı Kanunlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik hükümlerinin verdiği yetki ile normal icra ve iflas takipleri ve haczin paraya çevrilmesi prosedürlerinden farklı biçimde TMSF'ye kanunla verilen yetkiler kapsamında tamamıyla TMSF tarafından gerçekleştirilmiştir. Borçlu Şirketin tasfiye sürecine de başvurucu dâhil hiçbir alacaklı dâhil edilmemiş, tüm işlemler TMSF tarafından yürütülmüştür. Bütün bu koşullar altında başvurucunun muhatabının tasfiye hâlinde tüm mal varlıkları tasfiye edilmiş, borca batık ve TMSF kontrolündeki şirket olduğunu; TMSF'nin hiçbir sorumluluğunun bulunmadığını ve başvurucunun alacağına ulaşamaması sürecinin normal bir icra ve iflas takibi süreci sonunda meydana geldiğini kabul etmek mümkün değildir.

5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin 6. fıkrasına göre TMSF, el konulan şirketlerin tüm hak ve varlıklarını bir araya getirerek ticari ve iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına geçişini sağlayacak şekilde satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması hâlinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödenme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gereken şartları, ödeme tarihini ve ihalenin sair usul ve esasları ile satış şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye yetkilidir. Aynı fıkraya göre elde edilen bedelden -satış tarihine kadar tahakkuk etmiş olmak şartıyla- sırasıyla Fon Kurulu tarafından karar verilmesi hâlinde şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçları, kişilerin devlete ve sosyal güvenlik kuruluşlarına olan 6183 sayılı Kanun kapsamındaki borçları ile GSM imtiyaz sözleşmesinden doğan Hazine payı borçları ödendikten sonra kalan kısmın, kişilerin diğer kamu kurum ve kuruluşları ile üst kurullara olan borçlarına garameten taksim edilerek ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçları diğer borçlardan öncelikli kabul edilmiş ancak kamu alacakları ile birlikte ödenmesi konusunda TMSF'ye takdir yetkisi verilmiştir.

Fon Kurulu, ticari ve iktisadi bütünlük oluşturmak ve bunları kendi belirleyeceği usulle satmak, elde edilen geliri geçmiş dönem borçlularına ödetmek konusunda diğer kanunlarla bağlı olmaksızın çok geniş bir takdir yetkisi ile donatılmıştır. Bu yetki çerçevesinde ticari ve iktisadi bü-

tünlük oluşturmak ve satarak gelir elde etme süreçlerini tamamen Fon Kurulu belirlemekte; geçmiş dönem alacaklıları, ellerindeki alacak hakkı, miktarı ve dayanağı ne olursa olsun sürece dâhil edilmemektedir. Somut başvuruya konu davada da başvurucu, Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün satışı ve elde edilen gelirin paylaştırılması süreçlerinin hiçbirine dâhil edilmemiştir. 5411 sayılı Kanun ticari ve iktisadi bütünlük oluşturularak şirketlerin satılmasında, gelirin paylaştırılmasında ve şirketlerin tasfiyesinde iyi niyetli üçüncü kişi olan geçmiş dönem alacaklılarına haklarını koruyucu şekilde sürece dâhil olma veya itiraz etme şeklinde etkin bir koruyucu önlem veya TMSF tarafından sürdürülen işlemleri denetleyecek ve geçmiş dönem alacaklılarının başvurabilecekleri etkin bir mekanizma da öngörmemektedir. Bu konuda yapılan itirazları mahkemeler 4389 ve 5411 sayılı Kanunlarla verilen geniş takdir yetkisine işaret ederek reddetmektedir.

TMSF'ye verilen yetki çerçevesinde borçlu Şirketle birlikte beş şirketin varlıklarından oluşan Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün 25/1/2006 tarihli satışından faiziyle beraber 8.779.463,17 ABD doları tahsilat gerçekleştirilmiş, bu tahsilatın 4.032.324,39 ABD doları beş şirketin vergi borçları, 1.435.482,93 ABD doları Sosyal Güvenlik Kurumuna borçları karşılığı ayrılmış; kalan kısmı olan 3.311.655,85 ABD doları TMSF'ye ayrılmıştır. Ayrılan vergi ve sosyal güvenlik prim karşılıklarının beş şirketin toplam borçları olduğu anlaşılmaktadır. Bu tahsilat ve ayırma işlemlerinden satış gelirinin ne kadarının borçlu Şirketin varlıklarından kaynaklandığı ve ayrılan borç kalemlerinin ne kadarının borçlu Şirkete ait olduğu anlaşılamamaktadır. Aynı zamanda vergi ve prim borçlarının el konduğu tarihte faal olan bu şirketlerin hangi dönem borçları olduğu, tahsili konusunda el koyma öncesi hangi işlemlerin yapıldığı ve el koymadan önce takip ve tahsilat işlemleri yapılıp yapılmadığı bilinmemektedir.

Borçlu Şirkete TMSF tarafından yapılan 7.7 milyar YTL miktarlı haciz işleminin sebebi olan borcun mahiyetine baktığımızda bu borcun el konan bankanın devir tarihindeki devir zararı olduğu anlaşılmaktadır. TMSF raporlarına göre bu zararın esas nedeni, bankanın kayıtlı mevduatı ile gerçek mevduatı arasındaki fark olup mevduatın tamamı TMSF tarafından mudilere ödenmiştir (TMSF 2005 Faaliyet Raporu). Bunun dışında yurt dışına transfer edilen offshore hesaplarıyla devlet iç borçlanma senetleri kaynaklı alacaklar da bulunmakta olup ilerleyen dönemlerde bunların da

ödemesi yapılmış; devralınan ve ödenen borçlar karşılığı 9/5/2012 tarihli Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan sıra cetvelinde TMSF'nin alacağı faiziyle beraber 21 milyar TL'ye ulaşmıştır. Bu meblağ borçlu Şirketin tasfiyesine ilişkin sıra cetveli ile "Uzan Grubu"na ait diğer şirketler (228 şirket) ile İmar Bankasının sıra cetvellerine aynı miktar olarak işlenmiştir. Dolayısıyla bahsedilen TMSF alacağı, borçlu Şirketin doğrudan sebebi olduğu bir yekûn olmayıp borçlu Şirketin ortaklarının hâkim ortağı oldukları Bankanın zararları karşılığı Banka hakim ortaklarının tüm şirketlerine işlenen bir alacak mahiyetindedir.

TMSF alacağının oluşmasının nedeni İmar Bankasının kayıt altına alınmayan, mevduat sigortasına tabi tutulmayan dolayısıyla bankanın pasifinde gösterilmeyen ve karşılığı Bankanın aktiflerinde bulunmayan mevduatın TMSF tarafından kamu kaynakları kullanılarak mevduat garantisi kapsamında mudilere geri ödenmesidir. TMSF, bu alacağı el koyduğu Bankadan ve genellikle bu bankaların mali durumları iflas aşamasına geldiğinden Bankanın iştirakleri ile Banka hakim ortaklarının varlıklarına ve sahibi oldukları diğer şirketlere el koyarak tahsil etmeye çalışmıştır.

Bununla birlikte Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmektedir. 4389 sayılı mülga Kanun ve 5411 sayılı Kanun'da bahsedilen Anayasa hükmü ile devlete verilen finansal piyasaların güven içinde çalışması ve tasarruf sahiplerinin haklarının korunması amacıyla çıkarılmışlardır. Nitekim 5411 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu amaç "*Bu Kanunun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bahsedilen Kanunlar ile birçok kanun bu amacı gerçekleştirmek için kamu kurumları (BDDK, TMSF ve SPK gibi) ihdas ederek finans piyasalarının güven ve istikrarını sağlama ve tasarruf sahiplerinin haklarını koruma görevini bu kurumlar vasıtasıyla devlete yüklemiş ve bu amaçla mevduat sigortası gibi sistemleri kabul etmiştir (*Turgay Şen*, B. No: 2013/6941, 6/1/2016, § 41). Nitekim İmar Bankasına el konduğu dönemde tasarruf mevduatının tamamı mevduat güvencesi kapsamında kabul edildiğinden tüm mudilere mevduatları ödenmiştir.

Devletin üstlendiği tasarruf sahiplerinin haklarının korunması görevi gereği batan bankaların mudilerine yapılan ödemeler var olan sistemde Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu ile bunun yetmemesi hâlinde Hazine kaynaklarından karşılanmakta ve üstlenilen zarara karşılık banka hakim ortaklarına rücu edilmektedir. Ancak bu rücu işlemleri gereği banka hakim ortaklarına ait şirketlerin malvarlıkları satılarak tasfiye edilirken banka zararının oluşmasında payı olmayan bahsedilen şirketlerle normal ticari ilişkileri gereği alacaklı olan iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının korunması gerekmektedir. Aksi hâlde mevduat sahiplerinin haklarının korunması amacıyla gerçekleşen kamu zararının bir kısmı dolaylı olarak el konan banka ile bu bankanın zararları ile hiçbir ilişkisi olmayan iyi niyetli üçüncü kişilere yüklenmektedir.

Bunun yanında 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesinin 6. fıkrasına göre ticari ve iktisadi bütünlük satışından elde edilen gelirle el konan ve varlıkları satılan şirketlerin Fon Kurulu tarafından karar verilmesi hâlinde şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım, ekipman, mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını öncelikle ödeme yetkisi bulunmakla beraber somut başvuruya konu olayda bu yetki, Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün satışı sonrasında kullanılmamış ve başvurucuya herhangi bir ödeme yapılmamıştır.

5411 sayılı Kanun'un 134. maddesi iyi niyetli üçüncü kişilerin el konan ve varlıkları satılan şirketlerden olan el koyma öncesi alacaklarını koruyucu bir mekanizma öngörmüş ve bu mekanizmanın kullanılması yetkisini TMSF'ye vermiştir. Nitekim TMSF Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 28/11/2014 tarihli cevap yazısında Telsim Varlıkları Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün satışından elde edilen 4.550 milyon ABD doları gelirin bir kısmının 27/10/2005 tarihli ve 451 sayılı, 1/9/2005 tarihli ve 370 sayılı Fon Kurulu kararlarıyla Motorola, Nokia ve ABN Ambro Bankın Telsim firmasından olan el koyma öncesi alacakları Telsimin geçmiş dönem borcu olarak kabul edilerek bu firmalar ile yapılan anlaşma sonucu ödendiği ifade edilmiştir. Aynı yazıda TMSF, Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik'in 25. maddesine göre geçmiş dönem borçlarının ödetilebilmesi için a) ticari ve iktisadi bütünlük içinde yer alan mal, hak ve/veya alacakla ilgili olması veya ticari ve iktisadi bütünlüğün değerinin korunması için gerekli veya değerini artırır mahiyette olması b) borç miktarının tespitinde mutabakata varmış olması gerekmektedir.

Aynı maddede ödetme yetkisinin Fon Kuruluna ait olduğu belirtilmiştir.

Fon Kuruluna 5411 sayılı Kanun'un 134. maddesi ve ilgili Yönetmelik'in 25. maddesiyle verilen geçmiş dönem borçlarını ödetme yetkisi, geniş bir takdir yetkisiyle genel bir çerçeve çizmekte olup özellikle iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarına güvenceler getiren detaylı kriterler kabul edilmemiştir. Dolayısıyla Fon Kurulunun geçmiş dönem borçlarının ödenmesi yönünde karar verme yetkisinin sınırlandırıcı bir kriteri ve ölçüsü bulunmamakta, geçmiş dönem borçlarının ödenmesi tamamen Kurulun takdir yetkisine bırakılmaktadır. Somut başvuruya konu olaylar ile ilgili yazısında Telsim Varlıkları Ticari ve İktisadi Bütünlüğünün satış gelirinin dağıtımına ilişkin bilgiler karşılaştırıldığında, Star Gazetesi Ticari ve İktisadi Bütünlüğü satışından elde edilen gelirlerin bir kısmının Telsim Varlıkları Ticari ve İktisadi Bütünlüğü gibi geçmiş dönem borçlarına ayrılmadığı, TMSF'nin bu yetkisini kamu gelirinin değerini artırmak yönünde kullandığı, iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarını koruyucu bir uygulamayı benimsemediği anlaşılmaktadır.

Konunun bir başka boyutu ise TMSF tarafından el konan şirketlerin aynı nitelikte devam eden hizmet alımlarına istinaden hizmet verenlere ödeme yapılırken aynı hizmeti el koyma tarihinden önce bu şirketlere sağlamış olan ve el konan Bankayı zarara uğrattığı veya kaynaklarını kullandığına dair hiçbir tespit bulunmayan iyi niyetli üçüncü kişilerin haklarının tamamen görmezden gelinmesi ve bu kişilere olan borçların ödenmemesidir. TMSF tarafından yönetim ve denetimine el konan şirketlerin varlıklarını ve faaliyetlerini sürdürmeleri için mal ve hizmet alımlarına devam edilmesi ve bunun karşılığında ödeme yapılması elbette olağan kabul edilmelidir. Ancak aynı nitelikli mal ve hizmet alımı karşılığı ödenmemiş geçmiş dönem borçlarının ödeme işlemlerinin durdurulması hatta icra ve iflas takibine konu olan ve hakkında mahkeme kararı bulunanlar dâhil tamamının görmezden gelinmesi ölçülülük ilkesi ve hukuk devleti ile izah edilemez.

Sonuç olarak başvurucunun borçlu Şirketten olan, bankacılık faaliyetleriyle ilgisi bulunmayan ve tahsil etme aşamasına getirdiği alacağını tahsil etmesinin borçlu Şirkete TMSF tarafından el konması sonrasında ilgili mevzuata dayanılarak ve geçmişte doğmuş borç-alacak ilişkilerinin yine geçmişte başlamış takip ve tahsil işlemlerine etkili şekilde bu mevzuat hükümleri uygulanarak yapılan müdahaleler ile engellenmesi, borçlu Şirke-

tin tüm varlıklarının TMSF tarafından başvurucunun sürece dâhil edilmeden satılarak elde edilen gelirin geçmiş dönem borçlarını ödetme yetkisi olduğu hâlde bunların ödenmeksizin tamamının diğer kamu alacakları ile TMSF'nin el konulan Banka kaynaklı alacaklarına karşılık olarak ayrılması, bu süreçte iyi niyetli üçüncü kişi olduğu anlaşılan başvurucunun haklarının gözetilmeyerek alacağını tahsil etme imkânının ortadan kaldırılması ve devletin denetim ve gözetiminden sorumlu olduğu batan Banka nedeniyle oluşan banka zararının dolaylı olarak başvurucuya yüklenmesi nedenleriyle başvurucu aleyhine meydana getirilen hukuki belirsizlik gözönünde bulundurulduğunda, batan bankanın "kamu tarafından üstlenilen zararlarının karşılanması" şeklindeki kamu yararı amacıyla karşılaştırıldığında başvurucunun üzerine aşırı bir yüke sebep olunduğu ve başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu kanaatine ulaşılmıştır.

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

b. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

153. Başvurucu, borçlu Şirketten alacağını tahsil edememesi üzerine 2003 yılında başlattığı icra ve iflas takiplerinin sonuçsuz kaldığını, akabinde 2006 yılında açtığı idari davanın ise 2012 yılında sonuçlandırıldığını ve yargılama sürecinin yaklaşık on yıl kadar devam ettiğini, özellikle idari yargıdaki sürecin makul süreyi aştığını iddia etmiştir.

154. Başvurucunun makul süre şikâyetine konu yaptığı icra ve iflas takiplerine bağlı itiraz davalarının Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı 23/9/2012 tarihinden önce kesinleştiği anlaşılmakla beraber başvurucunun borçlu Şirketten alacağını tahsil etmek için başlattığı icra ve iflas takipleri ile bunlara ilişkin davalarının TMSF ve kontrolündeki borçlu Şirketin ilgili kanunlara dayanarak yaptıkları müdahaleler ile sonuçsuz kalması üzerine idari yargıda dava açtığı, idari yargıdaki davanın sebebinin önceki itiraz davalarının sonuçsuz kalması olduğu, hukuki süreçlerin birbiri ile doğrudan ilgili olduğu, başvurucunun sonuçsuz kalan takipler sonrasında ara vermeden ve davaları takip sorumluluğunu aksatmadan idari yargıya başvurduğu anlaşıldığından

makul süre değerlendirmesinde idari yargı süreciyle birlikte icra ve iflas takibi süreçlerinin de dikkate alınması gerekmektedir.

155. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18), Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38, 39).

156. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde gözönünde bulundurulması gereken kriterlerdir (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45).

157. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekir. Hukuk sisteminde yer alan mevzuat hükümleri gereğince "kamu hukuku" alanına dâhil olan ancak sonucu itibarıyla özel nitelikteki haklar ve yükümlülükler üzerinde belirleyici olan uyuşmazlıkları konu alan davalar da Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesinin koruması kapsamına girmektedir. Bu anlamda belirtilen düzenlemelerde yer verilen güvenceler, başvurucunun haklarına zarar verdiği iddia edilen idari bir kararın iptali talebiyle açılan davalara da uygulanacaktır (*Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 44). Başvurucu, alacaklısı olduğu ve idarece el konulan Şirketten alacağını idari işlemler

nedeniyle tahsil edememesi üzerine idareyi sorumlu tutarak alacağını talep etmiştir. Talebin zımnen reddedilmesi üzerine idari işlemin iptali ve alacağın kendisine ödenmesi talebini konu alan somut yargılama faaliyetinin medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılama olduğu anlaşılmıştır.

158. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde sürenin başlangıcı kural olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olmakla beraber bazı özel durumlarda girişimin niteliği dikkate alınarak uyuşmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir (*Selahattin Akyıl*, § 45). Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup makul süre değerlendirmesinde nazara alınacak zamanın başlangıcı, başvurucu tarafından borçlu Şirket aleyhine İstanbul 7. İcra Müdürlüğü nezdinde takip sürecinin başlatıldığı 8/1/2003'tür.

159. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 52). Bu kapsamda somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, başvurucunun karar düzeltme talebi hakkında verilen Danıştay Onüçüncü Dairesinin E.2012/2946, K.2012/2835 sayılı kararının tarihi olan 8/11/2012 olduğu anlaşılmaktadır.

160. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesi neticesinde idarenin kontrolündeki borçlu Şirketten alacağın tahsili talebini konu alan ve 17/11/2006 tarihinde idari yargıda açılan dava, İlk Derece Mahkemesi tarafından 20/2/2008 tarihinde karara bağlanmış; başvurucunun temyiz talebi 8/5/2012 tarihinde, karar düzeltme talebi ise 18/11/2012 tarihinde reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir. Yargılama sürecinde özellikle temyiz incelemesinin dört yılın üzerinde bir sürede karara bağlandığı görülmektedir.

161. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden başvuruya konu yargılama süreçlerinin icra mahkemeleri ile idari yargı makamları nezdinde sürdüğü görüldüğünden 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı mülga Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ve 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümlerine tabi yargılama faaliyetlerinin söz konusu olduğu ve bu yargılama alanlarına dâhil uyuşmazlıkları konu alan yargılama faaliyetleri için geçerli genel usul hükümleri içeren Kanunların muhtelif maddelerinin

uyuşmazlıkların makul sürede çözümlenmesi gerekliliğini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır (bkz. § 53).

162. Hukuk sistemimizde idari yargı alanında yer alan uyuşmazlıklara ilişkin dava sürelerinin makul yargılama süresini aştığı yönündeki tespitlere, AİHM tarafından verilen birçok ihlal kararında yer verilmiş olup özellikle idari yargı alanındaki yapısal sorunlar ve Danıştay nezdinde temyiz ve karar düzeltme incelemelerinde geçirilen uzun yargılama sürelerinin ihlal kararlarına temel oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda idari yargı makamları nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından özellikle 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümleri de gözönünde bulundurularak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir (*Selahattin Akyıl*, § 54-60).

163. Başvuruya konu davalarda yer alan kişi sayısı ve davaların mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılama süreçlerinin karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte davalara bütün olarak bakıldığında 1086 mülga, 2004 ve 2577 sayılı Kanunlarda yer alan usul hükümlerine tabi yargılama sürelerine ilişkin somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu on yıla yaklaşan yargılama süresinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

164. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

165. Başvurucu, tahsil etme aşamasına geldiği alacağına kavuşmasının engellenmesi ve borçlu Şirketin tasfiyesi aşamasında kendi alacağına karşılık ödeme yapılmaması sonucu mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ve yargılamanın makul süreyi aştığını iddia ederek ihlallerin ortadan kaldırılmasını; 1.444.198 TL maddi ve 50.000 TL manevi tazminat ödenmesini talep etmektedir.

166. 6216 sayılı Kanun'un "*Kararlar*" kenar başlıklı 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

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."

167. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal, başvurucunun alacağını tahsil etmesini engelleyen ve sonrasında borçlu Şirketin 5411 sayılı Kanun'da düzenlenen diğer kanunlarda öngörülenlerden farklı bir yöntemle TMSF'nin yetkili olduğu bir süreçte satışı ve tasfiyesi, elde edilen gelirin tamamının geçmiş dönem borçlarını ödetme yetkisi olduğu hâlde iyi niyetli üçüncü kişi olan başvurucunun mülkiyet hakkı gözetilmeksizin kamu alacaklarına ayrılması ile bu konuda başvurucunun açtığı davanın TMSF'nin sorumluluğu olmadığı gerekçesine dayanılarak reddedilmesinden kaynaklandığından, başvurucunun alacak miktarı ile diğer alacak miktarlarının kesinleştirilerek başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu alacakları ve diğer alacaklar arasında bir denge gözetilerek meydana gelen mağduriyetini hakkaniyete uygun telafi edecek şekilde yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın İstanbul 8. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

168. Başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin on yıla yakın yargılama süresi dikkate alındığında yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

169. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harçtan ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Duruşmalı yargılama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Mülkiyet hakkına ilişkin şikâyetin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

4. Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin şikâyetin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B.1. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Anayasa'nın 36 maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkıyla ilgili ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 OYBİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE 1/6/2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Mahkememiz, başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine, ihlali gerçekleştirenin başvuran alacaklı şirkete karşı kanunla kendisine verilen yetkiye ilişkin takdir hakkının kullanımında keyfilik yapan ve başvurucu için öngörülmez bir durum yaratan TMSF olduğu ve ancak 6216 sayılı yasanın 50. maddesi yönünden, başvurucu alacaklının mağduriyetinin giderilmesi için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan, dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.

Mahkememizce oybirliği ile alınan ihlal kararına karşı 50. madde uygulanmasında dosyanın mahkemesine iadesi kararına katılınmamıştır.

Yönetim ve denetimine el konulan borçlu şirketten olan ve yargı kararı ile kesinleşmiş alacağını, TMSF'nun 4319 ve 5411 sayılı yasalara dayanarak yaptığı müdahaleler ile tahsil edemeyen başvurucu, başvurusunda;

4319 sayılı mülga yasa, usulsüz bankacılık işlemleri nedeniyle batan bankalara TMSF tarafından el konulmak suretiyle kamu zararının karşılanmasını amaçlamış ise de, el konulan banka ile ilişkisiz olan şirket alacağının, kesinleşmiş alacak yönünden mahkeme kararlarına Anayasal uyma zorunluluğuna rağmen ve hatta benzer şekilde borçlu şirketten alacaklı Motorola, Nokia ve kendisi gibi borçlu şirketin taşıma işini üstlenmiş Ateş Tur gibi şirketlere ödeme yapılmış olmasına rağmen, kendisine ödeme yapılmadığını belirtmiş, bunu temin etmek için önce, TMSF'na , TMSF tarafından iktisadi bütünlük oluşturan mahcuzların satışına ilişkin yönetmeliğin 25. maddesinde yer alan "geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödeme yetkisi" nedeniyle, borçlu ödemesi konusunda işlem tesis etmesi amacı ile ihtar çekmiş, ancak zımni ret hali nedeniyle de İstanbul 8. İdare Mahkemesine mahkeme kararı ile kesinleşmiş alacağının ödetilmesini teminen idari işlemin İPTALİ davası açtığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

İstanbul 8.İdare Mahkemesince, fon kurulu kararı ile borçlu şirketin tasfiye edilip ticaret sicilinden terkin edildiği, borçlu şirketin borçlarının fon tarafından ödenmesine ilişkin bir yasal yükümlülükte bulunmadığı nedeni ile zımni ret işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı kararının verildiği, sonrasında temyiz edilen hükme karşı Danıştay 13. Dairesince temyiz istemini yerinde görülmediğinden mahkeme kararının onanmasına karar verildiği görülmektedir.

Başvurunun incelenmesi neticesinde Mahkememizce yapılan değerlendirmede başvurucunun mülkiyet hakkının ihlali yanında ayrıca somut başvuru yönünden alacağın tahsil edilmesi için 10 yılı aşkın yargılama süresinin de makul olmayıp Adil yargılanma hakkında ihlal edildiğine de karar verilmiştir.

6216 sayılı yasanın 50. maddesinin 1.fıkrası, ihlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmetme yetkisi vermektedir.

Başvurucu yönünden takibe konu edilen alacak miktarı ve ferileri yönünden kesinleşmemiş, belirsiz bir alan bulunmamaktadır.

Mahkememizin tespit ettiği mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararı sonrası dosyanın iade edileceği mahkeme İstanbul 8. İdare Mahkemesidir.

İlgili mahkeme yeniden yapacağı değerlendirmede bu kez, kararımız gereği tesis edilen zımni ret işleminde hukuğa uyarlılık bulunmadığı yönünde vereceği yeni karar, tesis edilen soyut idari işlemi, doğrudan ödeme yapılmasını tesis edecek icra edilebilir bir ilam haline getirmeyecek, ancak bu karara dayalı olarak TMSF'nin ödeme yapmasına yönelik idari bir tasarrufta bulunması talep edilebilecek ve sonucu beklenecektir.

Tespit edilmiş ihlalin doğrudan İdare Mahkemesi kararından kaynaklandığını söylemek olanaklı değildir.

TMSF, süreçte kendisine 5411 sayılı yasanın verdiği "… mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye veya ihale alıcısına ödetmeye fon kurulu yetkilidir." şeklindeki yetkisine rağmen kesinleşmiş başvurucu alacağının ödenmesini temini yönünde kullanmamak şeklindeki takdirinde, öncelikle kamu gücünü kullanan

olarak sorumlu ve sebep olandır. Her yönü ile kesinleşmiş bir alacağın var olan ihlalin giderilmesini teminen, başvurucuya ödetmesini sağlama yetkisi 50. maddenin 1.fıkrası gereği öncelikle Anayasa Mahkemesi'nindir. İhlale sebep olan öncelikli ve ihlali doğrudan giderecek kamu gücü niteliğindeki kurum TMSF tüzel kişiliği olduğuna göre, bulunan ihlalin giderilmesi için dosyanın mahkemesine iadesine gerek yoktur.

Somut başvuruda ayrıca makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine de karar verildiği gözetildiğinde hak ihlalinin ve sonuçlarını ortadan kaldırılmasını temin için kesinleşmiş alacağın TMSF tarafından ödenmesi şeklinde doğrudan karar verilmesi yerine açık ihlal halini almış makul sürede yargılanma hakkının ihlaline devam etme niteliğindeki mahkememiz çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

FATMA ÇAVUŞOĞLU VE BİLAL ÇAVUŞOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5167)

Karar Tarihi: 28/9/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 17/11/2016-29891

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucular	:	1. Fatma ÇAVUŞOĞLU
		2. Bilal ÇAVUŞOĞLU
Vekilleri	:	Av. Fikri DOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yasak avcılık faaliyetlerinde bulunulduğu gerekçesiyle verilen idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı yapılan başvuruların reddine ilişkin sulh ceza mahkemesi kararının temyizinin mümkün olmaması ve aynı yer asliye ceza mahkemesi nezdinde öngörülen itiraz yolunun etkisiz olması nedeniyle hak arama hürriyetinin; bir başka kişiye ait olduğu hâlde aracın kabahatte kullanıldığı gerekçesiyle orantısız bir şekilde mülkiyetinin kamuya geçirilmesi nedeniyle de mülkiyet hakkı ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/4/2014 tarihinde Finike Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 29/3/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 1/4/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 27/5/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 3/6/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Antalya ili Elmalı ilçesi Yuva beldesi Yuva Yaylası Muslukbaşı mevkiinde kaçak av yapıldığı 14/9/2013 tarihinde saat 00.30 itibarıyla ihbar edilmiştir. Olay yerine giden jandarma görevlileri, aynı tarihli tutanakla başvurucu Bilal Çavuşoğlu ve Ş.S. tarafından 07 LCD 77 plakalı Mazda marka 2005 model çift kabin (pick up cinsi) kamyonet kullanılarak gece far avı yöntemiyle avlanma yapıldığını, bu kişilerin avcılık belgesinin olmadığını, avlanma süresi dışında avlandıklarını, araç üzerinde yapılan kontrol sırasında başvurucu Bilal Çavuşoğlu'na ait Sarsılmaz Concorde LX 12 kalibre çapında bir adet takozsuz otomatik av tüfeği ve bir adet yeni vurulmuş yaban tavşanı bulunduğunu tespit etmişlerdir.

9. Kolluk görevlileri, olay yerinde tespit edilen söz konusu araca ve Sarsılmaz Concorde LX 12 kalibre çapında bir adet otomatik av tüfeği ile vurulan bir adet yaban tavşanına el koymuşlardır.

10. Veteriner hekim tarafından düzenlenen 16/9/2013 tarihli muayene raporunda, olay yerinde ele geçirilen hayvanın iki yaşında erkek bir yaban tavşanı olduğu ve vücudundaki kurşun izlerinden hayvanın av tüfeğiyle vurulduğunun tespit edildiği belirtilmiştir.

11. El konulan Mazda marka 2005 model çift kabinli açık gri renkli kamyonet, trafik sicilinde başvurucu Bilal Çavuşoğlu'nun eşi diğer başvurucu Fatma Çavuşoğlu adına tescillidir. Araç 16/9/2013 tarihinde orman muhafaza memuru tarafından yediemin senedi düzenlenerek başvurucu Bilal Çavuşoğlu'na teslim edilmiştir.

12. Orman ve Su İşleri Bakanlığı VI. Bölge Müdürlüğü Antalya Şube Müdürlüğü Korkuteli Doğa Koruma ve Millî Parklar Şefliği (Orman İdaresi) başvurucunun avlanma süreleri dışında avlanma kabahatinden 291 TL, avlaklarda avcılık belgesi olmadan avlanma kabahatinden 437 TL, Merkezî Av Komisyonu tarafından belirlenecekler dışında ses, manyetik dalga, ışık yayan araç gereçlerle avlanma kabahatinden 217 TL ve haznesi iki fişek alacak şekilde sınırlandırılmamış otomatik, yarı otomatik, pompalı vb. yivsiz av tüfekleri ile avlanmak kabahatinden 217 TL olmak üzere toplam 1.162 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

13. Orman İdaresi ayrıca aynı tarihte verdiği bir diğer kararla söz konusu kabahatlerin konusunu teşkil ettiği gerekçesiyle başvurucunun eşi Fatma Çavuşoğlu'na ait el konulan kamyonetin ve olay yerinde ele geçirilen bir adet otomatik av tüfeğinin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar vermiştir.

14. Başvurucular 4/10/2013 tarihinde Orman İdaresince verilen idari yaptırım kararlarının iptali istemiyle Elmalı Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır. Sulh Ceza Mahkemesi 21/10/2013 tarihli ve 2013/310 Değişik İş sayılı kararı ile başvurucular vekili tarafından ibraz edilen vekâletnamede "*Aslı gibidir*" ibarelerinin yer almaması ve vekâlet suret harcının da yatırılmamış olmaması nedenleriyle başvuruların reddine karar vermiştir.

15. Başvurucular 12/11/2013 tarihinde bu karara itiraz etmişler, Elmalı Asliye Ceza Mahkemesinin 15/11/2013 tarihli ve 2013/291 Değişik İş sayılı kararı ile vekâletnamenin suret harcının eksik olmasının şikâyetin reddini gerektirmediği belirtilerek itirazların kabulüne ve itiraza konu kararın kaldırılması ile dosyanın gereği için Mahkemeye gönderilmesine karar verilmiştir.

16. Başvuruları bu defa esastan inceleyen Elmalı Sulh Ceza Mahkemesi 10/1/2014 tarihli ve 2013/344 Değişik İş sayılı kararı ile başvuruların reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Dosya içerisindeki jandarma görevlilerinin düzenlemiş olduğu tespit tutanağı, Orman Muhafaza Memuru tarafından tutulan suç tutanağı dikkate alındığında olay günü şahısların yanlarında 4 adet av tüfeği bulunduğu halde Yuva Yayla Yolu üzerinde saat 00:30 sıralarında seyir halinde bulundukları zaman dikkate alındığında birlikte avlanmaya çıktıkları hususunda tereddüt bulunmadığı, şahısların farla yasak avlanma yapmaları için illa ki hayvan vurmalarının şart olmadığı, dosya içerisindeki bilgi ve bulgulara göre yasak avlanmanın sabit olduğu, kabahatte kullanılan aracın Bilal'in eşi Fatma'ya ait olduğu; Bilal'ın gece yarısı elinde av tüfeği ile araçla dışarı çıktığında eşi olan Fatma'nın Bilal'in avlanmaya gittiğini bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olması nedeniyle şahıslar hakkında verilen idari yaptırım kararlarında herhangi bir usül ve yasaya aykırılık bulunmadığından talebin reddine ... karar vermek gerekmiştir."

17. Başvurucular bu karara da itiraz etmişler, Elmalı Asliye Ceza Mahkemesinin 14/2/2014 tarihli ve 2014/50 Değişik İş sayılı kararı ile *"İncelenen dosya kapsamına, mevcut delil durumuna, Elmalı Sulh Ceza Mahkemesinin kararının dayandığı gerekçeye, gerekçede ve delillerin değerlendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmadığından, mahkemece kurulan hükmün usul ve yasaya uygun olduğu ..."* gerekçeleriyle itirazların kesin olarak reddine karar verilmiştir.

18. Nihai karar, başvurucular vekiline 5/3/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Öte yandan başvurucular bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuşlar ise de Asliye Ceza Mahkemesi 11/3/2014 tarihli kararı ile temyiz yolunun kapalı olduğu gerekçesiyle başvurucuların temyiz taleplerini reddetmiştir.

20. Başvurucular 4/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

21. 1/7/2013 tarihli ve 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun *"Av sezonu"* kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Sürüngen, kuş ve memeli av hayvanlarının sınıf ve türlerine göre eş tutma, üreme, yavru büyütme, erginleşme gibi yaşam evrelerini dikkate alarak avlanma sürelerinin başlama ve bitiş tarihleri ile populasyon durumuna göre

avlanma günleri ve av miktarlarını tespit etmeye, Devlet avlakları ve genel avlaklarda bazı türlerin avını ve bazı avlaklarda avlanmayı belli bir süre yasaklamaya; il av komisyonlarının görüş ve önerileri doğrultusunda Merkez Av Komisyonu, özel avlaklar ile örnek avlaklarda ise Bakanlık yetkilidir. Nesli tehlike altında olan, nadir, hassas ve benzeri statülerde yer alan türler ile endemik ve göçmen türlerin korunması amacıyla gerekli koruma tedbirlerini almaya, bu türler için bu Kanunda adı geçen koruma alanlarını oluşturmaya ve bu alanları ekolojik ihtiyaçlarına göre yönetmeye, doğal türlerin azalması veya nesillerinin tehlike altına girmesi durumunda yeniden yerleştirme çalışmalarının ekolojik prensiplere göre yapılmasını sağlamaya, av yasağına ilişkin esas ve usulleri tespit etmeye, avcılığın denetlenmesi ve izlenmesi çalışmalarını yapmaya ve uygulamada gerekli tedbirleri almaya Bakanlık yetkilidir.

Merkez Av Komisyonunca tespit edilen av miktarları ve avlanma süreleri dışında avlanılamaz.

..."

22. 4915 sayılı Kanun'un *"Avlanma esas ve usulleri"* kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"Avlanma, avcılık belgesi ve avlanma izni almak şartıyla, yasalarla izin verilen silâh, araç ve eğitilmiş hayvanlarla, avlanma plânlarına veya Merkez Av Komisyonu kararlarına göre yapılır.

… Haznesi iki fişek alacak şekilde sınırlandırılmamış otomatik, yarı otomatik, pompalı ve benzeri yivsiz av tüfekleri ile havalı tüfek ve tabancalar avda kullanılamaz. Eğitilmiş hayvanlarla ve mücadele kapsamında kullanım yeri, şekli ve özellikleri Merkez Av Komisyonunca belirlenecekler dışında kara, hava araçları ve yüzer araçlarla, ses, manyetik dalga, ışık yayan araç ve gereçler, canlı mühre, tuzak, kapan ve diğer benzeri araç, gereç ve usullerle avlanılamaz…

…"

23. 4915 sayılı Kanun'un *"Avlanma izni"* kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Avcılık belgesi sahibi avcılar, avlanmak istedikleri av yılına ait avlanma izin ücretini Döner Sermaye İşletmesine yatırmak suretiyle avlanma izni almak zorundadırlar. Avlanma izin ücreti Bakanlıkça, hayvan gruplarına, av-

lanmanın il, bölge veya ülke genelinde yapılmasına göre farklı olarak tespit edilebilir. Avlanma izni bir av yılı içindir.

Avlaklarda, avcılık belgesi ve avlanma izni olmadan avlanılamaz.

…"

24. 4915 sayılı Kanun'un *"Suç ve kabahatlerin takibi"* kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Avcılığın kontrolü, av hayvanlarının korunması, av yasaklarının takibi ve bu Kanunun 19 uncu maddesi kapsamında üretim yapan yerlerin denetimi Bakanlık ve Orman Genel Müdürlüğünce yapılır. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu ile 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu hükümleri saklıdır.

Genel kolluk ile, av yasaklarının takibi ile görevli olan av koruma memurları ve saha bekçileri, bu Kanunda belirtilen yasaklara aykırı hareket edenleri avlanmadan men etmeye, haklarında tutanak düzenlemeye; yasaklanan fiillerin konusunu oluşturan veya bu fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen canlı veya cansız hayvanlar ve bunların türevleri ile avlanmada kullanması veya avlaklarda, pazaryeri ve ticarethanelerde bulundurulması yasak olan eşya ve vasıtalara elkoymaya ve bu amaçla yakalamaya görevli ve yetkilidir. Av yasağına aykırı hareket edenler, olay yerinde gerekli tutanaklar düzenlendikten sonra derhal serbest bırakılır. Hüviyeti tespit edilemeyenler vakit geçirilmeksizin hüviyeti tespit edilebilecek en yakın köyün muhtar veya ihtiyar heyetine ve bunlarla da tespiti mümkün olmazsa en yakın zabıta merkezine götürülür ve Kabahatler Kanununun 40 ıncı maddesine göre işlem yapılır. Görevli memurların bulunmadığı yerlerde, kır ve köy bekçileri ile köy muhtarları da aynı yetkiyi haizdir.

…"

25. 4915 sayılı Kanun'un *"İzinsiz veya yasak yerlerde avlanma"* kenar başlıklı 23. maddesi şöyledir:

"Avlaklarda izin almadan avlananlara ve Merkez Av Komisyonunca avlanmanın yasaklandığı avlaklarda avlananlara ikiyüz Türk Lirası, özel kanunlarla avlanmanın yasaklandığı sahalar ile 2 nci maddenin 11, 12 ve 13 üncü bentlerinde tanımlanan saha ve istasyonlarda avlananlara, üçyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."

26. 4915 sayılı Kanun'un *"Avlanma esaslarına uymama ve belgesiz avlanma"* kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"6 ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında sayılan zehirle avlanma hariç diğer yasaklara ve esaslara aykırı hareket edenlere her bir aykırılık için ayrı ayrı olmak üzere yüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

...

Bu Kanuna göre alınması gereken avcılık belgesini almadan avlananlara üçyüz Türk Lirası; avlanma izni olmadan avlananlara ise yüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir.

…"

27. 4915 sayılı Kanun'un *"Avdan men etme ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi"* kenar başlıklı 28. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunla yasak edilen fiilleri işleyenler derhal avdan men edilir.

Bu Kanunun 20 nci maddesi kapsamında elkonulan av hayvanları ve türevleri ile sair eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen cansız av hayvanları ile, avlanan hayvanlardan elde edilen ürünler ve sair eşya Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından satılarak bedeli Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir.

..."

28. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun *"Yaptırım türleri"* kenar başlıklı 16. maddesi şöyledir:

"(1) Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir.

(2) İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir. "

29. 5326 sayılı Kanun'un *"Mülkiyetin kamuya geçirilmesi"* kenar başlıklı 18. maddesi şöyledir:

"(1) Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine, ancak kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir.

(2) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, eşyanın;

a) Kullanılmaz hale getirilmesi,

b) Niteliğinin değiştirilmesi,

c) Ancak belli bir surette kullanılması,

Koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir. Belirlenen süre zarfında koşulun yerine getirilmemesi halinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(3) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya elkonulabileceği gibi; eşya, kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.

(4) Eşyanın mülkiyeti, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde Devlete geçer.

(5) Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için fail hakkında idarî para cezası veya başka bir idarî yaptırım kararı verilmiş olması şart değildir.

(6) Kaim değerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir.

(7) Mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün olmazsa imha edilir.

(8) Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde yerine getirilir."

30. 5326 sayılı Kanun'un *"Başvuru yolu"* kenar başlıklı 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir."

31. 5326 sayılı Kanun'un *"İtiraz yolu"* kenar başlıklı 29. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkemenin verdiği son karara karşı, Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde yapılır."

32. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Karar"* kenar başlıklı 271. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. "

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 28/9/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucular, yasak avcılık yapıldığı gerekçesiyle Orman İdaresi tarafından verilen idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı yaptıkları başvuruların Sulh Ceza Mahkemesince reddedildiğini, başvuruların reddine ilişkin bu kararın temyizinin mümkün olmadığını, aynı yer Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde öngörülen itiraz yolunun ise etkisiz olduğunu belirterek hak arama hürriyetinin; başvuruculardan Fatma Çavuşoğlu'na ait kamyonetin tespit edilen kabahat ile bir ilgisi de olmadığı hâlde kabahate dayalı olarak orantısız bir şekilde mülkiyetinin kamuya geçirilmesi nedeniyle de mülkiyet hakları ile suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler ve yeniden yargılama talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

35. 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).

36. Başvuruculaların idari yaptırım kararlarına karşı başvurdukları Sulh Ceza Mahkemesi kararına karşı temyiz yolunun kapalı olması ve aynı yer Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde öngörülen itiraz yolunun ise etkisiz olması nedeniyle hak arama hürriyetinin engellendiğine ilişkin şikâyetleri adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

37. Başvuruculaların suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiası kapsamında ileri sürdükleri başkasına ait aracın kabahat nedeniyle mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ilişkin şikâyetlerinin ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi nedeniyle mevcut bir mal ve mülkten yoksun bırakma ile ilgili olduğu anlaşıldığından mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

38. Başvurucular, Orman İdaresi tarafından uygulanan idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarının iptali istemiyle Sulh Ceza Mahkemesine başvurduklarını ancak Sulh Ceza Mahkemesinin başvuruları reddettiğini, bu karara karşı yaptıkları itirazların da Asliye Ceza Mahkemesi tarafından reddedildiğini, temyiz yolunun kapalı olması ve itirazlar da aynı yerde görev yapan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından karara bağlanması sebebiyle etkisiz olduğunu belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

39. Bakanlığın görüş yazısında, hâkimlerin birbirlerinden etkilendiklerine ilişkin soyut iddia dışında mahkemelerin keyfî karar verdiklerine dair somut bir olgunun da bulunmadığı bildirilmiştir.

40. Başvurucular ise cevap dilekçelerinde başvuru formundaki beyanlarını yinelemişlerdir.

41. Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

42. Mahkemeye erişim hakkı sadece ilk derece mahkemesinde dava açma hakkını değil kişiye iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bunlara başvurma hakkını da içerir (*Ali Atlı*, B. No: 2013/500, 20/3/2014, § 49).

43. Anayasa'da mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre usul kanunlarının Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi, kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edilebilmesi hakkını içeren bir kurala yer verilmemiştir (*Tufan Şahin*, B. No: 2012/799, 26/3/2013, § 19). Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin gereksiz yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkların makul sürede bitirebilmesi amacıyla bir kısım mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasının anayasal hakları ihlal etmediği açıktır.

44. Başvuru konusu somut olayda, idari yaptırım kararlarının iptali istemiyle 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Sulh Ceza Mahkemesine yapılan başvuruların reddine ilişkin karara karşı 5326 sayılı Kanun'un 29. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Asliye Ceza Mahkemesine itiraz edilmiştir. Dolayısıyla başvurucu verilen kararı başka bir mahkemede denetletme imkânına sahiptir. Bunun ötesinde ikinci bir denetim yolunun belli gerekçelerle öngörülmemiş olması hak ihlali anlamını taşımaz. Bu nedenle 5271 sayılı Kanun'un 271. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca Asliye Ceza Mahkemesi tarafından bu kararın kesin olarak verilmesinin mahkemeye erişim hakkına bir engel teşkil etmediği sonucuna varılmış ve başvuru konusu işlemde açık ve görünür bir ihlal saptanmamıştır.

45. Açıklanan gerekçelerle adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin 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

46. Başvurucular, izinsiz olarak ve yasak yöntemlerle avlanma sırasında kullanıldığı gerekçesiyle kendilerine ait kamyonetin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi nedeniyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

47. 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

48. Başvurucular; kamyonetin başvurucu Bilal Çavuşoğlu tarafından kaçak avlanmada kullanıldığı gerekçesiyle uygulanan kabahat işlemi çerçevesinde, Orman İdaresince mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verildiğini, bu işlemin iptali istemiyle başvurdukları yargı sürecinden de bir sonuç alamadıklarını, bir suçta kullanılmayan kamyonetin ise bu eylem ile bir ilgisi olmayan başvurucu Fatma Çavuşoğlu'na ait olduğunu, ayrıca izinsiz olarak bir adet tavşan avlanmasından ibaret kabahat eylemi nedeniyle aracın mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin orantısız olduğunu belirterek mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

49. Bakanlığın görüş yazısında, başvuruya konu aracın yasak avlanmada kullanılması nedeniyle araca 4915 sayılı Kanun'un 20. maddesine göre el konulduğu ve Kanun'un 28. maddesine göre mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verildiği, mahkeme kararlarının gerekçeli ve dosya içeriği ile uyumlu olduğu bildirilmiştir.

50. 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."

51. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır (*Habibe Kalender ve diğerleri*, B. No: 2013/3845, 1/12/2015, § 38).

52. Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri; 35. maddesi ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit etmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan düzenlemeye uygun bir şekilde 35. maddesi de mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Buna ek olarak 35. madde, sınırlamanın kamu yararı amacıyla yapılacağını ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağını belirterek toplum yararı ile kişi yararı arasında bir denge

kurulması gerektiğini de ifade etmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, §§ 40, 41).

53. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele "mülkiyet hakkına" yönelik bir müdahale olup olmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda varlığı kabul edilen müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı, müdahalenin amacı ve kullanılan araçlar ile başvurucuya yüklenen külfetin ölçülü olup olmadığı hususlarının tespit edilmesi gerekir.

a. Mülkün Varlığı

54. Anayasa'nın 35. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri süren başvurucu, böyle bir hakkın varlığını kanıtlamak zorundadır. Bu nedenle öncelikle başvurucunun, Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26).

55. Trafik sicili 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 7. maddesinde belirtilen resmî sicillerden sayılırken bu sicile dayanılarak oluşturulan araç tescil belgeleri de (ruhsatname) aynı madde gereğince resmî senetlerden sayılır. Dolayısıyla belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Trafik sicili, içerdiği hususların doğruluğuna ilişkin karine teşkil eder.

56. Anayasa'nın 35. maddesinde yer verilen mülkiyet kavramı, kapsam itibarıyla 4721 sayılı Kanun'da yer alan mülkiyet kavramı ile sınırlı olmadığı gibi trafik siciline tescilli araç mülkiyetinin Anayasa'nın 35. maddesindeki güvence kapsamına girdiğine kuşku yoktur.

57. Başvuru konusu olayda, Orman İdaresince avlanma yasaklarına uyulmadığı gerekçesine dayalı olarak 4915 sayılı Kanun hükümlerine göre mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilen "07 LCD 77 plakalı Mazda marka 2005 model çift kabin kamyonetin (pick up)" trafik sicilinde başvurucu Fatma Çavuşoğlu adına tescilli olup başvurucu Bilal Çavuşoğlu'nun işlediği belirtilen kabahat eylemi çerçevesinde bu aracın mülkiyetinin kamuya geçirildiği dikkate alındığında somut başvuru bakımından Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkının varlığı konusunda şüphe bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

58. Anayasa'nın 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi benzer düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. Sözleşme'nin ilk cümlesi herkese mülkünden barışçıl yararlanma hakkı verirken Anayasa, daha geniş manada mülkiyet hakkını tanımaktadır. Düzenlemelerin ikinci cümleleri ise kişilerin hangi koşullarda mülkünden yoksun bırakılabileceğini ya da kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini hüküm altına almaktadır (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 46).

59. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da düzenlenmesine ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası, devletlerin mülkiyeti kamu yararı amacıyla düzenleme, vergiler ve diğer katkılar ile cezaların tahsili konusunda gerekli gördükleri yasaları uygulama konusundaki haklarını saklı tutarak taraf devletlerin genel yarara uygun olarak "mülkiyetin kullanımını kontrol" yetkisine sahip olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete, mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi vermektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, § 47).

60. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl yararlanma ilkesi şeklinde ifade edilen birinci kuralın özel görünüm şekilleridir ve bu nedenle genel nitelikli birinci kuralın ışığı altında anlaşılmaları gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 37).

61. AİHM'in idari bir işlem veya ceza yargılaması neticesine bağlı olup olmadığına bakılmaksızın bir yaptırım olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müdahalelere ilişkin genel yaklaşımı bu yaptırımın, mülkten yoksun bırakmayı içerse dahi Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında "mülkiyetin kullanımının kontrolü" olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir (kabahatlerle ilgili olarak bkz. *Milosavljev/Sırbistan*, B. No: 15112/07, 12/6/2012, § 53; *Microintelect Ood/Bulgaristan*, B. No: 34129/03, 4/3/2014, §§ 35-37. Suçlarla ilgili olarak bkz. *Frizen/Rusya*, B. No: 52824/00, 24/3/2005, §

31; *Veits/Estonya*, B. No: 12951/11, 15/1/2015, § 70 ve *AGOSI/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/1/1986, § 51).

62. Başvuru konusu kamyonetin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi, mülkten yoksun bırakmaya yol açmış ise de bu yoksun bırakma işlemi, mülkün bir kabahatte kullanıldığı gerekçesine dayalı olarak mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının kontrolü amacıyla yapılmaktadır. Bu nedenle söz konusu kamyonetin mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğu açık olup başvurunun mülkiyetin kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

63. Anayasa ve Sözleşme'de yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kurallar devlete, mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyetten yoksun bırakmaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme veya kontrol yetkisinin kullanımında da kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi veya kontrol edilmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır (*Orhan Yüksel*, B. No: 2013/604, 10/12/2015, §§ 57, 58).

i. Kanunilik

64. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması gerektiği hüküm altına alınırken Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi mülkiyetten yoksun bırakmanın kamu yararıyla, yasada öngörülen koşullarla ve uluslararası sözleşmelere uygun olarak yapılabileceğini öngörmektedir. AİHM yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (*Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri,* B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 31).

65. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre kabahatin konusunu oluştu-

ran veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine ancak kanunda açık hüküm bulunan hâllerde karar verilebilir.

66. 4915 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasında ise genel kolluk ile av yasaklarının takibi ile görevli olan av koruma memurları ve saha bekçilerinin, bu Kanun'da yasaklanan fiillerin konusunu oluşturan veya bu fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen canlı veya cansız hayvanlar ve bunların türevleri ile avlanmada kullanması veya avlaklarda, pazar yeri ve ticarethanelerde bulundurulması yasak olan eşya ve vasıtalara el koymaya ve bu amaçla yakalamaya görevli ve yetkili oldukları belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrasında da bu Kanun'un 20. maddesi kapsamında el konulan av hayvanları ve türevleri ile sair eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine mahallî mülki amir tarafından karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

67.Somut olayda Orman İdaresi tarafından "avlanma süreleri dışında avcılık belgesi olmadan takozsuz otomatik tüfekle Merkezî Av Komisyonunun izni olmaksızın ışık yayan araçla avlanma (geceleyin far avı)" yapıldığı tespit edilerek yasak olduğu hâlde avlanmada kullanıldığı gerekçesiyle "ışık yayan araç" niteliğinde kabul edilen başvuru konusu kamyonetin, 5326 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrası, 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 28. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmiştir.

68. 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında kullanım yeri, şekli ve özellikleri Merkezî Av Komisyonunca belirlenecekler dışında kara, hava araçları ve yüzer araçlarla ses, manyetik dalga, ışık yayan araç ve gereçlerle avlanılamayacağı hükme bağlanmış; 20. maddesinin ikinci fıkrasında, avlanmada kullanması yasak olan vasıtalara el konulabileceği ve 28. maddesinin ikinci fıkrasında da elkonulan sair eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu nedenle başvuruculaların mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin "kanunlar tarafından öngörülme" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

69. Müsadere ile suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan veya suçtan meydana gelen eşyanın, mahkûmiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmaması, suçtan gelir elde edilmemesi, ayrıca suçla ilgili veya bi-

zatihi suç teşkil eden eşyanın ülke ekonomisi, kamu düzeni ve güvenliği ile toplum ve çevre sağlığı bakımından arz ettiği tehlikelerin önlenmesi amaçlanmıştır. Böylece suçla mücadelede caydırıcılığın sağlanması, yeni suçların işlenmesinin önüne geçilmesi ve tehlikelilik arz eden suça konu mülkün kullanılmasının ve dolaşımının engellenmesi hedeflenmektedir. Müsadereden farklı olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, idari nitelikte bir karardır.

70. 5326 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de değinildiği üzere kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idari yaptırımlar öngörülmektedir. Başka bir deyişle bu fiiller, "idari suçlar" olarak tanımlanmaktadır. Haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında ise izlenen suç politikası etkili olmaktadır.

71. Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Av ve yaban hayvanları ile bunların doğal yaşam ortamları da bu madde çerçevesinde korunması ve geliştirilmesi gereken doğal kaynaklardandır (AYM, E.2010/51, K.2011/137, 12/10/2011).

72. 4915 sayılı Kanun da sürdürülebilir av ve yaban hayatı yönetimi için av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmaları, geliştirilmeleri, avlanmalarının kontrol altına alınması, avcılığın düzenlenmesi, av kaynaklarının millî ekonomi açısından faydalı olacak şekilde değerlendirilmesi amacına yönelik olarak çeşitli esaslar, önlemler, yasaklar ve yaptırımlar içermektedir (AYM, E.2005/134, K.2009/3, 8/1/2009).

73. Somut olay bakımından da Kanun'la belirlenen avlanma usul ve esasları çerçevesinde av ve yaban hayatı kaynaklarını korumak ve geliştirmek amaçlanmaktadır. Av ve yaban hayatı kaynaklarının zarar görmesine veya yok edilmesine yol açan eylem ve işlemleri önlemek için tedbirler alınması, tedbirlere ve yasaklara uymayanlar için yaptırımlar uygulanmasının kamu yararına olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla yasak olduğu hâlde "ışık yayan araçla geceleyin far avı" yapılması kabahatinde kullanıldığı gerekçesiyle başvuru konusu kamyonetin mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Ölçülülük

74. Son olarak başvuruya konu aracın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahale nedeniyle kamunun yararı ile başvurucunun menfaatleri arasında olması gereken adil dengenin bozulup bozulmadığı değerlendirilmelidir.

Genel İlkeler

75. Anayasa'nın 35. maddesine göre kişilerin mülkiyet hakları ancak kanunun öngördüğü usullerle ve kamu yararı gereği sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi gereği kişilerin mülkiyet haklarının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir.

76. 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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 38).

77. AİHM de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken yapılan müdahalenin kamu yararını ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75, 72/52/75, 23/9/1982, § 69; *James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 54; *Papachelas/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999, § 48; *Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8/7/1986 §§ 120, 121).

78. Mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, bireyin çıkarları ile kamunun genel yararı arasında bulunması gereken adil dengeyi bozmaması gerekmektedir. Müdahalenin ölçülülüğünü değerlendirirken mahkeme, bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini ve diğer taraftan müdahalenin niteliği, başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını da gözönünde tutarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Lavrechov/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 57404/08, 20/6/2013, § 44).

79. AİHM'e göre Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kural olarak usule ilişkin güvenceleri içermemekle beraber kişilere, keyfî müdahalelerden korunmak amacıyla mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden bu önlemlerin yasa dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin sav ve itirazlarını yetkili makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır (*AGOSİ/Birleşik Krallık*, B. No: 9118/80, 24/1/1986, § 60; *Saccocia/Avusturya*, B. No: 69917/01, 18/12/2008,§ 89; *Microintelect Ood/Bulgaristan*, § 48; *Ünsped Paket Servisi/Bulgaristan*, B. No: 3503/08, 13/1/2015, § 38).

80. Müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için öncelikle suça veya kabahate konu eşyanın malikinin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve "iyi niyetli" eşya malikine müsadere edilen veya mülkiyeti kamuya geçirilen eşyaları -tehlikeli olmamaları kaydıyla- geri kazanabilme olanağının tanınması veya iyi niyetli malikin bu nedenle oluşan zararının tazmin edilmesi gerekmektedir (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 31-80).

İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

81. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının ölçülü olabilmesi için Anayasa'nın 35. maddesi ile Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen güvencelerin sağlanmış olması gerekmektedir. Bu güvenceler kapsamında öncelikle başvuruculara mülkiyetin kamuya geçirilmesinin kanuna aykırı olarak veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin itirazlarını ve savunmalarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir.

82. Av ve yaban hayatı kaynaklarını korumak ve geliştirmek amacıyla izinsiz avlanma aracı olarak kullanılan eşya ve vasıtaların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi öngörülebilir nitelikte bir yaptırımdır. Bu yaptırım, bir suç isnadına bağlı olarak ceza soruşturması ve kovuşturması sonucunda yargısal merciler tarafından veya kabahat olarak nitelendirilerek idari mercilerce uygulanabilir. Ancak mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunması bakımından mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucunu doğuran yaptırıma karşı etkin bir itiraz yolunun mevcut olması gereklidir.

83. Somut olayda başvurucular, Orman İdaresi tarafından uygulanan "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" yaptırımının iptali istemiyle 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca 4/10/2013 tarihinde Sulh Ceza Mahkemesine başvuruda bulunmuşlardır. Sulh Ceza Mahkemesi önce 21/10/2013 tarihinde başvurucuların talebini usulden reddetmiş ise de bu karara itiraz edilmiş; Asliye Ceza Mahkemesince 15/11/2013 tarihinde itirazın kabul edilmesi üzerine bu defa başvuruyu esastan inceleyen Sulh Ceza Mahkemesi 4/1/2014 tarihli kararı ile kolluk görevlilerinin tespit tutanağı, orman muhafaza memurunun kabahat tutanağı, olayın gerçekleştiği zamanın gece vakti oluşu, olay yerinde av tüfeklerinin bulunmuş olması nedenleriyle başvurucularının taleplerinin reddine karar vermiştir. Başvuruculara karara karşı yaptıkları itirazlar da Asliye Ceza Mahkemesinin 14/2/2014 tarihli kararı ile bu gerekçeye atıfta bulunularak reddedilmiştir.

84. Bu durumda başvurucular, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının keyfî uygulandığı ve adil olmadığına yönelik iddialarını ve itirazlarını, yargısal merciler önünde açıklıkla ortaya koyabilmiş; başvuruculara iddia ve itirazları önce başvuru sırasında Sulh Ceza Mahkemesi tarafından, itiraz üzerine de Asliye Ceza Mahkemesince incelenmiş; mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım işlemi bu iddia ve itirazlar çerçevesinde yargısal merciler tarafından denetlenmiştir. Dolayısıyla başvuruculara, itirazlarını ve savunmalarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanındığı görülmektedir.

85. Öte yandan mülkiyetten yoksun bırakma gibi ağır bir sonuca yol açan bir yaptırım bakımından başvuruculara davranışları ile mülkiyetten yoksun bırakmaya sebebiyet veren kabahat ya da suç eylemi arasında bir illiyet bağı olduğu ortaya konmalıdır. Başvurucu Fatma Çavuşoğlu, aracın kendisine ait olduğu ve kendisi tarafından herhangi bir eylemde de kullanılmadığı hâlde eşi olan diğer başvurucu tarafından kabahatte kullanıldığı gerekçesiyle mülkiyetinin kamuya geçirildiğinden yakınmaktadır. Bu itiraz, idari yaptırımın iptali istemine ilişkin başvuru sırasında da ileri sürülmüş; Sulh Ceza Mahkemesi, mülkiyeti kamuya geçirilen kamyonetin başvurucu Fatma Çavuşoğlu'na ait olmakla birlikte bu başvurucunun, eşi Bilal Çavuşoğlu'nun gece yarısı elinde av tüfeği ile araçla dışarı çıkarak avlanmaya gittiğini bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçeleriyle bu itirazı reddetmiştir. Buna göre aracın bir kabahat eyleminde kullanıldığı yargı kararı ile sabittir. Başvurucu Fatma Çavuşoğ-

lu'nun bu aracın izinsiz avlanmada kullanılacağına dair bilgisi olduğu konusunda herhangi bir bilgi veya belge ise dosya kapsamında bulunmamaktadır. Bununla birlikte Sulh Ceza Mahkemesi değerlendirmesini, başvurucu Fatma Çavuşoğlu'nun kabahati işleyen Bilal Çavuşoğlu'nun eşi olduğu ve olayın gerçekleştiği zaman da gözetildiğinde bu aracın kabahatte kullanılacağının bilinmemesinin "hayatın olağan akışına göre" mümkün olmadığı gerekçesine dayandırmaktadır.

86. Yukarıda da değinildiği üzere müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olması ve bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması gerekmektedir (bkz. §§ 75-80). Bu kapsamda orantılılık incelemesi yapılırken müsaderesine veya mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen eşya ile suçun maddi konusu arasında mekanik bir değer karşılaştırılması yapılması yeterli değildir. Suçun veya kabahatin hukuki ve maddi konusu, toplumdaki etkisi, faile sağladığı yarar ve mülk sahibinin kusurlu davranışının etkisi gibi hususlar da birlikte değerlendirilmelidir. Bütün bu unsurlar her somut olay bakımından ve olayın özel koşulları gözetilerek irdelenmelidir.

87. Başvuru konusu olayda, Orman İdaresi tarafından başvurucu Bilal Çavuşoğlu'nun 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 24. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümleri uyarınca "Merkezî Av Komisyonu tarafından belirlenenler dışında ışık yayan araçla avlanma" kabahati nedeniyle idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Başvuru konusu kamyonetin de "avda kullanılmasına izin verilmeyen vasıta" ve "ışık yayan araç" nitelendirilmeleriyle 4915 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrası, 20. maddesinin ikinci fıkrası ve 28. maddesinin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilmiştir.

88. Avlanma yasakları kapsamında öngörülen ve başvurucuların aracının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan kabahatle korunan menfaat, özünde ekonomik bir nitelik taşımamaktadır. Diğer bir ifadeyle, parasal karşılığı bilinen bir taşıt ile parasal bir değer atfedilemeyecek bir kamusal menfaat arasında gerçek anlamda bir mukayese yapılması ise mümkün bulunmamaktadır. Bu durumda, izin verilmediği hâlde "geceleyin ışık yayan kara vasıtasıyla" avlanma kabahatinde kullanıldığı gerekçesiyle başvurucuların aracının mülkiyetinin kamuya geçirilmesi

olayı bakımından kabahatin hukuki konusu ve önemi, korunan menfaat, başvuruculaların davranışları ile kabahat eylemi arasındaki illiyet bağı dikkate alındığında, başvuruculaların mülkiyet haklarına yapılan müdahalenin av ve yaban hayatı kaynaklarının korunmasına ilişkin kamu yararına dayalı meşru amaç ile başvurucunun menfaatleri arasında olması gereken adil dengeyi bozmadığı ve ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

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

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

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

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

C. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 28/9/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ADİL YARGILANMA HAKKI (MD. 36)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

AHMET KÜTÜK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19099)

Karar Tarihi: 23/3/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 1/4/2016-29671

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Murat İlter DEVECİ
Basvurucu	:	Ahmet KÜTÜK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, görev yapılan Yargıtay Dairesinin Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararı ile değiştirilmesi nedeniyle adil yargılanma ve özel hayata saygı hakları ile ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/12/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 25/12/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

5. Başvurucu 2011 yılında Yargıtay üyesi seçilmiş ve Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararı ile Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde görevlendirilmiştir.

6. 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 5. maddesi değiştirilmiş ve Yargıtay Ceza Dairelerinin sayısı on beşten yirmi üçe çıkarılmıştır.

7. 6572 sayılı Kanun'un 49. maddesi ve bu Kanun'a ekli (3) sayılı liste ile sekiz Yargıtay daire başkanlığı ve yüz yirmi bir Yargıtay üyeliği kadrosu ihdas edilmiştir.

8. 6572 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 14. maddede, ihdas edilen Yargıtay üyeliği kadroları için üye seçilmesi, ihdas edilen Yargıtay daire başkanlıkları için seçim yapılması, Birinci Başkanlık Kurulunun yeniden belirlenmesi ve Birinci Başkanlık Kurulu tarafından dairelerin iş durumu ve ihtiyaçları gözönünde bulundurularak Yargıtay daire başkanlarının, üyelerinin ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağının yeniden belirlenmesi düzenlenmiştir.

9. 2797 sayılı Kanun'un geçici 14. maddesi uyarınca yeniden oluşturulan Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 3/2/2015 tarihli ve 19 sayılı kararla başvurucuyu Yargıtay 1. Hukuk Dairesinde görevlendirmiştir.

10. Başvurucu 10/2/2015 tarihinde *"yeniden inceleme"* için Yargıtay Birinci Başkanlık Kuruluna, kararın iptali için Yargıtay Başkanlar Kuruluna başvurmuştur.

11. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu 26/2/2015 tarihli ve 37 sayılı kararla görevlendirmelerin yasal zorunluluk nedeniyle yapıldığı ve karara itiraz edilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiştir.

12. Başvurucu, 16/3/2015 tarihinde, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararına yapılan itirazın Yargıtay Başkanlar Kurulunca incelenmesi gerektiği, görevlendirmenin Yargıtay teamüllerine aykırı olduğu ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde kendisinden daha uzun çalışan başka üyenin bulunmadığı gerekçeleriyle Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 3/2/2015 tarihli ve 19 sayılı kararına itiraz etmiştir.

13. Yargıtay Başkanlar Kurulu 9/7/2015 tarihli ve 29 sayılı kararla başvurucunun itirazını reddetmiştir. Yargıtay Başkanlar Kurulu kararının gerekçeleri şu şekildedir:

i. Yargıtayın belirli bir dairesinde çalışmak üzere Yargıtay üyeliği seçiminin yapılmaması,

ii. Yargıtayın belirli bir dairesinde çalışmanın kazanılmış hak oluşturmaması,

iii. Yargıtay Ceza Dairelerinde tetkik hâkimi olarak çalışıp Yargıtaya üye seçildikten sonra Yargıtay Hukuk Dairesinde çalışan ve Yargıtay Hukuk Dairesi Başkanlığından emekli olanların da bulunması,

iv. Azami verimlilik ve uyum gözetilerek görevlendirme yapmanın doğal olması,

v. Yargıtay üyelerinin, üye seçiminden önce hâkimlik veya Cumhuriyet savcılığı yapması ve hemözel hukuk hem de ceza hukuku ile ilgili işlerde çalışması,

vi. İhtiyaç olduğunda sıklıkla yapıldığı gibi isteğe bağlı daire değiştirilmesinin mümkün olması,

vii. Yüz kırk dört yeni üye seçimi ve yeni sekiz dairenin kurulması gözetildiğinde yeni kurulan daireleri tamamen yeni üyelerden oluşturmanın verimli olmaması,

viii. Dairelerin tümünün kıdemli üyelerle yeni üyelerden oluşmasının pratik zorunluluk olması,

ix. Emeklilik veya istifa gibi nedenlerle kadro boşalması durumunda üyelerin uzmanlık alanlarında çalışabilmesi için fırsat doğması,

x. Beş yüz on altı üyenin otuz dördünün itirazı üzerine tüm dairelerin yeniden oluşturulması hâlinde birikmiş iş yükünde istenilen verimlilikte çalışılamaması ve yeni dairelerinden memnun olmayan başka üyelerin ortaya çıkacak olması.

14. Yargıtay Başkanlar Kurulunun 9/7/2015 tarihli ve 29 sayılı kararı başvurucuya 18/11/2015 tarihli yazı ile bildirilmiştir.

15. Başvurucu 14/12/2015 tarihinde, süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 6572 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 5. maddesi şöyledir:

"Yargıtayda yirmi üç hukuk, yirmi üç ceza dairesi ve her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üye bulunur. "

17. 6572 sayılı Kanun'un 27. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 14. madde şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde bu Kanuna göre oluşturulan Yargıtay üyeliği kadroları için seçim yapılır.

Seçimin tamamlanmasından itibaren beş gün içinde bu Kanunla ihdas edilen daire başkanlığı kadroları için seçim yapılır.

İkinci fıkra uyarınca yapılan seçimin tamamlanmasından itibaren beş gün içinde Birinci Başkanlık Kurulu yeniden belirlenir.

Yeni oluşan Birinci Başkanlık Kurulu, iş durumunu dikkate alarak daireler arasındaki iş bölümünü yeniden belirler ve buna ilişkin karar derhâl Resmî Gazete'de yayımlanır. Bu karar, yayım tarihinden itibaren on gün sonra uygulanmaya başlanır.

Birinci Başkanlık Kurulu, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak Yargıtay daire başkanları, üyeleri ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağını yeniden belirler.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun iş bölümü kararı uygulanmaya başlayıncaya kadar bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki iş bölümüne ilişkin hükümler uygulanmaya devam olunur.

Yeni iş bölümüyle dairesi değiştirilen dava dosyaları, beşinci fıkra uyarınca görevlendirme yapılmasından itibaren on gün içinde mevcut hâlleriyle ilgili daireye gönderilir. "

18. 2797 sayılı Kanun'un 17. maddesi şöyledir:

"Başkanlar kurullarının görevleri şunlardır:

1.Başkanlar Kurulunun Görevleri:

...

d) Birinci Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ile Yönetim Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamak. Bu itirazların incelenmesinde karara katılan kurul üyesi daire başkanları Kurula katılamaz ve eksiklikler o dairenin kıdemli üyeleriyle tamamlanır.

...

Başkanlar kurullarının itiraz üzerine veya doğrudan doğruya verdikleri bütün kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 23/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

20. Başvurucu, gerek Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu kararında gerekse Yargıtay Başkanlar Kurulu kararında gerekçe bulunmadığını, kamuya açık duruşma yapılmadığını, Yargıtay Başkanlar Kurulunun 2797 sayılı Kanun'da öngörülen şekilde teşekkül etmediğini duyduğunu, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun bağımsız ve tarafsız olmadığını, itirazının beş ay sonraincelenmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının engellendiğini, kararın keyfî olduğunu ve kararlarda açık ve bariz takdir hatası bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun kararına karşı itiraz hakkının bulunması ve itirazın yargı yolu olması nedeniyle başvuru konusu uyuşmazlığın, *"medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlık"* kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmiş ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Öte yandan başvurucu; bazı internet siteleri, basın yayın organları ve sosyal medyada *"paralel yapı mensubu"* olarak gösterildiğini, daha sonra görev yaptığı Yargıtay dairesinin değiştiğini, zorunlu bir ihtiyaç olmadan görev yerinin değiştirilmesinin Yargıtayda küçük düşürücü olarak algılandığını, bu nedenle şeref ve itibarının olumsuz etkilendiğini, bu durumun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu aynı zamanda kendisine yakıştırılan görüş ve kanaatler nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulduğundan şikâyet etmiştir. Başvurucu son olarak seçildiği tarihteki Birinci Başkanlık Kurulu tarafından görev yapacağı dairenin belirlenmesi gerektiğini, başvuru konusu kararların hâkimlik teminatına ve hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

21. Başvurucu, hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için idari makamların yeniden karar almasını sağlayıcı yönde karar verilmesi ve ayrıca 250.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

22. 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."

23. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da 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. Karar alenî olarak verilir..."

24. 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).

25. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddede geçen *"adil yargılanma"* ifadesi 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa'ya eklenmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın

kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 22).

26. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 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. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. 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).

27. Başvurucu, hakkında yürütülmekte olan ceza ve/veya disiplin soruşturmasından veya verilen bir cezadan söz etmediğine göre somut olayda *"suç isnadı"* söz konusu değildir. Bu durumda, adil yargılanma hakkına ilişkin güvence ve ilkelerin somut başvuruya uygulanabilirliği, başvuru konusu uyuşmazlığın *"medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar"* kapsamında olmasına bağlıdır.

28. Bir başvurunun *"medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar"* kapsamında ele alınabilmesi için öncelikle bir mevzuat hükmü ya da içtihat yoluyla tanınmış ve savunulabilir şekilde ileri sürülebilen bir hakkın ve bu hakla ilgili bir uyuşmazlığın mevcudiyeti gerekmektedir. Bu uyuşmazlık, medeni (kişisel) bir hakkın varlığı, kapsamı ya da kullanılma şekillerine ilişkin gerçek ve ciddi bir uyuşmazlık olmalı; davanın sonucu da söz konusu hak için doğrudan belirleyici olmalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya*, B. No: 63235/00, 19/4/2007, § 40).

29. Medeni bir hakkın varlığı söz konusu olsa bile devlet ve kamu görevlileri arasındaki iş uyuşmazlıkları, birbirine ekli iki şartın yerine getirilmesi şartıyla adil yargılanma hakkının medeni yönünün kapsamı dışında kalabilir. Birincisi; devlet, kendi ulusal hukukunda mahkemeye erişimi söz konusu personelin görevi ya da kategorisi bakımından açıkça kapsam dışı bırakmış olmalıdır. İkincisi; bu istisnanın, devletin objektif menfaat-

leri gerekçesi ile haklılığı ortaya konmalıdır (*Oleksandr Volkov/Ukrayna,* B. No: 21722/11, 9/1/2013, § 87).

30. İlk şart kapsamında, iç hukuk yargı sistemi dışındaki belli bir iç hukuk organını bir *"mahkeme"* olarak nitelendirmesi engellenmemektedir. Bir idare veya parlamento organı, terimin maddi anlamıyla bir *"mahkeme"* olarak görülebilir, bu suretle adil yargılanma hakkını memur uyuşmazlıklarına uygulanabilir hâle getirebilir (*Oleksandr Volkov/Ukrayna,* § 88).

31. Belirlenen ilkelerin somut başvuruya uygulabilirliğinin tespiti için Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından alınan kararların niteliği üzerinde de durulması gerekir. Anayasa Mahkemesi 2797 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinin (d) alt bendinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yapılan itiraz başvurusunu, Yargıtay Yönetim Kurulu kararlarıyla sınırlı olarak incelemiş ve Yargıtay Başkanlar Kurulu tarafından Yargıtay Yönetim Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazların bir sonuca bağlanması işinin, yargısal ağırlıklı bir faaliyet olduğu sonucuna ulaşmıştır (AYM, E.2008/74 K.2010/15, 21/1/2010). Yargıtay Yönetim Kurulunun hâkimlik ve savcılık sınıfından olmayan Yargıtay personelinin atama, nakil, yükselme ve disiplin işlemlerine dair kararlar alması ve Yargıtay Yönetim Kurulu kararına karşı Yargıtay Başkanlar Kuruluna itiraz yolunun bulunmasına karşın Yargıtay Başkanlar Kurulunun kararına karşı herhangi bir yargı yolunun açık olmaması nedeniyle Yargıtay Başkanlar Kurulu kararlarının yargısal ağırlıklı olduğundan şüphe edilemez. Bununla birlikte *"dairelerin iş durumu ve ihtiyaçları gözönünde tutularak, yeni seçilen Yargıtay üyelerinin görev yapacağı dairelerin belirlenmesine"* ilişkin Yargıtay Birinci Başkanlar Kurulu kararının; Yargıtay üyelerinin maaş, ödenek veya benzer hakları gibi sıradan iş uyuşmazlıkları ile ilgisinin bulunmadığı, Yargıtay üyeliği statüsü ile üyelerin görevlerinin niteliği üzerinde etkisinin olmadığı ve Yargıtay Başkanlar Kurulunun itirazları, *Yargıtay personelinin özlük hakları ile ilgili Yönetim Kurulu kararına yapılan itirazları incelemesinde yaptığının aksine* hukuk kurallarını gözönünde bulundurarak çözümlemede bulunmadığı dikkate alındığında Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu ile Yargıtay Başkanlar Kurulunun başvurucu ile ilgili aldığı kararların yargısal nitelikten ziyade idari nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple somut olayda Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu ile Yargıtay Başkanlar Kurulu, adil yargılanma hakkı temelinde *"mahkeme"* değildir vebaşvurucunun adil yargılanma hakkı bağlamında ileri sürdüğü hususlarda mahkemeye erişim hakkı kanunla engellenmiştir.

32. Yargıtay üyelerinin, millet adına yargı yetkisinin kullanılmasında görev üstlenmeleri ve yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasına göre çalışmaları nedeniyle Yargıtay üyeleriyle devlet arasında *"özel bir güven ve sadakat bağı"* bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bir yüksek yargı organı olan Yargıtayın iç düzeni ve işleyişinin sağlanması bakımından Yargıtay üyelerinin görev yapacağı dairelerin azami verimlilik ve uyum gözetilerek belirlenmesi kadar üyelerin görev yaptıkları dairelerin uyuşmazlık konusu yapılmaması da önemlidir. Daire değişikliğine karşı yargı yolunun açık olması hâlinde üyenin lehine sonuçlanan her dava, *üyenin görevli olduğu dairede bir üyeliğin boşalması ve gideceği dairede de fazla üye bulunması nedeniyle* bir başka üyenin kendi isteği dışında bir başka daireye görevlendirilmesi sonucunu doğuracaktır. Kendi isteği dışında başka dairede görevlendirecek üyenin de yargı yoluna başvurup eski dairesine dönmesinin mümkün olması ve bu durumda, bir başka üyenin bir başka dairede görevlendirilmesi durumu söz konusu olacaktır. Böyle bir vaziyette verimli ve uyumlu bir çalışmanın varlığından söz edilemez. Bu itibarla Yargıtayın verimli ve uyumlu çalışması amacıyla Yargıtay üyelerinin görev yaptıkları dairelerin değiştirilmesi işleminin mahkeme erişimine kapatılmasının objektif gerekçelere dayanmadığı ileri sürülemez.

33. Yargıtay üyelerinin belirli bir dairede görev yapmak üzere seçilmemeleri, başvurucunun daha önce görev yaptığı dairede çalışmasına imkan veren mevzuat hükmü veya istikrar kazanmış bir içtihatın bulunmaması, üyelerin görevli oldukları daire değişmese bile görev yapılan Yargıtay dairesinin çalışma alanının yeni bir işbölümü ile değişebilmesi, Yargıtay daire değişikliği kararının maaş, ödenek veya benzer hakları gibi sıradan iş uyuşmazlıkları ile ilgisinin olmaması, kararın Yargıtay üyeliği statüsü veya yapılan işin niteliği üzerinde olumsuz herhangi bir etkiye sahip olmaması, görev yapılan dairenin değiştirilmesi işleminin mahkeme erişimine kapatılması ve bunun objektif gerekçelere dayanması nedenleriyle başvuru konusu hakla ilgili uyuşmazlık *"medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar"* kapsamında değildir.

34. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

35. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

36. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

37. Sözleşme'nin 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir."

38. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 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 ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

39. Somut olayda 6572 sayılı Kanunla yeni Yargıtay daireleri kurulmuş, Yargıtay dairelerinin iş durumu ve ihtiyaçları ile yeni seçilen Yargıtay üyeleri gözönünde bulundurularak Yargıtay dairelerinde görev yapacak üyeler, yasal zorunluluk nedeniyle yeniden belirlenmiştir. Başvurucunun da aralarında bulunduğu; hakkında internet ortamında, basında ve sosyal medyada haber veya paylaşım yapılmayan bazı üyelerin de görev yaptığı Yargıtay daireleri değiştirilmiştir. Başvurucu, hakkında çıkan haber ve paylaşımlar nedeniyle görev yaptığı dairenin değiştirildiğini, görev yaptığı Yargıtay dairesinin değişmesinin küçük düşürücü bir durum olduğunu ileri sürmüş ise de iddialarını temellendirecek herhangi bir somut olay veya bulguyu delilleriyle birlikte ortaya koyamamıştır. Bavurucu, bu yöndeki iddialarınıYargıtay Başkanlar Kuruluna yaptığı itirazda da dile getirmemiştir.

40. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının, kanıtlanmadığı gerekçesiyle diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin

açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Ayrımcılık Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

41. Anayasa'nın 10. maddesi şöyledir:

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

42. 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, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

43. Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 33).

44. Ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir. Somut olayda başvurucu, kendisine ayrımcılık yapıldığını somut delillerle ortaya koyamadığı gibi ayrımcılık nedenini de somut delillerle kanıtlayamamıştır. Ayrıca başvuru, bu yöndeki iddialarınıYargıtay Başkanlar Kuruluna yaptığı itirazda dile getirmemiştir.

45. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının da kanıtlanmadığı gerekçesiyle diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Özel hayata saygı hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA

23/3/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HÜSEYİN GÜNEŞ ÖZMEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1514)

Karar Tarihi: 22/9/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 9/11/2016-29883

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Hüseyin Güneş ÖZMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutukluluğun tüm yargılama süresince devam etmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; hâkimin reddi taleplerinin ilgili hâkimlerin de katılımıyla reddedilmesi ve taraflı biçimde yargılanma nedeniyle tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının; tanık dinlenmesi ve kovuşturmanın genişletilmesi taleplerinin kabul edilmemesi, savunma için kısıtlı süre verilmesi, yargılamanın yürütülmesinde aksaklıklar bulunması, ceza miktarının haksız biçimde belirlenmesi, gerekçeli kararın tebliğ edilmemesi nedenleriyle tanık dinletme hakkıyla ilişkili olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin ve Yargıtaydaki duruşma gününün bildirilmemesi nedenleriyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile duruşmalı yargılama hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/1/2014 tarihinde İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 23/2/2015 tarihinde, başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 23/2/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 11/3/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlığın 21/3/2016 tarihli yazısında başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, ayrı yaşadığı eşini silahla öldürmekten dolayı 23/2/2008 tarihinde tutuklanmıştır.

9. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 7/3/2008 tarihinde, tasarlayarak insan öldürme suçundan iddianame düzenlemiştir.

10. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme), başvurucunun cezai ehliyetine ilişkin inceleme yaptırmıştır. Adli Tıp Kurumunun 23/3/2009 tarihli raporunda, mevcut raporlar ve iki kez yapılan muayenesi sonucunda başvurucunun cezai sorumluluğunu kaldıracak veya azaltacak herhangi bir bulguya rastlanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

11. Yargılama aşamasında, başvurucu ile maktul ve ailesi arasında yaşanan sorunlara ve öldürme olayının gerçekleşme anına ilişkin olarak maktulün anne ve babası da dâhil olmak üzere tanıklar dinlenilmiştir.

12. Mahkeme 28/7/2009 tarihli ve E.2008/114, K.2009/207 sayılı kararıyla tasarlayarak öldürme suçundan başvurucunun mahkûmiyetine hükmetmiştir.

13. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2/11/2011 tarihli ve E.2011/4624, K.2011/6534 sayılı ilâmıyla tasarlayarak öldürme hususunun sübut

bulmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Başvurucunun eksik inceleme yapıldığına, savunma hakkının kısıtlandığına, adil yargılanma hakkının elinden alındığına, tahrikin varlığına, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmadığına, ceza ehliyetinin yeterince araştırılmadığına, olay anında cinnet geçirdiğine yönelik temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.

14. Başvurucu, bozma sonrasındaki 22/2/2011 tarihli duruşmada sesli ve görüntülü kayıt yapılmasını ve kadın örgütlerinin baskısıyla aleyhinde haberler çıkarılarak Mahkemenin baskı altına alınmaya çalışıldığını belirterek bu yöndeki yayınların durdurulmasını talep etmiştir. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi gerek bulunmadığını değerlendirdiğinden duruşmanın kaydedilmesi talebini, ayrıca dosya üzerinde gizlilik kararı bulunmaması ve gerektiği hâllerde haberlere ilişkin suç duyurusu yapılabileceği gerekçesiyle de yayın yasağı talebini reddetmiştir.

15. Başvurucu, Mahkemeye sunduğu dilekçeyle öldüğü gün eşine mesaj atan kişinin tespitini, olaya ilişkin ifade veren tanıkların tekrar dinlenilmesini, ayrıca maktulle birlikte olduğunu ileri sürdüğü bir kişinin dinlenilmesini, maktul ve ailesi tarafından rahatsız edildiğine ilişkin tanıklarının ifadesinin alınmasını, maktulün hamile olup olmadığına dair otopsi yapılmasını, olay yerinde keşif yapılmasını ve bazı belgelerin getirilmesini talep etmiştir. Başvurucu, Mahkeme heyetindeki iki üyeye yönelik olarak bozulan mahkûmiyet kararında yer almaları, üye S.G.nin avukat olan eşinin davaya müdahil olan kadın hakları savunucusu derneklerin savunucusu ve üyesi olması nedeniyle ve üye O.A.nın 22/7/2008 ve 21/2/2012 tarihli duruşmalardaki davranışlarını ileri sürerek hâkimin reddi talebinde de bulunmuştur.

16. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 20/3/2012 tarihli duruşmada, evvelki karara katılmış olmanın hâkimin reddi gerekçesi olmayacağı ve 2008 yılındaki duruşma yönünden talebin süresinde yapılmadığı gerekçeleriyle talepleri kabul etmemiştir. 21/2/2012 tarihli duruşmayı ilgilendiren talep bakımından ise dosyanın bir karar verilmek üzere İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir. Kovuşturmanın genişletilmesi talebinin daha sonraki aşamada inceleneceği belirtilmiştir.

17. İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesi 23/3/2012 tarihli kararıyla soyut gerekçelere dayanması nedeniyle başvurucunun hâkimin reddi talebini reddetmiştir. İstanbul 6. Ağır Ceza Mahkemesi 9/4/2012 tarihinde kararı uygun bulmuştur.

18. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 16/4/2012 tarihli duruşmada, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasının daha önceki yargılama aşamasında yerine getirildiği, toplanması istenen delillerin sonradan öğrenilen veya ortaya çıkan bir olaya ilişkin olmadığı, bozma ilâmında eksik inceleme iddialarının yerinde olmadığının belirtildiği gerekçeleriyle kovuşturmanın genişletilmesine gerek görmemiştir.

19. İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesi 23/5/2012 tarihli ve E.2011/440, K.2012/203 sayılı kararıyla kasten öldürme suçundan başvurucuyu müebbet hapis cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme kararını, dosyadaki raporlar ile tanıkların olayın oluş şekline ve başvurucu ile maktul arasında yaşanan sorunlara dair beyanlarına dayandırmıştır.

20. Mahkeme, başvurucu ile maktul ve maktulün ailesi arasında müşterek çocuğun bakımı da dâhil olmak üzere boşanma sürecinde adli makamlara yansımış uyuşmazlıklar bulunduğunu, sanık hakkında işlemler yapıldığını, başvurucunun olay günü maktulenin okuduğu tıp fakültesindeki dersinden çıkışını beklediği, odadan çıkışının ardından iki ayrı şarjördeki mermilerle ateş etmek suretiyle onu öldürdüğünü belirtmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi, başvurucunun cezai ehliyetine ilişkin olarak bozma öncesi alınan raporu ve Yargıtay ilamını dikkate alarak başvurucunun olay anındaki cezai ehliyetinin tam olduğuna hükmetmiştir. Takdiri indirim yönünden ise başvurucunun soğukkanlı bir ruh haliyle eylemi işlediği, maktuleye tıbbi yardım yapılmasını engellemek amacıyla silahla başında beklediği, son aşamada pişman olduğuna dair beyanının samimi olmadığı gerekçeleriyle cezada herhangi bir indirim yapılmamıştır.

21. Mahkeme, haksız tahrik nedeniyle indirim yapılmasına aşağıdaki gerekçelerle gerek görmemiştir:

> *"Sanık ... maktülenin kendisi ile resmen evli olduğu halde, başkası ile yasak ilişki yaşadığını, bunu olay günümaktuleye sorduğunda, maktülenin kendisine cevap olarak bu durumun özel hayatı olduğunu, kendisini kiminle yatıp kalktığını ilgilendirmediğini, kendisini süründüreceğini ve ayrıca ortak çocuklarını bir daha kendisine göstermeyeceğini bu nedenle kendisinde ani oluşan hiddet ve kızgınlıkla olayı gerçekleştirdiğini, beyan etmiştir. Ancak, sanık maktülenin başkası ile olduğunu ileri sürdüğü ilişkisi konusunda [a] skeri inzibata verdiği ifadesinde de belirtmemiştir. Daha sonra bu hususu dile getirmiş ise de bu iddiayı doğrulayacak hiçbir delil veya emare ortaya koyama-*

mıştır. Maktülenin başkası ile ilişkisi olduğuna dair iddiası tamamen alacağı cezanın miktarını değiştirmesine yönelik bir iddia olduğu görüldüğü ve bu anlamdaki beyanları dışında hiçbir inandırıcı ve akla uygun deliller bulunmadığı görülmüştür. Birçok tanık dinlenmesine rağmen hiç bir tanık bu konuda[n] söz etmemiştir. Maktülenin başkası ile ilişkisi olduğu konusunda herhangi yazılı belge mektup, video görüntüsü veya fotoğraf gibi deliller de bulunmamıştır. Maktülenin sarf ettiğini iddia edilen sözler ... sanığın soyut iddiası dışında [h]içbir şekilde tespit edilemediği gibi sanığın yapısı ve duruşmalarda verdiği izlenimlere göre de maktulenin sanığa karşı bu şekilde sözler saf etmesi de inandırıcı görülmemektedir. Dolayısı ile sanığın maktül tarafından yaratılan haksız tahrike yönelik savunmasının inandırıcı bulunmadığı kanaatine varılmıştır. Ayrıca [Y]argıtay ilamında da bu hususlaki itiraz reddedilerek tartışmaya son verilmiştir."

22. Başvurucu, resen de temyize tabi olan bu kararı, soruşturmanın genişletilmesi taleplerinin reddedildiğini, haksız tahrik uygulamasında hata yapıldığını ve lehe hususların değerlendirilmediğini belirterek temyiz etmiş ve duruşma talebinde bulunmuştur.

23. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının hazırladığı tebliğname ve duruşma günü başvurucunun müdafiine tebliğ edilmiştir.

24. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, başvurucunun müdafiinin de katılımıyla duruşmalı olarak yaptığı temyiz incelemesinin ardından 13/11/2013 tarihli ve E.2013/3289, K.2013/6214 sayılı ilamıyla hükmü onamıştır. Yargıtay, temyiz dilekçesinde ve duruşmada dile getirilen eksik incelemeye, tahrikin varlığına, başvurucunun ceza ehliyetinin araştırılması gerektiğine, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması zorunluluğuna ve diğer hususlara dair iddiaları esasa etkili bulmamıştır.

25. Başvurucu 8/1/2014 tarihinde nihai karardan haberdar olduğunu belirtmiştir. Dosya içerisinde başvurucunun daha erken bir tarihte Yargıtay ilamını öğrendiğini gösteren herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır.

26. Başvurucu 23/1/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

27. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Haksız tahrik*" kenar başlıklı 29. maddesi şöyledir:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 22/9/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu, tahliyesi yönünde talepte bulunmasına rağmen beş yıl sekiz aydan fazla bir süre tutuklu yargılandığını, bozmaya konu karar öncesinde savunmasının hazırlanması için verilen sürenin bir haftayla sınırlı tutulduğunu, hâkimin reddi talebinin ilgili hâkimlerin katılımıyla reddedildiğini ve taraflı bir yargılama sonucunda indirim sebeplerinin hakkında uygulanmadığını, duruşmaların kayda alınması ve yayın yasağı taleplerinin kabul edilmediğini, duruşma esnasında karşı tarafın müdahaleleriyle karşılaşıldığını, tanık dinlenilmesi ile otopsi ve keşif yapılması gibi taleplerinin reddedildiğini, savunma ve müdahil tarafın konumunun etkisiyle ağır bir cezanın uygulandığını, gerekçeli kararın, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesinin ve duruşma gününün kendisine tebliğ edilmediğini belirterek savunma, adil yargılanma, kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu bu nedenlerle ayrı ayrı 100.000'er TL maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

30. Başvurucu, münhasıran tüm yargılama süresince tutuklu tutulması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numara-

lı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 olup bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurular incelenebilir (*Zafer Öztürk*, B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 17).

32. Somut olayda başvurucunun bir suç isnadına bağlı tutukluluğu, ilk derece mahkemesinin karar verdiği 23/5/2012 tarihinde, yani bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarihin öncesinde sona ermiştir (bkz. § 19; *Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 66).

33. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

i. Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

34. Başvurucu; hâkimin reddi taleplerinin ilgili kişilerin de katılımıyla oluşan heyetçe reddedildiğini, üye hâkimlerden S.G.nin eşinin davaya müdahil olan derneklerin savunucusu ve üyesi olması nedeniyle yanlı biçimde yargılandığını belirterek tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

35. Bireysel başvurunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddialar ile bu mahkemelere sunulmayan bilgi ve belgeler bireysel başvuru konusu edilemez (*Bayram Gök*, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 20).

36. Dosya içinde başvuruya konu olay bakımından kabul edilmeyen hâkimin reddi taleplerine ve taraflı yargılama yapıldığına ilişkin şikâyetlerin temyiz dilekçesinde veya Yargıtaydaki duruşma esnasında dile getirildiğine dair herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır.

37. Bu itibarla yargılama makamlarına iddia edilen hak ihlallerinin temyiz aşamasında düzeltilmesi imkânı tanınmaksızın başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruya konu edilen şikâyetler, derece mahkemeleri önünde ileri sürülmeksizin ilk defa bireysel başvuru aşamasında dile getirilmiştir (*Metin Polat*, B. No: 2013/1145, 10/6/2015, § 25). Hükmedilen ceza miktarı dolayısıyla kararın resen temyiz incelemesine tabi olmasının veya dilekçede belirtilenlerin

haricindeki hususların da Yargıtay tarafından dikkate alınması gereğinin, başvurucunun temyiz mahkemesi önünde ihlal iddialarını en azından öz olarak ileri sürme yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı söylenemez (*Sönmez Kaşıkçı*, B. No: 2014/466, 8/6/2016, § 40).

38. Açıklanan nedenlerle başvurucunun iddiasının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Silahların Eşitliği ve Çelişmeli Yargılama İlkelerinin ve Duruşmalı Yargılama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

40. Başvurucu, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan tebliğnamenin ve Yargıtaydaki duruşma tarihinin kendisine tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile duruşmalı yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

41. Başvurucu ayrıca gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmediğini de şikayet etmiştir.

41. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"Mahkeme, … açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."*

42. "Hakkaniyete uygun yargılanma"nın temel unsuru, yargılamanın "çelişmeli" olması ve taraflar arasında "silahların eşitliği"nin sağlanmasıdır. Silahların eşitliği ilkesinin tamamlayıcısı olan çelişmeli yargılanma hakkı, kural olarak bir hukuk ya da ceza davasında tüm taraflara, gösterilen kanıtlar ve sunulan görüşler hakkında bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili görüş bildirebilme imkânı vermektedir (*Concept Otomotiv Mühendislik İnşaat Ltd. Şti.*, B. No: 2014/12348, 22/1/2015, §§ 18, 19).

43. Öte yandan Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir.

44. Mevcut başvuruda, gerek tebliğnamenin gerekse Yargıtayda yapılacak duruşma tarihi başvurucunun müdafiine tebliğ edilmiş ve müdafi duruşmaya katılarak başvurucunun savunmasını yapmıştır (bkz. §§ 23, 24). Gerekçeli karar da başvurucu müdafiine 12/8/2012 tarihinde tebliğ

edilmiştir. Bu itibarla başvurucuya da ayrıca tebligat yapılmamış olmasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile duruşmalı yargılama hakkına aykırılık oluşturduğu ve bir bütün olarak yargılamanın adilliğine halel getirdiği söylenemez.

45. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Yargılamanın Sonucunun Adil Olmadığına ve Savunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

46. Başvurucu, hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanmadığını ve kadın derneklerinin baskısı altında cezalandırıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

47. 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 ileuyuşmazlıkla 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 keyfîlik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42).

48. Başvurucu tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının yukarıda belirtilen içtihat kapsamında kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

49. Başvurucu ayrıca savunma yapmak için yeterli sürelerden faydalandırılmadığını ileri sürmüştür.

50. Savunma hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olup ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması demokratik toplumun temel bir ilkesidir. Bu sebeple hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için, savunma hakkının tam ve etkili bir biçimde kullanılmasının sağlanması gerekir (*Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32).

51. Ceza yargılamasının temel koşulu, şüpheli veya sanığa suçlamanın niteliği ve sebebinin ayrıntılı bir biçimde bildirilmesidir. Ceza kovuşturmasında iddianamenin tebliğ edilmesiyle sanığın, suçlamalardan haberdar olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, sanığa ve müdafine savunma için gerekli hazırlıkları yapabilecekleri sürenin verilmesi gerekmektedir (*Erol Aydeğer*, §§ 35-38).

52. Somut olayda başvurucunun hakkındaki suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli süre ve imkanlardan faydalandırıldığı tespit edildiğinden savunma hakkına yönelik bir ihlal olmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır.

52. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iv. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

53. Başvurucu, diğer hususların yanı sıra tanık dinletilmesi ve kovuşturmanın genişletilmesi taleplerinin reddedilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

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

3. Esas Yönünden

55. Başvurucu, haksız tahrik indirimi sonucunu doğurabilecek nitelikteki taleplerinin reddedilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

56. 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."

57. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

> *"1. Herkes davasının, … cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, … bir mahkeme tarafından, hakkaniyete uygun ve kamuya açık olarak, … görülmesini isteme hakkına sahiptir.*
>
> *…*
>
> *3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:*
>
> *…*
>
> *d) ... savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;"*

58. Hakkaniyete uygun bir yargılama için yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

59. Aynı biçimde tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığının değerlendirilmesi kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilindedir. Mahkemeler, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebilir. Dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikâyet etmesi yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemelidir (*Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 54; *Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, §§ 67, 68).

60. Sonuç olarak herhangi bir yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığını değerlendirmektir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara

iddialarını sunmak 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.*, § 27).

61. Somut başvuruya konu uyuşmazlık bakımından başvurucu öldürme eylemini tahrik altında gerçekleştirdiğini iddia etmiş ve bu hususu kanıtlamak için tanık dinlenilmesi, telefon kayıtlarının incelenmesi ve otopsi yapılması gibi bazı tedbirlere başvurulmasını talep etmiştir (bkz. § 15). Mahkeme, delillere ilişkin tartışmanın yargılamanın daha önceki aşamalarında gerçekleştirildiği, yeni ortaya çıkan veya sonradan öğrenilen bir durumun olmadığı ve Yargıtayın bozma ilamında da delillerin toplanmasına ilişkin bir eksiklik görülmediği gerekçeleriyle kovuşturmanın genişletilmesine yönelik talepleri kabul etmemiştir (bkz. § 18).

62. Başvurucu hakkında haksız tahrik uygulaması yönünden incelenen iddialardan biri, maktulün olay anında sarf ettiği ileri sürülen sözlerdir. Başvurucu, olay esnasında eşinin söylediğini ileri sürdüğü sözlere ilişkin olarak herhangi bir araştırma talebinde bulunmamıştır. Mahkeme, bu iddianın soyut kaldığını ve somut olayın özel koşullarında inandırıcı olmadığını değerlendirmiştir. Maktulün boşanma safhasında başka biriyle beraber olduğuna ilişkin diğer iddia ise başvurucunun herhangi bir delil sunamadığı ve dinlenilen tanıkların da bu konudan bahsetmediği gerekçeleriyle haksız tahrike esas alınmamıştır. Sonuç olarak başvurucunun taleplerinin makul gerekçelerle reddedildiği anlaşılmaktadır.

63. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesi ile duruşmalı yargılama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Yargılamanın sonucunun adil olmadığına ve savunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

D. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA 22/9/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET ÇELİK BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2015/889)

Karar Tarihi: 17/11/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 23/11/2016-29897

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Nuri NECİPOĞLU
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Mehmet ÇELİK
Vekili	:	Av. Mehmet Sadık LİMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, görevli olmayan yargı kolundaki mahkemede yargılama yapılması nedeniyle kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/1/2015 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 27/2/2015 tarihinde karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için 7/5/2015 Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 9/7/2015 tarihinde sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve ekleri ile Askeri Yargıtaydan onaylı sureti celp edilen yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 15/8/2014 tarihinde emekli olmak suretiyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ayrılan askerî savcıdır. Daha sonra er statüsünde ihraç edilmiştir.

10. Başvurucunun 27/10/2007 tarihinde tehdit suçu işlediği iddiasıyla hakkında Yunak Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunulmuştur. Yürütülen soruşturma kapsamında başvurucunun askerî savcı olarak görev yapıp yapmadığı ve görev yapıyorsa unvan bilgileri Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığından talep edilmiştir.

11. Askerî savcı olduğunun bildirilmesi üzerine aynı yerden başvurucunun teşhise elverişli fotoğrafları talep edilmiştir. Başka bir kişiye ait fotoğraf gönderilmesi üzerine ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulmuştur.

12. Genelkurmay Başkanlığı Askerî Savcılığının 4/6/2010 tarihli iddianamesi ile olay tarihinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı askerî savcısı olarak görev yapan A.Z.Ü.nün Yunak Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülmekte olan bir soruşturmaya ilişkin olarak teşhis işlemi yaptırılması için aynı yerde yardımcı askerî savcı olarak görevli Hava Hâkim Binbaşı Mehmet Çelik'in (başvurucunun) fotoğrafının 13/11/2008 tarihli yazıyla istenmesi üzerine başvurucu ile birlikte karar vererek 16/12/2008 tarihli yazıyla, başvurucunun fotoğrafının gönderildiği belirtilerek yazı ekinde aynı yerde askerî savcı yardımcısı olarak görevli Askerî Hâkim Ö.T.ye ait fotoğrafın gönderildiği, bu suretle sanık A.Z.Ü.nün, resmî belgede sahtecilik suçunu, başvurucunun ise azmettirmek ve yardım etmek suretiyle resmî belgede sahtecilik suçuna iştirak etmek suçunu işlediği iddiası ile kamu davası açılmıştır.

13. Genelkurmay Başkanlığı Askerî Mahkemesinin 10/6/2010 tarihli ve 2010/546-180 sayılı duruşmasız işlere ait kararıyla kamu davasının kabulüne karar verilmiştir.

14. Anılan Mahkemenin 28/10/2010 tarihli ve E.2010/355 sayılı gerekçeli kararı ile askerî hâkimlerin yargılanması usulünü düzenleyen 26/10/1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmasına karar verilmiştir.

15. Anayasa Mahkemesi 16/6/2011 tarihli ve E.2010/32, K.2011/105 sayılı kararı ile 357 sayılı Kanun'un "*Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir.*" biçimindeki 25. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.Anayasa Mahkemesinin sözü geçen kararı 27/10/2011 tarihli ve 28097 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

16. Bu arada 22/5/2012 tarihli ve 6318 sayılı Kanun'un 36. maddesi ile 357 sayılı Kanun'un 25. maddesi değiştirilmiş, değişiklik 3/6/2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

17. Askerî hâkimlerin yargılanması usulünü düzenleyen yasa değişiklikleri 3/6/2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Genelkurmay Başkanlığı Askerî Mahkemesinin 6/6/2012 tarihli ve E.2012/11, K.20120/68 sayılı hükmü ile 357 sayılı Kanun'un 25. ve geçici 10. maddeleri uyarınca sanıklar Hv. Hak. Alb. A.Z.Ü. ve başvurucu hakkındaki kovuşturma işlemlerine Askerî Yargıtayda bulundukları aşamadan itibaren devam olunmak üzere dava dosyasının Askerî Yargıtay Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

18. Soruşturma ve yargılama makamlarının kabulüne göre Yunak Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen yazı ekindeki fotoğraf, söz konusu belgeye ataşlanmış ve arkasına isim yazılmamış; fotoğrafa imza ve mühürlü bir kayıt düşülmemiştir.

19. Askerî Yargıtay Başkanlar Kurulunun 18/6/2012 tarihli kararı ile yargılamayı yapan Askerî Yargıtay 4. Dairesi tarafından 18/1/2013 tarihli ve E.2013/1, K.2013/1 sayılı kararla sanıklara atılı suçların unsurları yö-

nünden oluşmadığı ve iddianamede yazılı eylemlerinin başka bir suça da temas etmediği sonucuna varılarak her iki sanığın da beraatlerine karar verilmiştir.

20. Askerî savcı tarafından sanık Hv. Hâk. Alb. A.Z.Ü. hakkında suçluyu kayırma ve başvurucu hakkında suçluyu kayırmaya azmettirme suçlarından mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği ileri sürülerek beraat kararları sanıklar aleyhine temyiz edilmiştir.

21. Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 31/5/2013 tarihli ve E.2013/68, K.2013/80 kararı ile suçun işlenmesi konusunda tam bir mutabakat hâlinde hareket ederek fiili birlikte gerçekleştiren sanıkların müştereken resmî belgede sahtecilik suçunu işledikleri kabul edilerek her iki sanık hakkında verilen beraat kararlarının sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir.

22. Askeri Yargıtay 4. Dairesi, bozmaya uyarak yargılamaya devam etmiş, 7/2/2014 tarihli duruşmada sanık A. Z. Ü., görevsizlik kararı verilerek dava dosyasının Yargıtay Başkanlığına gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Dairece aynı duruşmada verilen ara kararla iş bu davaya bakmakla görevli olduğuna karar verilmiştir.

23. Sanık Hv. Hâk. Alb A. Z. Ü., anılan görevsizlik kararı verilmesi talebinin reddi kararı üzerine 10/2/2014 tarihli duruşmada, bu kez dava dosyasının, uyuşmazlık çıkarılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesini talep etmiştir. Aynı Daire, talep dilekçesi ve ilgili tüm belgeleri uyuşmazlık çıkarmaya yetkili bulunan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 18/2/2014 tarihli ve YY-2014/62279 sayılı kararıyla, uyuşmazlık çıkarma talebinin delillerin ikamesine başlamadan önce yapılması imkanı ve şartı varken, bu aşamaya kadar bu müessesenin işletilmediği gerçekçesiyle uyuşmazlık çıkarılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

24. Askerî Yargıtay 4. Dairesinin 24/3/2014 tarihli ve E.2013/3, K.2014/1 sayılı hükmü ile sanıkların müşterek fail sıfatıyla kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî belgede sahtecilik suçunu işledikleri kabul edilerek 2 yıl 6 ay hapis cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

25. Askerî savcı tarafından sanık Hv. Hâk. Alb. A.Z.Ü. hakkında suçluyu kayırma ve başvurucu hakkında suçluyu kayırmaya azmettirme

suçlarından mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği ileri sürülerek mahkûmiyet hükümleri temyiz edilmiştir. Başvurucu da askerî yargının görevli olmadığını ve suçun unsurlarının oluşmadığını belirterek hükmü temyiz etmiştir.

26. Temyiz üzerine Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 27/11/2014 tarihli ilamı ile Askerî Yargıtay 4. Dairesinin 24/3/2014 tarihli kararı onanmıştır. Daireler Kurulu ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"…

4. Davaya bakma görevinin hangi yargı koluna ait olduğunun tespiti:

Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığında Askerî Savcı ve Yardımcı Askerî Savcı olarak görevli olan sanıkların haklarında, 16.12.2008 tarihinde resmî belgede sahtecilik ve resmî belgede sahtecilik suçuna iştirak etmek iddiası ile kamu davası açılmış olduğu dikkate alındığında, askerî hâkimlerin görev nedeniyle işledikleri suçlarla ilgili yargılama makamının belirlenmesine yönelik yapılan incelemede;

357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun, askerî hâkim ve savcılarla ilgili soruşturma ve kovuşturma usullerini düzenleyen Beşinci Bölümünün, "Soruşturma" başlığı altında düzenlenmiş olan 25'inci maddesi;

"Millî Savunma Bakanı, soruşturma yapmaya memur edilen askerî adalet müfettişince düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler, elde edilen sonuca göre hazırlık soruşturması yapılması için izin verilmesine veya disiplin cezası tayinine, yahut kovuşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir.

Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askerî mahkemenin savcısına gönderilir.

Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz." şeklinde iken;

Genelkurmay Başkanlığı Askerî Mahkemesi tarafından; 28.10.2010 tarihinde yapılan duruşmada; 357 sayılı Askerî Hakimler Kanunu'nun 25 ve 26'ncı maddelerinin Anayasa'nın 2, 10, 138, 139, 140 ve 145'inci maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmeleri istemiyle, Anayasa Mahkemesine baş-

vurulması üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin, 16.6.2011 tarihli, 2010/32 ve 2011/105 sayılı kararıyla, 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nun 25'inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline; iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ve bu karar, 27.10.2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde; askerî hâkim ve savcılarla ilgili görevini belirleyen "En yakın yer" sözcüklerinin, somut ve açık olarak, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeyi tanımlamadığı; en yakın mahkemenin kim tarafından ve nasıl belirleneceğinin belli olmadığı, adli yargıda olduğu gibi sınıf ve görev sıfatlarının dikkate alınmamasının, Anayasa'nın, hukuk devleti, mahkemelerin bağımsızlığı ve teminatı ilkelerini ve adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, yargılamayı yapacak olan hâkimlerin tarafsızlığını sağlayacak ve bu konudaki kuşkuları giderecek koşulların sağlanmadığı, askerî hâkim ve savcıların da adli hâkim ve savcılarla aynı teminata sahip olması gerektiği açıklanmak suretiyle; anılan hükmün, Anayasa'nın 2, 10, 36, 138, 139, 140 ve 145'inci maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine 3.6.2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe konulan, 6318 sayılı Kanun'un 36'ncı maddesiyle 357 sayılı Kanun'un 25'inci maddesi başlığıyla birlikte şu şekilde düzenlenmiştir;

"Soruşturma ve kovuşturma mercileri:

Millî Savunma Bakanı, inceleme yapmakla görevlendirilen askerî adalet müfettişince düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler, elde edilen sonuca göre soruşturma yapılması için izin verilmesine veya disiplin cezası tayinine ya da soruşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir.

Millî Savunma Bakanınca soruşturma açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak, gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askerî mahkemenin savcısına gönderilir. Ancak Askerî Yargıtay kadrolarında savcılık ve tetkik hâkimliği ile Askerî Yüksek idare Mahkemesi kadrolarında savcılık ve raportörlük görevi yapan askerî hâkimler ile Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında görevli askerî hâkimler hakkında düzenlenen evrak Genelkurmay Başkanlığının bulunduğu yerde kurulan askerî mahkemenin savcısına gönderilir.

Askerî savcı tarafından iddianame düzenlenmesi hâlinde iddianamenin kabulü ya da iadesi konusunda karar verilmek üzere soruşturma evrakı ve düzenlenen iddianame Askerî Yargıtaya gönderilir. Askerî Yargıtay Başkanlar Kurulunun belirleyeceği daire, iddianamenin kabulüne veya iadesine karar verir.

İddianamenin iadesi kararına karşı, iddianameyi düzenleyen askerî savcı tarafından Askerî Yargıtay Daireler Kuruluna itiraz edilebilir.

Haklarında iddianamenin kabulüne karar verilen askerî hâkimlerin kovuşturması iddianameyi değerlendiren Askerî Yargıtay Dairesinde yapılır. İddianamenin kabulünden itibaren Askerî Yargıtay dairesinde yapılacak kovuşturmada savcılık görevini Askerî Yargıtay Başsavcılığı yürütür.

Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz."

Bu hükümler dikkate alındığında, Askerî Hâkimlerin 357 sayılı Kanunun 23'üncü maddesinde sayılan görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar ile askerî yargıya tabi şahsi suçlarından dolayı kovuşturmanın Askerî Yargıtay'da yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Adli ve idari yargıda görevli hâkim ve savcılar yönünden de benzeri öngörülmüş olan bahse konu yargılama prosedürünün, askerî hâkimler ve savcılar yönünden teminat niteliğinde olduğu açıktır.

357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nda askerî hâkim ve savcıların emekli olmaları hâlinde, Askerî Yargıtay'ın görevinin devam edeceğine ilişkin bir düzenlenme bulunmamakla birlikte, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 91'inci maddesine göre adli ve idari yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcılardan haklarında kovuşturma yapılacak olanların; son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki, son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatlarının esas alındığı, bu bağlamda, adlî ve idari yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcıların, görevden ayrılmaları hâlinde, yargılama makamında değişiklik olmadığı, hâkim ve savcılık statüsünden dolayı tabi olduğu yargılama makamındaki yargılanmasına her durumda devam edildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı üzere, adli, idari veya askerî yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcıların,

görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma usulünde kendi aralarında farklılık bulunmasının Anayasa'nın 10'uncu maddesiyle bağdaşmayacağından, adlî ve idari yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcılar açısından olduğu gibi, askerî hâkim ve savcıların, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlara yönelik olarak anılan Anayasa Mahkemesi kararı üzerine 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile belirlenmiş yargılama makamının da, görevden ayrılma dahil her durumda görevine devam edeceğinin kabulü gerekmektedir.

Diğer taraftan; 357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu, sınırlı kapsamı nedeniyle özel nitelikli bir kanundur. Askerî hâkimler ve savcıların ne şekilde ve hangi mahkemelerde yargılanabileceklerine ilişkin hükümler de, diğer usul hükümlerine istisna teşkil etmekte olduğundan, özel-genel kanun ilişkisi nedeniyle de öncelikle uygulanması gereken hükümlerdendir.

Ayrıca, Anayasanın 145/2 ve CMK'nın 3'üncü maddelerinde belirtilen "asker olmayan kişi" kavramı, suçun işlendiği sırada asker kişi olmayanlara ilişkin olduğundan, suçun işlendiği sırada asker olan sanıkların suçu işledikten sonra bu sıfatlarını kaybetmeleri hâlinde, Anayasanın 145/2'nci maddesinde belirtilen "Savaş hâli haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz" şeklindeki kuralın, sanıkların askerî mahkemelerde yargılanmalarını yasaklayan bir yönü bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, askerî hâkimlerin görev ve askerî suçları ile ilgili doğal yargılama makamının, Askerî Yargıtay'ın olduğu ve bu görevinin her durumda devam edeceği sonucuna varılmış, 353 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin somut olayımıza uygulanmasının mümkün olmadığı ve sanıkların TSK'dan ilişiklerinin kesilmesinin veya emekliye ayrılmış olmalarının Daire'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanıkların Askerî Yargıtay'da yargılanmaları açısından bir önem ve etkisinin olmayacağı kabul edilmiş, bu kapsamda sanıklar ve müdafilerinin göreve yönelik temyizde ileri sürdükleri tüm taleplerinin reddine karar verilmiştir.

…

Dava konusu resmî belgenin, askerî yazıda bulunması gereken başlık, sayı, tarih, imza vb. zorunlu öğelerin Karargâh Hizmetleri Yönergesi hükümlerine uygun ve Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığı tarafından dava

konusu evraktan önce ve sonra düzenlenmiş yazılara benzer şekilde tanzim edildiği; sanık Hv. Hak. Alb. A. Z. Ü.'nün duruşmada hazır bulundurması üzerine duruşmada dinlenen uzman mütalaalarından, askerî yazı ekinde fotoğraf gönderilmesine yönelik TSK uygulamalarında farklılıklar bulunduğunun ve bu uygulamalara yönelik Karargâh Hizmetleri Yönergesinde özel düzenlemeler bulunmadığının anlaşılması nedeniyle, fotoğrafın askerî yazıya eklenmesi hususunda uzman mütalaalarında belirtildiği yöntemlerin uygulanması zorunluluğunun bulunmadığı, kaldı ki, birden fazla fotoğraf gönderilmediği için karışma ihtimali söz konusu olmadığından, fotoğrafın arkasına isim yazılmasının gerekli olmadığı; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun Ek 6'ncı maddesine göre, şüphelinin fotoğrafı üzerinden yaptırılan teşhis işleminde değişik kişilerin fotoğraflarının aynı büyüklük ve özellikte olmaları gerektiğinden, mühürlenme gibi yazı ekinde gönderilen fotoğrafın diğer fotoğraflardan ayırt edilmesine neden olacak işlemlerin teşhis işleminin doğruluğunu etkileyebilecek olması nedeniyle uygun olmadığı, dolayısıyla fotoğrafın, yazının amacına uygun her türlü yöntemle askerî yazıya eklenmesinin mümkün olduğu, Yunak Cumhuriyet Başsavcılığınca, sanık Hv.Hâk. Bnb. Mehmet ÇELİK'in teşhisi işlemleri yapıldıktan sonra içeriğinin sahte olduğunun anlaşılması nedeniyle sahteciliğin özel bir incelemeye tabi tutulmaksızın anlaşılamayacak olduğu, bu yönüyle Daire tarafından belgede aldatma yeteneği bulunduğu sonucuna varılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. (…) Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askerî Savcılığının 16.12.2008 tarihli, Hv.Hâk.Alb. A. Z. Ü. tarafından imzalanmış yazısına eklenerek ve zarflanarak, Mehmet ÇELİK'in fotoğrafı yerine Yunak Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği; diğer sanık Hv.Hâk.Alb. A. Z. Ü.'nün, sanık Hv.Hâk. Bnb. Mehmet ÇELİK'in fotoğrafı yerine Hv.Hâk.Ütğm. Ö. T.'nin fotoğrafının gönderildiği hususunda bilgi sahibi olduğu ve sanık Hv.Hâk.Alb. A. Z. Ü.'nün onayı ile fotoğrafın Yunak Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği sübuta ermiş bulunduğundan, kamu görevlisi olduklarında tereddüt bulunmayan sanıkların suçun işlenmesi konusunda tam bir mutabakat hâlinde hareket ederek fiili birlikte gerçekleştirdikleri anlaşılmakla, sanıkların, müştereken atılı suçu işledikleri kabul edilerek, TCK'nın 204'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kamu görevlisinin görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî belgede sahteciliği suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır…"

27. Başvurucu, onama kararını 7/1/2015 tarihinde öğrenmiştir.

28. Başvurucu, 15/1/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Mevzuat

29. 357 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Askeri hâkimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlar veya sıfat ve görevlerinin gereklerine uymayan hal veya eylemleri yahut askeri yargıya tabi şahsi suçları şikayet ve ihbar edilir veya cereyan eden işlemlerden öğrenilirse soruşturma izni verilmesine lüzum olup olmadığının tespiti için Milli Savunma Bakanı tarafından ilgili şahıstan kıdemli bir askeri adalet müfettişi görevlendirilir. Zorunlu hallerde bu görev en kıdemli askeri adalet müfettişi tarafından yerine getirilir…"

30. 357 sayılı Kanun'un 25. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli ve E.2010/32, K.2011/105 sayılı iptal kararından önceki hâli şöyledir:

"Millî Savunma Bakanı, soruşturma yapmaya memur edilen askeri adalet müfettişince düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler, elde edilen sonuca göre hazırlık soruşturması yapılması için izin verilmesi veya disiplin cezası tayinine yahut kovuşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir.

Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir.

Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz."

31. 357 sayılı Kanun'un 25. maddesinin 22/5/2012 tarihli değişiklikten sonraki hâli şöyledir:

"Millî Savunma Bakanı, inceleme yapmakla görevlendirilen askeri adalet müfettişince düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler, elde edilen sonuca göre soruşturma yapılması için izin verilmesine veya disiplin cezası tayinine ya da soruşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir.

Millî Savunma Bakanınca soruşturma açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak, gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir. Ancak Askeri Yargıtay kadrolarında savcılık ve tetkik hâkimliği ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kadrolarında savcılık ve raportörlük görevi yapan askeri hâkimler ile Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında görevli askeri hâkimler hakkında düzenlenen evrak Genelkurmay Başkanlığının bulunduğu yerde kurulan askeri mahkemenin savcısına gönderilir.

Askeri savcı tarafından iddianame düzenlenmesi halinde iddianamenin kabulü ya da iadesi konusunda karar verilmek üzere soruşturma evrakı ve düzenlenen iddianame Askeri Yargıtaya gönderilir. Askeri Yargıtay Başkanlar Kurulunun belirleyeceği daire, iddianamenin kabulüne veya iadesine karar verir.

İddianamenin iadesi kararına karşı, iddianameyi düzenleyen askeri savcı tarafından Askeri Yargıtay Daireler Kuruluna itiraz edilebilir.

Haklarında iddianamenin kabulüne karar verilen askeri hâkimlerin kovuşturması iddianameyi değerlendiren Askeri Yargıtay dairesinde yapılır. İddianamenin kabulünden itibaren Askeri Yargıtay dairesinde yapılacak kovuşturmada savcılık görevini Askeri Yargıtay Başsavcılığı yürütür.

Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz."

32. 357 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Askeri hakimlerin genel yargıya tabi şahsi suçları hakkında genel hükümler uygulanır. Ancak soruşturma o yer ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısınca ve kovuşturma o yer ağır ceza mahkemesince yapılır…"

33. 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesi şöyledir:

"Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler."

34. 353 sayılı Kanun'un 17. maddesi şöyledir:

"Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez.

Ancak suçun; askeri bir suç olmaması, askeri bir suça bağlı bulunmaması halinde askeri mahkemenin görevi sona erer."

35. 26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 204. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

36. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 3. maddesi şöyledir:

"(1) Mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir.

(2) (Ek: 26/6/2009 – 5918/6 md.) Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçu tek başına veya asker kişilerle iştirak halinde işlemesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcıları, kovuşturmaları adlî yargı mahkemeleri tarafından yapılır."

37. 12/6/1979 tarihli ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 20. maddesi şöyledir:

"Daha önce Uyuşmazlık Mahkemesince yargı mercii belirtilmemiş olan bir davada temyiz incelemesi yapan yüksek mahkeme, davanın, davaya bakan mahkemenin görevi dışında olduğu kanısına varırsa, incelediği kararı bozacak yerde, incelemeyi erteleyerek yargı merciinin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmaya karar verebilir."

B. İlgili Yargı Kararları

38. Anayasa Mahkemesinin 20/9/2012 tarihli ve E.2011/80, K.2012/122 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"…İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 353 sayılı Kanun'un 'Müşterek Suçlar' başlıklı 12. maddesinde, askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmalarının askeri mahkemelerde; eğer suç Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerinde yapılacağı kural altına alınmıştır.

7.5.2010 günlü 5982 sayılı Kanun ile değiştirilen Anayasa'nın 145. maddesinde, 'Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.' denilmiştir.

***Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde**, askeri yargının görev alanının yeniden düzenlendiği, mevcut hükümde askeri yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmesi nedeniyle uluslararası belgelerde bu durumun eleştirildiği, askeri mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletinin getirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlandığı, getirilen düzenlemeyle askeri mahkemelerin görev alanının askeri suçların yargılanmasıyla çağdaş ülkelerde olduğu gibi sınırlandırıldığı ve asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanmayacağının anayasal teminat altında alındığı belirtilmiştir.*

İtiraz konusu kurala göre, asker olmayan kişilerin asker kişilerle birlikte suç işlemeleri durumunda işlenilen suç Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş ise bu kişiler askeri mahkemelerde yargılanacaklardır. Ancak, Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, savaş hali dışında asker olmayan kişilerin işledikleri suçlar nedeniyle askeri mahkemelerde yargılanamayacağı anayasal olarak teminat altına alınmıştır. Bu durumda, Anayasa'nın 145. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda itiraz konusu kural, Anayasa'ya aykırı hale gelmiştir…"

39. Anayasa Mahkemesinin 11/4/2012 tarihli ve E.2011/108, K.2012/55 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"…353 sayılı Kanun'un 17. maddesinin itiraz konusu birinci cümlesinde, askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesinin, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmeyeceği düzenlenmiş, ikinci cümlesinde ise suçun askerî bir suç olmaması ve askerî bir suça bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevinin sona ereceği

açıklanmıştır. ***Buna göre, suçu işlediği sırada asker olan kişinin bu sıfatının kalkması, önceden işlediği ve askerî yargıya tâbi bir suçtan dolayı askerî mahkemede dava açılmasına veya davanın görülmesine engel olmamaktadır. Ancak bu kişinin işlediği suç askerî suç değilse veya askerî suça bağlı değilse askerî mahkemenin görevi sona erecektir.***

Anayasa'nın 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 145. maddesinin birinci fıkrasında, 'Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir...' denilmek suretiyle askeri mahkemelerin görev alanı belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise 'Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.' denilmek suretiyle askeri mahkemelerde savaş hali haricinde sivillerin yargılanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ceza yargılaması hukukunda kişilerin hangi mahkemelerde yargılanacağının belli bir sıfatı taşımaya bağlandığı durumlarda, söz konusu sıfatın suçun işlendiği sırada bulunması gerekmekte olup, bu sıfatın suçun işlenmesinden sonra bir şekilde kaybedilmesi, kişilerin tabi bulunduğu mahkemenin görevinde herhangi bir değişikliğe neden olmamaktadır. *Çünkü kanun koyucu bir suçu ele alırken suçun işleneceği sıradaki koşulları gözeterek suçun cezasının niteliğini, ağırlığını ve kovuşturulacağı mahkemeyi belirlemektedir.*

Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan ve asker olmayan kişilerin savaş hali dışında askeri mahkemelerde yargılanamayacağını düzenleyen kural, suçun işlendiği sırada asker kişi olmayanlara ilişkin olup, bu kuralın, suçun işlendiği sırada asker olan kişilerin suçu işledikten sonra bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde askeri mahkemelerde yargılanmalarını yasaklayan bir yönü bulunmamaktadır."

40. Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümünün 14/1/2013 tarihli ve E.2012/40,K.2013/1 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"…353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu'nun "Askeri Mahkemelerin Görevleri" başlığı altında düzenlenen İkinci Bölümünde yer alan "Genel Görev" başlıklı 9. maddesinde; "Askeri Mahkemeler Kanunlarda aksi yazılı olmadıkça asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet

ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" denilmekte iken, maddenin "….askeri mahallerde…." ibaresi Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.2012 tarih ve 28335 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 15.3.2012 gün ve E:2011/30, K:2012/36 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

"Askeri suç" ise, öğretide ve uygulamada;

a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askeri Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askeri Ceza Kanunu dışında hiçbir ceza yasası ile cezalandırılmayan suçlar,

b) Unsurları kısmen Askeri Ceza Kanunu'nda kısmen diğer ceza yasalarında gösterilen suçlar,

c) Türk Ceza Kanunu'na atıf suretiyle askeri suç haline dönüştürülen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilmektedir.

Aynı Yasa'nın 13.10.1996 gün ve 22786 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4191 sayılı Yasa'yla değişik 17. maddesinde; "askeri mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun askeri bir suç olmaması askeri bir suça bağlı bulunmaması ve sanık hakkında kamu davası açılmamış olması halinde askeri mahkemenin görevi sona erer" denilmekte iken, maddenin "... ve sanık hakkında kamu davası açılmamış olması ..." tümcesi Anayasa Mahkemesi'nin 11.3.2000 gün ve 23990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1.7.1998 gün ve E:1996/74, K:1998/45 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Buna göre, askeri mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak yüklenen suçun askeri bir suç olmaması, askeri bir suça bağlı bulunmaması halinde, askeri mahkemenin görevinin sona ereceği açıktır. İptal kararı nedeniyle, sanık hakkında kamu davasının açılmış olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

353 sayılı Yasa'nın "Müşterek Suçlar" başlığı altında düzenlenen 12. maddesinde"Askeri mahkemelere ve adliye mahkemelerine tabi kişiler tarafından bir suçun müştereken işlenmesi halinde eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı bir suç ise sanıkların yargılanmaları askerimahkemelere; eğer suç Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suç ise adliye mahkemelerine aittir" denilerek, Askeri Ceza Kanununda yazılı olmayan bir suçun müştereken işlen-

mesi halinde sanıkların yargılamalarının adli mahkemelerde yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Olumsuz görev uyuşmazlığına konu kamu davasında, adli yargı yerince verilen görevsizlik kararında, sanıklara yüklenen eylemin 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun "Hakikate muhalif rapor layiha sair evrak tanzim ve ita edenler" başlığı altında düzenlenen 134. maddesinde yazılı suç kapsamında kaldığı gerekçesine yer verilmiş ise de, dosyanın incelenmesinde, iddianamede anlatılan ve yargı yerlerince verilen görevsizlik kararlarında da kabul edilen, sanıklara yüklenen eylemin, doktor olan sanıkların, sanık T.S. tarafından sağlık karneleri getirilen kişileri görmeden ve muayene etmeden gerçeğe aykırı reçete yazmak olduğu, bu durumda askeri yargı yerince verilen görevsizlik kararında, doktor sanıklara yüklenen eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 204/2. maddesinde düzenlenen "resmi belgede sahtecilik" suçunu, sanık T.S.'e yüklenen eylemin "bu suça iştirak etmek" suçunu oluşturduğu açıklanarak, eylemlerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar kapsamında kaldığının değerlendirildiği gözetildiğinde, verilen görevsizlik kararı hukuka uygun bulunmuştur.

Böylece, sanıklara yüklenen eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar kapsamında kaldığı, Askeri Ceza Kanunu'nda bu eyleme ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı, bu nedenle "askeri suç" olmadığı açıktır.

(…)

Açıklanan nedenlerle, davanın adli yargı yerinde görülmesi ve Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir…"

41. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19/6/2012 tarihli ve E.2012/YYB-722, K.2012/234sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

*"**Suç tarihinde askeri savcı olarak görev yapan sanık*** **[başvurucu]** ***hakkında** 3628 sayılı Yasaya aykırılık suçundan açılan kamu davasında yargılama görev ve yetkisinin Yargıtay 7. Ceza Dairesine mi yoksa Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesine mi ait olduğunun belirlenmesine ilişkin uyuşmazlığın çözümüne geçmeden önce askeri yargının görevli olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.*

(…)

Askerî mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askerî suçları ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya kanunda gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara da bakmakla görevlidirler" şeklinde iken 07.05.2010 gün ve 5982 sayılı Yasanın 15. maddesiyle; "Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz" biçiminde değiştirilmiş ve bu suretle de askeri yargının görev alanı oldukça daraltılmıştır.

Bu değişikliğin nedeni madde gerekçesinde; "Mevcut hükümde askerî yargının görev alanı oldukça geniş düzenlenmiş olup bu durum, değişik uluslararası belgelerde (Katılım Ortaklığı Belgesi, İlerleme Raporları, İstişari Ziyaret Raporları vb.) vurgulanmıştır. Yine, Yargı Reformu Stratejisinde ve Avrupa Birliği müktesebatının Türkiye Cumhuriyeti tarafından üstlenilmesine yönelik olarak hazırlanan ve Bakanlar Kurulu tarafından onaylanarak yürürlüğe giren 2008 Yılı Ulusal Programında, askerî mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletinin gerektirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlanması öngörülmüştür.

Mukayeseli hukuk da göstermektedir ki, pek çok ülkede ayrı bir askerî yargı sistemi bulunmamakta ve asker kişiler de adliye mahkemelerinde yargılanmaktadır. Bazı ülkelerde ise, askerî mahkemeler sadece disiplin mahkemesi olarak, oldukça sınırlı bir alanda görev yapmaktadır. Buna karşın askerî yargı ülkemizde, demokrasi ve hukuk devleti standartlarının dışında, geniş bir görev alanına sahiptir. Askerî yargının görev alanının geniş belirlenmiş olması, bazen yargı mercileri arasında görev uyuşmazlıklarına da neden olabilmektedir.

Getirilen düzenlemeyle askerî mahkemelerin görev alanı, askerî suçların yargılanmasıyla sınırlandırılmaktadır. Askerî suç ise yüksek mahkemelerce tanımlanmış bir kavramdır. Anayasa Mahkemesinin 25.10.1994 tarihli ve E. 1994/2, K. 1994/76 sayılı kararında, askerî suçun unsurları, askerî bir yararı ihlâl etmek ve askerî nitelikte olmak biçiminde açıklanmıştır. Bir suçun Askerî Ceza Kanununda açıkça yer almış olmasının, onun askerî suç sayılmasına

yetmeyeceği belirtilmiştir. Yine 01.07.1998 tarihli ve E. 1996/74, K. 1998/45 sayılı kararında askerî mahkemelerin görev alanının, 'askerî hizmetlerin yürütülmesindeki özellikler, disiplinin korunması, asker kişilerin astlık üstlük ilişkileri dikkate alınarak' belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu veriler göz önüne alınarak, askerî mahkemelerin görev alanı, çağdaş ülkelerde olduğu gibi daraltılmakta ve asker kişilerin, sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalarla sınırlı tutulmaktadır" şeklinde açıklanmıştır.

T.C. Anayasası'nın 145. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde atıf yapılan Anayasa Mahkemesinin 25.10.1994 gün ve 2-76 sayılı kararında; "Asker veya asker olmayan herhangi bir kişi tarafından işlenen suçun, askerî bir yararı ihlâl etmediği, dolayısıyla askerî nitelikten yoksun bulunduğu belirgin ise, suçun Askerî Ceza Yasası'nda açıkça yer almış olması onun askerî suç sayılmasına yetmeyecektir",

01.07.1998 gün ve 74-45 sayılı kararında ise, askeri yargının görev alanını belirleyen Anayasanın 145. maddesinin 5982 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki metnine ilişkin olarak; "Anayasa'nın 'Askerî yargı' başlıklı 145. maddesinde... denilerek askerî hizmetlerin yürütülmesindeki özellikler, disiplinin korunması, asker kişilerin astlık üstlük ilişkileri dikkate alınarak bu mahkemelerin görev alanı ve asker olmayan kişilerin hangi hallerde askerî mahkemelerde yargılanabilecekleri belirtilmiştir" değerlendirmesi yapılmıştır.

Sanığın askeri savcı olarak görev yaptığı olayda uyuşmazlığın çözümünde yalnızca 26.10.1963 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 353 sayılı Yasanın 9. maddesi hükmünün değil başta Anayasa olmak üzere tüm mevzuatın ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarının da göz önüne alınması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda ayrıntısı verilen 25.10.1994 ve 01.07.1998 tarihli kararlarında vurgulandığı üzere, askerî mahkemelerin görev alanı; "askerî hizmetlerin yürütülmesindeki özellikler, disiplinin korunması, asker kişilerin astlık üstlük ilişkileri dikkate alınarak" belirlenmelidir. Ülkemizde adliye mahkemelerinin yanında görev yapmakta olan askeri mahkemelerin görev alanı, son yıllarda Anayasa'da ve yasalarda yapılan değişikliklerle önemli ölçüde daraltılmış, bu bağlamda, Anayasamızın 145. maddesinde ve CYY'nın 3. maddesinde yapılan değişikliklerle askeri yargının görev alanının sı-

nırları daraltılarak tekrar belirlenmiştir. Nitekim yasa koyucunun bu iradesi Anayasamızın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde; "askerî mahkemelerin görev alanı, çağdaş ülkelerde olduğu gibi daraltılmakta ve asker kişilerin, sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalarla sınırlı tutulmaktadır" şeklinde açıkça ifade edilmiş ve Ceza Genel Kurulunun 05.07.2011 gün ve 116-157 sayılı kararında da benzer hususlara işaret edilmişti*r.*

Diğer taraftan, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasının "Gerçeğe aykırı bildirimde bulunma" başlıklı 12. maddesinde;

"Kanunen daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde gerçeğe aykırı bildirimde bulunana altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir" düzenlemesine yer verilmiştir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 12.10.2006 gün ve 168-168, 24.04.2003 gün 47-45, Askeri Yargıtay 4. Dairesi'nin 30.03.2004 gün ve 439-436, Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 29.09.2009 gün ve 1265-10364, 23.06.2008 gün ve 1975-15741 sayılı kararlarında da askeri mahkemelerin görev alanının yorumla genişletilmesinin uygun olmadığına işaret edilerek, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapan asker kişiler tarafından işlenen gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçunun unsurları ve cezasının 3628 sayılı Yasada düzenlenmesi ve Askeri Ceza Yasasında yer alan ya da Askeri Ceza Yasasının atıfta bulunduğu suçlardan olmaması nedeniyle belirtilen suçun askeri suç olmadığı hususunda kuşku bulunmadığı, ancak asker kişinin mal bildiriminde bulunacağı mercii 3628 sayılı Yasanın 8/b maddesine göre askeri makamlar olduğundan söz konusu suçun askeri mahalde işlendiği ve yargılama görevinin askeri makamlar olduğunu kabul etmek gerektiği belirtilmiş, suçun başkaca askeri suçlarla bağlantılı bulunması durumunda da soruşturma ve kovuşturma görevinin askeri yargı organlarına ait olduğunun kabulü gerektiği vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi 3628 sayılı Yasada düzenlenen gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunmak suçunun askeri suç olmadığı, Yargıtay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararları ile sabit olup, T.C. Anayasasının 145. maddesinde değişiklik yapılmadan önce suçun "askeri mahalde işlenmesine" göre askeri yargı organlarının görevli olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Ancak, Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan "askeri mahallerde" ibaresi metinden çıkarıldığından, gerçeğe aykırı bildirimde bulunmak suçu, kovuşturma görevi askeri yargı organlarına ait olan başka bir suçla irtibatlı olmadığı sürece askeri yargı organlarının görevi kapsamında olmayacaktır. Bu anlamda sanık hakkında gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunma suçundan açılan kamu davasında Genelkurmay Askeri Mahkemesince 15.03.2011 gün 20-26 sayı ile verilen görevsizlik kararı isabetlidir.

357 sayılı Askeri Hakimler Yasasının "Genel Yargıya Tabi Suçlar" başlığı altında düzenlenen 28. maddesi, "Askeri Hakimler ve Askeri Savcılar ile Yardımcılarının, Adli Müşavirlerin, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı ve Askeri Adalet Teftiş Kurulu Başkanlığı kadrolarında ve Askeri Yargı ile ilgili idari görevlerde bulunan askeri hakimlerin genel yargıya tabi şahsi suçları hakkında genel hükümler uygulanır.

Ancak soruşturma ve kovuşturma o yer ağır ceza mahkemesi savcılığı ve sorgu hakimliğince, son soruşturma ise ağır ceza mahkemesince yapılır" şeklinde iken;

03.06.2012 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6318 sayılı Yasanın 35. maddesi ile "Genel yargıya tabi şahsi suçlar ve hukuki sorumluluk" başlığı altında yeniden düzenlenmiş ve "Askeri hakimlerin genel yargıya tabi şahsi suçları hakkında genel hükümler uygulanır. Ancak soruşturma o yer ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Başsavcısınca ve kovuşturma o yer ağır ceza mahkemesince yapılır.

Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hallerinde soruşturma genel hükümlere göre yapılır. Soruşturma yetkili Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekilleri tarafından bizzat yürütülür.

Bu hallerde durum hemen Millî Savunma Bakanlığına bildirilir…" biçiminde değiştirilmiştir.

Maddedeki düzenleme ile askeri hakimlerin genel yargıya tabi kişisel suçları ile ilgili soruşturma ve kovuşturma usulleri hüküm altına alınarak, genel yargıya tabi şahsi suçlar hakkında genel hükümlerin uygulanacağına işaret edilmiştir.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının bazı hükümlerinin de gözden geçirilmesinde yarar bulunmaktadır.

(…)

Anılan Yasanın "soruşturma ve kovuşturma" başlıklı yedinci kısmında yer alan adli ve idari yargı hakim ve Cumhuriyet savcılarının görevlerinden doğan ya da görevleri sırasında işledikleri suçlar ile kişisel suçlarında soruşturma ve kovuşturma usullerini düzenleyen 82 ila 98. maddelerindeki hükümlerin askeri yargı hakim ve savcılar yönünden de uygulanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasanın yalnızca Ek Geçici 2. maddesinde, kendi yasalarında gerekli değişiklik yapılıncaya kadar aylık, ek gösterge, ödenek, mali, sosyal ve diğer özlük hakları bakımından; askeri hakimler hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmış ve bu hükme paralel olacak şekilde 357 sayılı Askeri Hakimler Yasasının 18. maddesi ve Geçici 9. maddesinde de askeri hakimlerin bir kısım özlük hakları bakımından 2802 sayılı Yasaya atıfta bulunulmuştur.

357 sayılı Askeri Hakimler Yasası, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasası, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Yasaların incelenmesinde askeri hakim ve savcıların soruşturma ve kovuşturmaları ile ilgili olarak 2802 sayılı Yasaya herhangi bir atıf yapılmadığı görülmektedir.

Bu açıklamalara göre, amacı ve kapsamına yukarıda yer verilen ve özel bir yasa niteliğinde olan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasasının (özlük haklarına ilişkin belirtilen maddeleri dışında) soruşturma ve kovuşturma usulleri bakımından askeri hakim ve savcılar hakkında uygulanma olanağı bulunmadığı, askeri hakim ve savcılar ile ilgili soruşturma ve kovuşturmaya ilişkin esasların 357 sayılı Askeri Hakimler Yasasında düzenlemiş olduğu ve anılan Yasanın 28. maddesi uyarınca genel yargıya tabi şahsi suçlarla ilgili yargılama görev ve yetkisinin adli yargı ilk derece mahkemelerine ait olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Yasasının 12. maddesinde düzenlenen gerçeğe aykırı bildirimde bulunma suçundan yargılama yapma görevinin askeri yargıya ait olmadığının da belirlenmesi karşısında, 357 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca bu suçla ilgili yargılama yapma görevi genel yargıya, diğer bir anlatımla o yer ağır ceza mahkemesine ait olacaktır."

42. Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 26/12/2013 tarihli ve E.2013/130, K.2013/127sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"…Görev hususunun değerlendirilmesi

353 sayılı Kanun'un "Askerî mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi" başlıklı 17'nci maddesi "Askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erer." şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre, sanığa isnat edilen suçun askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması ve askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi hâlinde, askerî mahkemenin görevi sona erecektir. Eğer suç askerî bir suça bağlı ise veya askerlik hizmet ve göreviyle ilgili ise, her hâlde askerî mahkemenin yargılama görevi devam edecektir.

Anayasa'nın "Askerî yargı" başlıklı 145/1'inci maddesinde; "Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her hâlde adliye mahkemelerinde görülür.";

353 sayılı Kanun'un "Genel görev" başlıklı 9'uncu maddesinde: "Askerî mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.";

Hükümleri yer almaktadır.

Askerî bir suç olmadığı hususunda kuşku bulunmayan "resmî evrakta sahtecilik ve dolandırıcılık" suçları; temyize konu olayda asker kişiler aleyhine işlenmediği gibi, askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak da işlenmemiştir. Dolayısıyla bu suçlarla ilgili yargılama görevi askerî mahkemelere ait değildir. Anayasa'nın 145'inci maddesinde 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle askerî mahkemelerin görev kapsamını tespit eden madde metninden askerî

mahal kavramı çıkarıldığından, söz konusu suçların askerî mahalde işlenmiş olması da görevin belirlenmesi bakımından sonuca etkili değildir…"

43. Askerî Yargıtay 3. Dairesinin suç tarihinden sonra emekli olmuş bir Askeri Yargıtay üyesi hakkındaki 18/12/2015 tarihli ve E.2015/1, K.2015/1 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Sanık hâli hazırda emekliye ayrılmış olup, askerî mahkemelerde yargılanmasını gerektiren ilgi kesildiğinden ve sanığa isnat edilen altı ayrı "Zincirleme şekilde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret", üç ayrı "Zincirleme şekilde iftira" ve "Zincirleme şekilde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçlarının unsurları ve müeyyideleri Türk Ceza Kanununda gösterildiğinden, atıf suretiyle askerî suç hâline getirilmemiş, dolayısıyla askerî suç olmadığından ve askerî bir suça da bağlı bulunmadığından, anılan suçlarla ilgili davaya Yargıtay'da bakılması gerektiğinden, Askerî Yargıtay Kanunu'nun 38, 353 sayılı Kanun'un 9, 17 ve 176'ncı maddeleri gereğince altı ayrı "Zincirleme şekilde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret", üç ayrı "Zincirleme şekilde iftira" ve "Zincirleme şekilde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçlarından "Zincirleme şekilde adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suçu yönünden ...sonuçta oy birliğiyle ilk derece mahkemesi olarak görev yapan Dairemizin GÖREVSİZLİĞİNE;

Kararın kesinleşmesini müteakip sanığın müsnet suçlardan eylemlerine uyan kanun maddeleri uyarınca yargılanmasının temini için dava dosyasının onaylı bir suretinin YARGITAY BAŞKANLIĞINA GÖNDERİLMESİNE [karar verildi.]"

44. Anılan görevsizlik kararının temyizi üzerine Askerî Yargıtay Daireler Kurulunca verilen 12/5/2016 tarihli ve E.2016/17, K.2016/40 sayılı kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Sonuç olarak yukarıda açıklanan gerekçelerle, somut olayda, suç tarihlerinde Yüksek Mahkeme üyesi olan sanığın iddia konusu eylemlerine ilişkin olarak hangi yargı merciinin görevli olduğu hususu uyuşmazlık konusu olup, Askerî Yargıtay Daireler Kurulunca bu hususta verilecek karar sonrasında dosyanın gönderilmesi ihtimali bulunan Yargıtay Ceza Genel Kurulunun da kendisini görevsiz görerek karar vermesi ihtimalinin mevcut olduğu, bu ihtimal de dikkate alındığında, görevli mahkemenin Türk hukuk sisteminde

uyuşmazlıkları çözmeye kesin olarak yetkili olan Uyuşmazlık Mahkemesince karar verilmesinin adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesini sağlayacağı dikkate alınarak, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 20'nci maddesi uyarınca, görevli yargı merciinin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

45. Mahkemenin 17/11/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kanuni Hâkim Güvencesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

46. Başvurucu; 15/8/2014 tarihinde emekli olmak suretiyle TSK'dan ayrıldığını, yine aynı davada yargılanan A.Z.Ü.nün de daha önce TSK ile ilişiği kesildiğinden dava dosyasında asker kişi olarak sanık kalmadığını, Anayasa'nın 5982 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile değiştirilen 145. maddesinin ikinci fıkrası ile 5271 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrası uyarınca barış zamanında askerî mahkemelerde yargılanmasının mümkün olmadığını keza üzerine atılı resmî belgede sahtecilik suçunun askerî bir suç teşkil etmediğini, yine Uyuşmazlık Mahkemesinin 14/1/2013 tarihli ve E.2012/40, K.2013/1 sayılı kararı gereği adli yargı yerlerinin görevli olduğunu, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve nihai kararın ortadan kaldırılması talebinde bulunmuştur.

47. Bakanlık görüş yazısında, Anayasa Mahkemesi kararlarına atıfla Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan ve asker olmayan kişilerin savaş hâli dışında askerî mahkemelerde yargılanamayacağına ilişkin kuralın suçun işlendiği sırada asker olan kişilerin suçu işledikten sonra bu sıfatlarını kaybetmeleri hâlinde askerî mahkemelerde yargılanmalarına engel teşkil etmediğini, davaya konu söz konusu belgenin başvurucunun görevi nedeniyle düzenlendiğini, kanuni hâkim güvencesine yönelik şikâyetin incelenmesinde bu hususların da dikkate alınması gerektiği bildirilmiştir.

48. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

2. Değerlendirme

49. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* kenar başlıklı 36. maddesi şöyledir:

*"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve **savunma** ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

50. Anayasa'nın *"Kanuni hâkim güvencesi"* kenar başlıklı 37. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

51. Anayasa'nın *"Mahkemelerin kuruluşu"* kenar başlıklı 142. maddesi şöyledir:

"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."

52. Anayasa'nın *"Askerî yargı"* kenar başlıklı 145. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

53. 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 iddialarının adil yargılanma hakkı kapsamında olan kanuni hâkim güvencesi yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

54. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

55. Kanuni hakim güvencesinin sağladığı "güvenceler", esasen adil yargılanma hakkı içerisinde yer almaktadır.Çünkü kanuni hakim güvencesinin sağlanmadığı bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez.

56. Anılan güvence, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber *(Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 77; AYM, E. 2002/170, K. 2004/54, 5/5/2004), hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağına dair Anayasa'nın 37. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini belirten Anayasa'nın 142. maddesinin de kanuni hâkim güvencesinin değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır.

57. 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 anılan sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, herkesin davasının yasayla kurulmuş bir mahkemede görülmesini isteme hakkı düzenlenmiştir.

58. Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hâkim güvencesi, Anayasa'nın 36.ve Sözleşme'nin 6. maddelerinde ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan "yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma" hakkının temelini oluştur-

maktadır. Kanuni hâkim güvencesi, mahkemelerin kuruluş ve yetkileri ile izleyecekleri yargılama usulünün yasayla düzenlemesini ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmesini gerektirir. Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararlarında, kişinin hangi mahkemede yargılanacağını önceden ve kesin olarak bilmesini gerektiren doğal hâkim ilkesini koruyan bir hüküm olarak ele alınmaktadır (AYM, E.2002/170, K.2004/54, 5/5/2004; E.2005/88, K.2008/166, 20/11/2008; *Tahir Gökatalay*, § 79).

59. Kanuni hâkim güvencesi, sadece mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alan konuların belirlenmesini değil her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dâhil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin tüm düzenlemeleri ifade etmekte, mahkemelerin görev ve yetki alanlarının açık ve anlaşılır biçimde tespit edilmesi gereğini ortaya koymaktadır (*Tahir Gökatalay*, § 80). Bu güvence, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Kanuni hâkim güvencesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına, başka bir anlatımla sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

60. Anılan güvence, Anayasa'nın 145. maddesinde askerî mahkemeler bakımından özellikle vurgulanmıştır. Anayasa'nın *"Askerî yargı"* kenar başlıklı 145. maddesinin birinci fıkrasına göre askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her durumda adliye mahkemelerinde görülür.

61. Anayasa'da askerî mahkemelerin kuruluş ve işleyişinin kanunla düzenlenmesinin öngörülmesi; suçların, bunların cezalarının ve uyuşmazlığın çözümünde hangi mahkemenin görevli olacağının kanunda açık ve anlaşılır şekilde belirtilmesini gerektirir (AYM, E. 1999/13, K. 1999/26, 14/6/1999). Kanunla düzenleme ise "belirliliği" ve "öngörülebilirliği" içerir (AYM, E.2010/32, K.2011/105, 16/6/2011).

62. Diğer yandan mahkemelerin görev ve yetki alanlarına ilişkin olarak içtihatlarla ortaya çıkan uyuşmazlıkların da belirsizliğe yol açılmadan

çözülmesi gerekir. Farklı uygulamaların yüksek mahkemeler nezdinde gelişmesi durumunda, toplumun yargıya güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğin oluşmasına izin verilmemelidir. Böyle bir durumda, adli makamların -özen yükümlülükleri gereği- farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik usule ilişkin güvenceleri devreye sokmaları beklenir. İlgili adli makamlar, adil yargılanma hakkının da içeriğine dahil olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ederek hukuki belirsizliğin bizatihi kaynağı olmamalıdır.

63. Aksi tutum, askeri yargı yönünden, askeri mahkemelerin görevinin, asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanmayacağına dair Anayasa'nın 145. maddesinin, dolayısıyla Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerindeki anayasal güvencenin ihlaline yol açabilecektir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

64. Askerî mahkemelerin görevleri, Anayasa'nın 145. ve 353 sayılı Kanun'un 9. maddelerinde belirlenmiştir. Buna göre kişilerin asker kişi sıfatıyla yargılanmaları, askerî mahkemelerin görev alanına girmektedir. Sanığın asker kişi sıfatı sona erdiğinde atılı suç askerî suç değilse veya askerî suça bağlı bulunmuyorsa askerî mahkemede yargılamanın gereği kalmayacağından doğal görevli yargı yeri olan adli yargı yerinde yapılması gerekmektedir (AYM, E.1996/74, K.1998/45, 1/7/1998). 353 sayılı Kanun'un 17. maddesine göre askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak yüklenen suçun "askerî bir suç" olmaması, "askerî bir suça bağlı bulunmaması" hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erecektir.

65. Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde askerî yargının görev alanının yeniden düzenlendiği, mevcut hükümde askerî yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmesi nedeniyle uluslararası belgelerde bu durumun eleştirildiği, askerî mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletinin getirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlandığı, getirilen düzenlemeyle askerî mahkemelerin görev alanının askerî suçların yargılanmasıyla çağdaş ülkelerde olduğu gibi sınırlandırıldığı ve asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili ola-

rak işledikleri askerî suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hâli haricinde askerî mahkemelerde yargılanmayacağının anayasal teminat altına alındığı belirtilmiştir.

66. 353 sayılı Kanun'un 104. maddesi uyarınca askerî hâkimler ile askerî savcılar veya yardımcıları hakkında özel kanuna göre soruşturma yapılır. Bu hükümde sözü geçen özel kanun ise 357 sayılı Kanun'dur. 357 sayılı Kanun'un 23., 24., 25. ve 26. maddelerinde askerî hâkim ve savcılar ile ilgili soruşturma/kovuşturma mercileri düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 26. maddesine göre askerî hâkimlerin işledikleri fiillerle ilgili olarak askerî adalet müfettişince düzenlenen evrak kendisine gönderilen askerî savcı, 353 sayılı Kanun hükümlerine göre gerekli işlemi yapmak zorundadır.

67. Bu hükümlere göre, askeri hâkim ve savcıların, asker kişi özellikleri gözönünde bulundurulmaksızın görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri askeri yargıya tabi suçlarından dolayı soruşturma ve kovuşturmalarının adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının yargılandığı Yargıtayın muadili olan Askeri Yargıtayda yapılması gerektiğinde bir duraksama yoktur *(Ahmet Zeki Üçok*, B. No: 2013/1966, 25/3/2015, § 36). Ancak 357 sayılı Kanun'da askerî hâkim ve savcıların emekli olmaları hâlinde, Askerî Yargıtayın askeri suç veya askeri bir suça bağlı başka bir suç dışındaki suçlar bakımından da görevinin devam edeceğine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. 353 sayılı Kanun'un 17. maddesinin askeri hâkim ve savcılar yönünden uygulanamayacağına dair bir istisna da getirilmemiştir.

68. Uyuşmazlık Mahkemesi, resmî belgede sahtecilik suçunun "askerî bir suç" olmadığı tespitinde bulunmuştur (bkz. § 40). Askerî Yargıtay Daireler Kuruluna göre de resmî evrakta sahtecilik suçunun askerî bir suç olmadığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 145. maddesinde yapılan değişiklikle madde metninden askerî mahal kavramı çıkarıldığından söz konusu suçun askerî mahalde işlenmiş olması da görevin belirlenmesi bakımından sonuca etkili değildir (bkz. § 42).

69. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da Anayasa'nın 145. maddesinde ve 5271 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişikliklerle askerî yargının görev alanının daraltıldığını ve bu iradenin Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesinde açıkça ifade edildiğini belirterek başvurucuya başka bir dosyada isnat olunan "gerçeğe aykırı bildirimde bulunma"

eyleminin yargılamasının genel mahkemelerde yapılması gerektiğine hükmetmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/YYB-722, K.2012/234, 19/6/2012). Yargıtay Ceza Genel Kurulu ayrıca 357 sayılı Kanun ve 353 sayılı Kanun'da, askerî hâkim ve savcıların soruşturma ve kovuşturmaları ile ilgili olarak 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmadığını dolayısıyla mahkemelerin madde itibarıyla yetkilerinin belirlenmesinde görevden ayrılan hâkim ve savcıların ayrılma zamanındaki sıfatlarının esas alınacağına dair 2802 sayılı Kanun'un 91. maddesinin de uygulanma olanağı bulunmadığını belirtmiştir (bkz. § 41).

70**.** Anayasa Mahkemesi de norm denetimine ilişkin verdiği kararlarında, Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesi doğrultusunda değerlendirmelerde bulunmuştur (bkz. §§ 38-39).

71. Askerî hâkim ve savcıların TSK'dan ilişikleri kesilse dahi Askerî Yargıtayda yargılanacağına dair Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 27/11/2014 tarihli kararının ilgili kısmı şöyledir:

> *"…**357 sayılı Askerî Hâkimler Kanunu'nda askerî hâkim ve savcıların emekli olmaları hâlinde, Askerî Yargıtay'ın görevinin devam edeceğine ilişkin bir düzenlenme bulunmamakla birlikte,** 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 91'inci maddesine göre adli ve idari yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcılardan haklarında kovuşturma yapılacak olanların; son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki, son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatlarının esas alındığı, bu bağlamda, adlî ve idari yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcıların, görevden ayrılmaları hâlinde, **yargılama makamında değişiklik olmadığı, hâkim ve savcılık statüsünden dolayı tabi olduğu yargılama makamındaki yargılanmasına her durumda devam edildiği anlaşılmaktadır…**"*

72. Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, 357 sayılı Kanun'da askerî hâkim ve savcıların görevden ayrılmaları hâlinde haklarındaki soruşturma/kovuşturmaların akıbeti hakkında hüküm bulunmadığını belirterek askeri mahkemelerin görevinin devam ettiğini belirlemiştir. Burada Anayasa'nın 145. maddesindeki değişiklik ve gerekçesi nazara alınmamış; 2802 sayılı Kanun'un 91. maddesi kıyas yoluyla uygulamıştır. Diğer bir ifadeyle askeri yargının görev sınırları, kanuni bir temelden hareket edilmeden yo-

rum yoluyla belirlenmiştir. Anılan yorumun Anayasa Mahkemesi, Uyuşmazlık Mahkemesi, Askeri Yargıtay ve Yargıtay'ın askeri yargının görev alanına ilişkin olarak Anayasa'nın 145. maddesinin değişiklik gerekçesini esas alarak verdikleri önceki kararlarla uyumlu olmadığı açıktır. Böylelikle, mahkemelerin madde itibarıyla yetkilerinin (görevlerinin) belirlenmesinde, görevden ayrılan askeri hâkim ve savcıların ayrılma zamanındaki sıfatlarının esas alınıp alınmayacağına dair yüksek mahkemeler arasında içtihat farklılığı oluşmuştur. Bu durum, hukuki belirsizliğe sebep olmuştur.

73. Anayasa Mahkemesi, bir uyuşmazlık hakkında hangi mahkemenin veya yargı kolunun görevli olduğunu tespit etmekle görevli değildir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki görevi, yargılamanın usul kurallarına uygunluğunu denetlemek değil adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin somut olayda ihlal edilip edilmediğini denetlemektir.

74. Askeri hakim ve savcıların hangi mahkemelerde yargılanacağına dair oluşan hukuki belirsizlik karşısında Askeri Yargıtay, -diğer yüksek mahkemelerin içtihatları dikkatine sunulmasına rağmen- meselenin Uyuşmazlık Mahkemesine taşınması noktasında harekete geçmemiştir. Diğer bir ifadeyle suç tarihinden sonra görevden ayrılmış (veya ilişiği kesilmiş) askeri hakim ve savcılar yönünden hangi yargı kolunun görevli olduğuna ilişkin olarak oluşan hukuki belirsizliğin giderilmesine yönelik mekanizmaların işletilmesi yönünde gerekli özen gösterilmemiştir. Başka bir dosyada sonradan yaşanan kısmen benzer bir süreçte ise belirtilen çözüm mekanizması işletilerek hukuki belirsizliğin giderilmesine çalışılmıştır (bkz. §§ 43-44). Sonuç olarak Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerindeki anayasal güvencenin ihlal edildiği anlaşılmıştır.

75. Açıklanan nedenlerle kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

76. Başvurucu; ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 297. maddesinin (3) numaralı fıkrasının amir hükmü ile Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararlarına rağmen Askerî Yargıtay Başsavcılığı tarafından tebliğname düzenlenmediğini, delillerin eksik ve hatalı değerlendirildiğini, kovuşturma konusu

suça iştirakten şüpheli olması gereken kişinin tanık sıfatıyla dinlendiğini, derece mahkemesi kararlarının gerekçeden yoksun olduğunu, tüm bu nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

77. Başvurucunun kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği yönündeki yukarıdaki tespit dikkate alındığında Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetlerinin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrıca karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

78. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

79. Başvurucu, tazminat talebinde bulunmamıştır.

80. Başvurucunun kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

81. Kanuni hâkim güvencesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Askerî Yargıtay 4. Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

82. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan kanuni hâkim güvencesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin kanuni hâkim güvencesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Askerî Yargıtay 4. Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.026,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 17/11/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HAKAN YILDIZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/8804)

Karar Tarihi: 1/12/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 30/12/2016-29934

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Mehmet Sadık YAMLI
Başvurucu	:	Hakan YILDIZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, naklen atama işleminin iptali istemiyle açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi uygulanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/6/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/9/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 10/11/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 19/12/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 9/1/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

7. İkinci Bölümün 29/6/2016 tarihinde yaptığı toplantıda niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülen başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve ekleri ile Ulusal Yargı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden başvuruya konu yargılama dosyasına ilişkin tespit edilen olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, Ankara Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğünde şube müdür yardımcısı olarak görev yapmakta iken 6/1/2014 tarihli

işlemle aynı il Yabancılar Şube Müdürlüğüne şube müdür yardımcısı olarak atanmıştır.

10. Başvurucunun anılan işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemi ile açtığı davada Ankara 6. İdare Mahkemesinin 15/4/2014 tarihli ve 2014/316 sayılı kararıyla dava konusu işlemin açıkça hukuka aykırı olduğu ve uygulanması hâlinde telafisi güç zararlar doğacağı gerekçesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi gereğince işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

> *"... dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, görev yerinin değiştirilmesini gerektirecek herhangi bir olumsuz tutum ve davranışı bulunmayan, herhangi bir soruşturma geçirmeyen ve disiplin cezası da almayan davacının, genel atama dönemi dışında, yukarıda yer verilen mevzuatta öngörülen zorunlu olarak atamasını gerektiren hususlar da ortaya konulmaksızın, Asayiş Şube Müdürlüğü'ndeki görevinden alınarak, Ankara Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü emrine atamasının yapılmasına ilişkin dava konusu işlemde, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden hukuka uyarlık bulunmamaktadır.*
>
> *Açıklanan nedenlerle; hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin; uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden 2577 Sayılı Kanu'nun 27.maddesi uyarınca teminat alınmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına..."*

11. Karara katılmayan Mahkeme başkanı ise yürütmenin durdurulması için gerekli şartların bulunmadığını belirterek yürütmenin durdurulması isteminin reddi gerektiğini savunmuştur.

12. Ankara Valiliği, bu karar üzerine 12/5/2014 tarihli Valilik olurlu işlem ile 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'a eklenen ve 6/3/20014 tarihli ve 28933 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 28. madde gereği dava konusu edilen kadronun boş olmadığı gerekçesiyle başvurucuyu tekrar Yabancılar Şube Müdürlüğündeki görevine atamış; bu işlem 26/5/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu bunun üzerine 12/6/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

14. Bu arada İdare, yürütmenin durdurulması kararına süresi içinde itiraz etmiş ve Ankara Bölge İdare Mahkemesi Birinci Kurulu, 22/5/2014 tarihli ve Y.D. İtiraz 2014/3075 sayılı kararıyla itirazı kabul ederek, bireysel başvuru yapılmadan önce, yürütmenin durdurulması kararını kaldırmıştır. Kararın gerekçesi şöyledir:

"Dosyanın incelenmesinden; ... işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; davacının, aynı il içinde ve unvanı korunarak hakkında atama işlemi tesis edildiği göz önünde bulundurulduğunda, dava konusu işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız bir zararın doğmasının söz konusu olmadığı, Mahkeme kararında bu hususta gösterilen gerekçenin de belirtilen türden bir zararın doğmasına neden olmayacağı anlaşıldığından; olayda, idari işlemin uygulanması halinde 2577 sayılı Kanunun 27. maddesinde öngörülen "telafisi güç veya imkansız zararların doğması" şartının varlığından bahsetmeye olanak bulunmamaktadır."

15. Bireysel başvuru yapıldıktan sonra, Ankara 6. İdare Mahkemesi 30/12/2014 tarihli ve E.2014/316, K.2014/1687 sayılı kararıyla davayı esastan reddetmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Bu durumda, Emniyet Teşkilatı bünyesinde görev yapan personelin, görev yaptıkları yerde hizmetinden yararlanılamaması, başka birimlerde ihtiyaç duyulması halleriyle, gelişen şartlara göre emniyet hizmetlerinin daha etkin ve verimli ifasını temine yönelik personel istihdamının gerekli olduğu durumlarda, başka birimlere naklen atanması konusunda idarenin takdir yetkisi bulunduğu, idarenin mevzuat uyarınca sahip olduğu takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırı kullandığına dair herhangi bir bilgi belge bulunmadığı, yargı kararı ile idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde hüküm verilemeyeceği yönündeki Anayasal kural da dikkate alındığında Ankara Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube Müdürlüğü'nde şube müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının Ankara Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü'ne şube müdür yardımcısı olarak atanmasına ilişkin 06.01.2014 tarih ve 2014-1 sayılı işlemde mevzuata aykırılık bulunmamaktadır."

16. Bu karara başvurucu tarafından yapılan itiraz, Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 10/6/2015 tarihli ve E.2015/1412, K.2015/1489 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Karar düzeltme başvurusunun da 11/11/2015 tarihli ve E.2015/2674, K.2015/3096 sayılı kararı ile reddedilmesiyle davanın reddine ilişkin İlk Derece Mahkemesi kararı kesinleşmiştir.

B. İlgili Hukuk

17. 2577 sayılı Kanun'un "*Yürütmenin durdurulması"* kenar başlıklı 27. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Danıştayda veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.

2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/57 md.) Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014-6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz.Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. ...

...

7. Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar;... idare ve vergi mahkemeleri ile tek hakim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine, ... kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."

18. 2577 sayılı Kanun'un "*Kararların sonuçları"* kenar başlıklı 28. maddesinin (1) sayılı fıkrası, yürütmenin durdurulması kararı üzerine İdarece uygulama yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan şekliyle şöyledir:

"Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (İptal

cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.)(…) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.) Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir."

19. Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yapılan değişiklik ile kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceğine ilişkin kurala yapılan başvuru üzerine anılan düzenlemenin Anayasa'nın 2., 13., 36.ve 138. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir (AYM, E.2014/86, K.2015/109, 25/11/2015). Kararın ilgili kısmı ise şöyledir:

"102. Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu bir sistemi ifade etmekte olup devletin hukuk kurallarına bağlılığını sağlayacak en önemli mekanizma, idarenin yargısal denetimidir. İdare karşısında bireylerin hak arama özgürlüğünü kullanmaları, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasına bağlı olmakla birlikte bu husus, tek başına hukuk devleti ilkesi bakımından yeterli değildir. Hukuk devletinin gerçekleşmesi için aynı zamanda idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunması zorunludur. İdarenin, yargı kararlarını uygulamaması durumunda, hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilemez.

103. Anayasa'nın 138. maddesine göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Buna göre, idare bağlı yetkiye sahiptir. İdarenin, yargı kararlarını

uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bunun yanında idare, yargı kararını uygulamayı herhangi bir koşula da bağlayamaz. Aksine bir yaklaşım, iptal kararı ile ortadan kaldırılan işlemin sonuçlarını geçerli kılmak anlamına gelir. İdare iptal kararının gereğine göre yeni bir işlem yapmak ve iptal edilen işlemden doğan sonuçları ortadan kaldırmakla görevlidir. İdarenin başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur.

104. Kuşkusuz, ilgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek ve yargı kararı ile dava konusu işlemin hukuka aykırılığının tespiti halinde önceki görevlerine dönebilmektir. Oysa itiraz konusu kurallarla yargı kararlarının uygulanması "kadronun boş olması" koşuluna bağlanmıştır. Uygulamada ise söz konusu kadroların boş bırakılmama, bu kadroların söz konusu işlemler sonrası diğer kamu görevlileriyle doldurulma ihtimali çok yüksektir. Bu durumda yargı kararıyla dava konusu işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş olsa bile kadro boş olmadığından bu karar uygulanamayacaktır. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanmasının bu şekilde kadronun boş olması koşuluna bağlanmış olması hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getiren ölçüsüz bir sınırlamadır. Kural idarenin yargısal denetimini ve hak arama özgürlüğünü etkisiz bırakacağından, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi idarenin bütün işlemlerinin yargı yoluyla denetlenmesi ve yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkelerini de ihlal etmektedir.".

20. 2577 sayılı Kanun'un 52. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kararın bozulması, kararın yürütülmesini kendiliğinden durdurur."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 1/12/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu; ceza takibatı veya idari bir soruşturma geçirmemesine rağmen hiçbir somut gerekçe gösterilmeksizin görev biriminin değiştirildiğini, buna karşı açtığı davada verilen yürütmenin durdurulması kararının, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesi gerekçe gösterilerek uygulanmadığını, böylelikle yargı kararının etkisiz hâle getirildiğini, yürütmenin durdurulması kararı gereği gibi yerine getirilmediğinden başvuru yolunun etkili olmadığını belirterek Anayasa'nın 17., 36. ve 40. maddelerinde

yer alan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespitini ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

23. 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, Asayiş Şube Müdürlüğünde şube müdür yardımcısı olarak görev yapmakta iken aynı il içinde Yabancılar Şube Müdürlüğü şube müdür yardımcılığı görevine atanmıştır. Başvurucu, bu atama işlemine karşı açtığı davada verilen yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi uygulanmamasından şikâyet etmekte olup başvurucunun şikâyetlerinin adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan mahkemeye erişim hakkı yönünden değerlendirilmesi gerekmektedir.

24. Bakanlık görüşünde, yürütmenin durdurulması kararının 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesindeki kurala uygun şekilde uygulandığı, diğer taraftan Ankara 6. İdare Mahkemesi kararına yapılan itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından İdare'nin kararı uygulaması için gerekli azami otuz günlük süre dahi dolmadan 22/5/2014 tarihinde yürütmenin durdurulması kararının kaldırıldığı, bireysel başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla ortada uygulanması gereken bir karar bulunmadığı dolayısıyla başvurucunun mağdur statüsünün kalktığı ifade edilmiştir.

25. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabileceği belirtilmiştir. Buna göre Anayasa ile Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda sadece Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde olan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddiaları inceleme görevi verilmiştir.

26. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruda, anılan ortak koruma alanı içindeki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarını incelemekte, bununla birlikte bu incelemeyi yaparken temel hakların yorumlanması ile kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde Anayasa'nın diğer maddelerinden destek norm olarak yararlanmaktadır.

27. Örneğin Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin başvurularda incelemeyi Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yapmakta ve bu maddenin yorumlanması ile kapsam ve içeriğinin belirlenmesinde Anayasa'nın yargılamaya ilişkin hususları düzenleyen diğer maddelerinden de faydalanmaktadır (Gerekçeli karara ilişkin Anayasa'nın 141. maddesin üçüncü fıkrası yönünden *Vedat Benli*, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30; makul süreye ilişkin Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39; kanuni hâkim güvencesine ilişkin Anayasa'nın 142. maddesi yönünden *Mehmet Çelik*, B. No: 2015/889, 17/11/2016, § 56).

28. Öte yandan Anayasa'nın 36. maddesine 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesini Anayasa'nın yargılamaya ilişkin diğer hükümleri ile Sözleşme'nin 6. maddesi ve Sözleşme'yi yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı ışığında yorumlamaktadır (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 38; *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22; *Adnan Oktar*, B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

29. Bu çerçevede, bireysel başvuruya konu olan yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmediğine ilişkin şikayetin de diğer ara kararlarında olduğu gibi ancak ortak koruma alanında olan ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında ve Sözleşme'nin 6. maddesi ile buna ilişkin AİHM içtihadı gözönünde bulundurularak incelenmesi gerekmekte olup Anayasa'nın 125. ve 138. maddeleri yönünden adil yargılanma hakkından bağımsız bir inceleme yapılması mümkün değildir.

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."*

31. Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bun-

ların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsayan bir haktır (AYM, E.2009/27, K.2010/9, 14/1/2010). Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir (AYM, E.2014/92, K.2016/6, 28/1/2016, § 109).

32. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde kararların icrasından açıkça bahsedilmemekle birlikte AİHM, mahkemeye erişim hakkından yola çıkarak yargı kararlarının icra edilmesi hakkını adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul etmektedir. AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve aynı zamanda mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme haklarını da kapsar. Mahkeme kararlarının uygulanması, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Karar uygulanmazsa yargılamanın da bir anlamı olmayacaktır (*Hornsby/Yunanistan*, B. No: 18357/91, 19/3/1997, § 40).

33. Ancak AİHM içtihatlarında, icra edilmediğinden şikâyet edilen ve bu nedenle ihlale konu olan yargı kararlarının kesinliğine ve nihailiğine vurgu yapıldığı görülmektedir (*Hornsby/Yunanistan*, § 40; *Burdov/Rusya*, § 34; *Büker/Türkiye*, B. No: 29921/96, 24/10/2000, §§ 28-34; *Ahmet Kılıç/Türkiye*, B. No: 38473/02, 25/7/2006, § 27). AİHM, üst mercilerin incelemesine tabi olabilecek ya da üst mahkemece bozulabilecek kararların Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasının güvencesi altına alınmadığını açıkça belirtmektedir. Temyiz merciinin, ilk derece mahkemesi kararının uygulanmasını erteleme veya askıya alma gibi bir etkisinin olup olmadığına bakılmaksızın 6. madde sadece nihai ve bağlayıcı mahkeme kararlarının uygulanmasını korur. Özellikle de temyiz merciinin, başvuranların taleplerini dayandırdığı kararı bozduğunu gözönünde bulundurarak, iç hukuk tarafından uygulanması zorunlu olsa bile idarenin bu karara uy-

mamasını 6. maddenin gerekliliklerine aykırı olarak görmemektedir (*Ouzounis ve diğerleri/Yunanistan*, B. No: 49144/99, 15/4/2002,§ 21).

34. Bu çerçevede AİHM genel olarak ihtiyati tedbir alınması amacıyla yürütülen davaları medeni hak ve yükümlülükler konusundaki bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kabul etmemekte ve dolayısıyla 6. maddenin koruması kapsamına girmediğini belirtmektedir (*Wiot/Fransa* (k.k.), B. No: 43722/98, 15/3/2001, *Libert/Belçika* (k.k.), B. No: 44734/98, 8/7/2004). Bu nedenle AİHM, yargılamanın uzunluğu ile ilgili davalarda 6. maddeyi ihtiyati tedbirler ile ilgili kararın alınması talebinden itibaren değil esasa ilişkin davanın açılmasından itibaren uygulamaktadır (*Jaffredou/Fransa* (k.k.), B. No: 39843/98, 15/12/1998). Bununla birlikte, bazı istisnai durumlarda AİHM, özellikle ihtiyati tedbirin başvurucunun medeni hakları için belirleyici olması hâlinde 6. maddeyi ihtiyati tedbirlere de uygulamaktadır (*Aerts/Belçika*, 30/7/1998, Recueil 1998-V; *Boca/Belçika*, B. No: 50615/99, CEDH 2002-IX). AİHM, ihtiyati tedbirle ilgili meselenin asıl dava için geniş bir şekilde belirleyici olduğu ve tarafların hakları üzerinde yeteri kadar uzun bir zaman dilimi içinde etkilerini gösterdiği durumlarda ve ihtiyati tedbir ile ilgili kararın niteliğinin de gerektirmesi hâlinde istisnai olarak 6. maddenin uygulanabileceğini söylemektedir (*Markass Car Hire Ltd/Kıbrıs* (k.k.), B. No: 51591/99, 23/10//2001). Özetle AİHM,ihtiyati tedbirin konusunun, amacının ve ilgili olduğu hak üzerindeki etkilerinin çok yakından incelenmesi gerektiğini ve bir tedbirin medeni hak veya yükümlülük için belirleyici olduğu kanaatine varıldığında 6. maddenin uygulanacağını kabul etmektedir (*Micallef/Malta*, B. No: 17056/06, 15/10/2009, §§75-86).

35. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında idari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, mahkemelere yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi tanınarak kişilere hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilme olanağı sağlanmıştır (AYM, E.2012/107, K.2013/90, 10/7/2013). Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçların hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi

olmakla birlikte bu ilke, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür (AYM, E.2008/77, K.2010/77, 3/6/2010).

36. Yürütmenin durdurulması kurumu anayasal bir değer ve öneme sahip olmakla birlikte adil yargılanma hakkı kural olarak uyuşmazlık bakımından nihai ve kesin nitelik taşıyan yargı kararlarının sonucuna erişmeyi güvence altına almakta olup yürütmenin durdurulması kararlarının bu nitelikte olmadığı açıktır. Yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemesinin de diğer ara kararlarında olduğu gibi ancak adil yargılanma hakkına hâkim olan ilkelerden yargılamanın bütününün adil olmaktan çıkması ilkesi dikkate alınarak mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

37. Buna göre yargılama bakımından nihai nitelik taşımayan yürütmenin durdurulması kararlarının icra edilmemesine ilişkin şikâyetlerde adil yargılanma hakkı yönünden bakılacak husus; yürütmenin durdurulması kurumunun niteliği gereği bu kararın uygulanmamasının ileride başvurucu lehine verilecek muhtemel nihai kararın icra edilmesini imkânsız hâle getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak nitelikte olup olmadığıdır. Bu hususun ise her somut olayda olayın koşulları dikkate alınarak incelenmesi gerekir.

38. Adil yargılanma hakkına ilişkin ilke bu şekilde olmakla birlikte, diğer temel haklar yönünden ara kararlarının icra edilmemesi şikayetinin somut olayın koşulları dikkate alınarak yargılamanın bütününden bağımsız olarak da incelenmesi mümkündür. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Yaman Akdeniz ve diğerleri* (B. No: 2014/3986, 2/4/2014) başvurusunda yürütmenin durdurulması kararının uygulanmadığına ilişkin başvuruyu ifade özgürlüğü yönünden incelemiştir. Benzer şekilde *Kristal-İş Sendikası* ([GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015) başvurusunda yürütmenin durdurulması isteminin reddi üzerine yapılan bireysel başvuruyu sendika hakkı yönünden incelemiştir.

39. Somut olayda ise başvuruya dayanak olan ve gereği gibi icra edilmediği ileri sürülen yürütmenin durdurulması kararı, başvurucunun aynı il içinde aynı özlük haklarıyla başka bir birime atanması işlemine ilişkindir. Başvurucu, münhasıran tayine ilişkin olan bireysel başvurusunda başka bir hakkın ihlal edildiğini ileri sürmediği gibi, Mahkeme tarafından da başvurunun diğer temel haklarla bir bağlantısı tespit edilememiştir. Ayrıca, yürütmenin durdurulması kararının gereği gibi icra edilmemesinin, yargılama sonundaki nihai kararın icra edilmesini imkânsız hâle getirecek veya aşırı derecede zorlaştıracak bir nitelikte olmadığı da anlaşılmaktadır.

40. Bu durumda yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlal olmadığının açık olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

41. Açıklanan nedenlerle mahkemeye erişim hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına 1/12/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YUSUF KARAKUŞ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12002)

Karar Tarihi: 8/12/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 27/12/2016-29931

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucular	:	1. Hasan KILIÇ
Vekili	:	Av. Cüneyt TORAMAN
		2. Yusuf KARAKUŞ
		3. Mehmet ŞAHİN
Vekili	:	Av. Murat SADAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gözaltında hakların hatırlatılmaması, azami gözaltı süresinin aşılması, haksız olarak tutuklama ve gözaltı kararları verilmesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; işkence altında ifade alınması nedeniyle işkence yasağının; müdafi huzurunda alınmayan ifadelerin hükme esas alınması ve yargılamanın uzun sürmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 17/7/2014 ve 8/8/2014 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu Mehmet Şahin, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Aralarında hukuki irtibat bulunduğundan 2014/14272 ve 2014/12012 numaralı bireysel başvuru dosyaları bu dosya ile birleştirilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. İstanbul Emniyet Müdürlüğü 17/1/2000 tarihinde, İstanbul'da Hizbullah terör örgütüne karşı operasyonlar düzenlemiştir. Emniyet görevlilerinin bir daireye yaptığı operasyonda örgüt lideri öldürülmüştür. Evde yapılan aramada, örgüt hakkında bilgiler içeren çok sayıda hard disk ele geçirilmiştir.

11. Başvurucular, anılan operasyonda elde edilen bilgiler üzerine başlatılan soruşturma kapsamında 6/5/2000 tarihinde yakalanmıştır. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele (TEM) Şubesinde başvurucuların müdafileri olmaksızın ifadeleri alınmıştır. Başvurucular 7/5/2000 tarihinde, gazeteci U.M.nin öldürülmesi olayı ile ilgisi görülerek Ankara'ya gönderilmişlerdir.

A. Başvurucu Hasan Kılıç Hakkındaki Soruşturma Süreci

12. Başvurucu, İstanbul Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan ifadesinde suçlamaları reddetmiştir.

13. Başvurucu, Ankara Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan 12/5/2000 tarihli ifadesinde ise ayrıntılı ikrarlarda bulunmuştur. Başvurucu daha sonra Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) Cumhuriyet Savcılığı ve DGM Yedek Hâkimliğinde alınan ifadelerinde de suçlamaları kabul etmiştir.

14. Başvurucunun İstanbul'da 6/5/2000 ve 7/5/2000 tarihlerinde Haseki Hastanesi Acil Cerrahi Polikliniğinde, 14/5/2000 tarihinde Adli Tıp Kurumu Ankara Şubesinde yapılan muayenesinde başvurucuda herhangi bir darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

15. Başvurucu 19/5/2000 tarihinde tutuklanmış ve 28/7/2005 tarihinde tahliye edilmiştir.

16. Başvurucu; daha sonra kollukta şablon bir ifade tutanağı hazırlanarak baskı ile bu tutanağın kendisine kabul ettirildiğini, Ankara DGM'ye getirilirken kolluktaki ifadeyi değiştirmemesinin söylediğini, aksi takdirde geri götürülüp işkenceye devam edecekleri yönünde tehdit edildiğini, bu yüzden DGM Savcılığında ve Yedek Hâkimliğinde verdiği ifadelerinde gerçekleri açıklayamadığını belirtmiştir.

B. Başvurucu Yusuf Karakuş Hakkındaki Soruşturma Süreci

17. Başvurucu 12/12/1980 tarihi öncesi işlediği bir suç nedeniyle belli süre Bursa'daki bir cezaevinde kalmış, 1989 yılında tahliye olmuştur.

18. Yasa dışı Hizbullah örgütünün ilim grubuna yönelik olarak İstanbul'da 1997 yılında operasyon başlatılmıştır. Başvurucu, operasyon sırasında "Bekir Kunduz" adına düzenlenmiş sahte kimlik ve bir adet tabanca ile yakalanmıştır.

19. Başvurucu 27/12/1997 gözaltına alınmış, 31/12/1997 tarihinde tutuklanmış ve 27/4/1999 tarihinde tahliye edilmiştir.

20. İstanbul 5 No.lu DGM'de, terör örgütüne üye olmak suçundan başvurucu ve diğer şüpheliler hakkında kamu davası açılmıştır.

21. Başvurucu, örgüte yardım etmek suçundan cezalandırılmıştır. Başvurucunun temyizi üzerine hükmün bozulmasına karar verilmiştir.

22. Bu arada başvurucu, Hizbullah terör örgütüne yönelik soruşturma kapsamında 7/5/2000 tarihinde İstanbul Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan ifadesinde kendisini ve diğer şüphelileri suçlayan beyanlarda bulunmuştur.

23. Başvurucu, Ankara Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan 12/5/2000 tarihli ifadesinde de ayrıntılı ikrarlarda

bulunmuş ve yer göstermeleri yapmıştır. Başvurucu daha sonra DGM Cumhuriyet savcısı tarafından alınan 2/6/2000 ve 16/6/2000 tarihli ek ifadelerinde; Emniyette manevi baskı gördüğünü, U.M. cinayeti ile ilgisinin bulunmadığını söylemiştir.

24. Dosyadaki teşhis tutanaklarına göre gazeteci U.M.nin öldürüldüğü tarihte olay mahallinde nöbet tutan polis memurları K.A., R.K., ve A.T. ile yapılan yüzleştirmede başvurucular teşhis edilememiştir.

25. Başvurucu 14/5/2000 tarihinde tutuklanmış ve 26/11/2004 tarihinde tahliye edilmiştir.

C. Başvurucu Mehmet Şahin Hakkındaki Soruşturma Süreci

26. Başvurucunun evinde 6/5/2000 tarihinde yapılan aramada bir adet pompalı tüfek bulunmuştur.

27. Başvurucu; İstanbul Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan ifadesinde ayrıntılı bir şekilde yaşantısını, Tevhid-Selam grubuna girişini ve grubun faaliyetlerini anlatmıştır.

28. Dava dosyasındaki adli raporlarında; 6/5/2000 ve 7/5/2000 tarihlerinde İstanbul Haseki Hastanesi Acil Cerrahi Polikliniğinde, 14/5/2000 tarihinde de Adli Tıp Kurumu Ankara Şube Müdürlüğünde yapılan muayenesinde başvurucunun vücudunda darp ve cebir izine rastlanmadığı bilgileri yer almıştır.

29. Başvurucu, Ankara Emniyet Müdürlüğü TEM Şubesinde müdafi olmaksızın alınan 12/5/2000 tarihli ifadesinde de ayrıntılı ikrarlarda bulunmuştur. Başvurucu, daha sonra Ankara DGM Cumhuriyet Savcılığı ve 2 No.lu DGM Yedek Hâkimliğinde alınan ifadelerinde Tevhid-Selam grubu ile ilgisi bulunduğunu ancak şiddete yönelik herhangi bir eyleme katılmadığını söylemiştir.

30. Başvurucu 19/5/2000 tarihinde tutuklanmış ve 28/7/2005 tarihinde tahliye edilmiştir.

D. Yargılama Süreçleri

31. Ankara DGM Cumhuriyet Başsavcılığının 11/7/2000 tarihli iddianamesiyle başvurucular hakkında Anayasa'yı ihlal suçundan Ankara 2 No.lu DGM'de dava açılmıştır.

32. Başvurucu Mehmet Şahin kendisine işkence yapıldığı iddiasıyla kolluk görevlileri hakkında 28/9/2000 tarihinde suç duyurusunda bulunmuştur. Suç duyurusu üzerine 8/11/2000 tarihinde muayene edilmiştir. Aynı tarihli raporda, darp ve cebir izine rastlanmadığı bildirilmiştir.

33. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 21/11/2000 tarihinde, ilgililer hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Anılan karar, itiraz üzerine 2001 yılında kesinleşmiştir.

34. Başvurucu Yusuf Karakuş hakkında İstanbul 5 No.lu DGM'de görülen dava (bkz. §§ 20, 21), Tevhid-Selam/Kudüs Ordusu örgütüne ilişkin davanın görülmekte olduğu Ankara 2 No.lu DGM'nin E.2000/102 sayılı dosyası ile 15/3/2001 tarihinde birleştirilmiştir. Diğer kişiler hakkında açılan bazı davalar da sonraki tarihlerde bu yargılamayla birleştirilmiştir.

35. Başvurucular duruşmalarda, soruşturma evresinde ikrar içeren beyanlarının baskı altında alındığını iddia ederek beyanlarını reddetmişlerdir.

36. Başvurucular Ankara 2 No.lu DGM'nin E.2000/102 sayılı dosyasında yapılan yargılama sonunda 7/1/2002 tarihli kararla hapis cezalarına mahkûm edilmişlerdir. Başvurucular Mehmet Şahin ve Yusuf Karakuş anayasal düzeni silah zoruyla değiştirmeyi amaç edinen silahlı çetenin sair efradı olma suçundan, başvurucu Hasan Kılıç ise silahlı çetede özel görevli yöneticilik suçundan cezalandırılmıştır.

37. Anılan mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesince 12/11/2002 tarihinde karar bozulmuştur. Devlet güvenlik mahkemelerinin kapatılmasının ardından yargılamaya nihai olarak (kapatılan) Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinde (CMK 250. madde ile görevli) (E.2004/216) devam edilmiştir.

38. Yapılan yargılama sonunda (kapatılan) Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin (CMK 250. madde ile görevli) 28/7/2005 tarihli kararı ile başvurucular bozma kararına konu suçlardan yeniden cezalandırılmıştır. Anılan karar, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 8/11/2006 tarihli ilamıyla bozulmuştur.

39. Yeniden yapılan yargılama sonunda aynı Mahkemenin 17/1/2013 tarihli ve E.2006/294, K.2013/8 sayılı kararıyla başvurucular Mehmet Şahin ve Yusuf Karakuş silahlı örgüt üyesi olma suçundan, başvurucu Ha-

san Kılıç ise silahlı suç örgütü kurma suçundan hapis cezalarına mahkûm edilmiştir.

40. Gerekçeli kararda başvurucu Hasan Kılıç ile ilgili olarak:

- Başvurucunun 1979 yılında İran'da gerçekleştirilen İslam Devrimi'yle birlikte Türkiye'de de bu gelişmeye sempatiyle bakan bir grubun içinde yer aldığı, diğer yandan çeşitli gazete ve dergilerde İranlı ve Mısırlı yazarların (Ali Şeriati, Seyit Kutup gibi) eserlerinin Türkçeye tercümelerini yaparak yayımladığı belirtilmiştir. Kararda, başvurucunun meydana gelen değişikliği görmek için 1980 yılında İran'a gittiği, 1986 ve 1987 yıllarında yasa dışı Hizbullah örgütünün ilim grubu lideri ilegörüşmeler yaptığı, İran'dan İstanbul'a gelen yasa dışı Kudüs Ordusu yetkilisi N.T. ve onun aracılığı ile de Kudüs Ordusu'nda en üst yöneticilerden olan Vahidi ile tanıştığı belirtilmiştir. Başvurucunun 1990 yılı Ocak ayında Tevhid dergisini çıkarmaya başladığı, 1993 yılında Tevhid dergisi kapandıktan sonra Zamana Selam isimli gazeteyi çıkardığı, bir yıl sonra da gazetenin ismini Selam olarak değiştirdiği, 1997 yılında bu gazeteyi kapatıp ticarete atıldığı, sanığın yayınevi ve gazete sahibi olarak faaliyet gösterdiği dönemde İstanbul'da periyodik olarak bazı ev ve mahallelerde toplantı düzenleyerek İstanbul dışındaki şehirlerde de Tevhid dergisinin temsilciliklerini açarak yayılma çabasına girişiği, İran'daki eğitim kamplarına bazı kişileri göndererek bu kişilere siyasi ve askerî eğitim aldırdığı ifade edilmiştir.

- Mahkûmiyet kararında, başvurucu Hasan Kılıç'ın ayrıca M.D. ve başvurucu Mehmet Şahin ile buluşarak J.K. adlı iş adamına suikast yapılması yönünde karar aldığı, bunun için hazırlanan bombanın saklaması için başvurucu Yusuf Karakuş'a verildiği, eylemi gerçekleştirme şeklinde anlaşma sağlanamayınca eylemin gerçekleştirilemediği hükme gerekçe olarak gösterilmiştir. Gerekçeli kararda, eylem için hazırlanan bombanın Yusuf Karakuş tarafından bir müddet saklandığı, daha sonra bombayı N.T.ye teslim ettiği, Hizbullah örgütü liderinin evinde elde edilen bilgisayar, CD ve disket çözümlerinde bu olaydan ve başvurucu Hasan Kılıç'ın Tevhid-Selam örgütünü meydana getiren beş kişiden biri olarak söz edildiği belirtilmiştir.

41. Gerekçeli kararda başvurucu Yusuf Karakuş ile ilgili olarak:

- Başvurucunun Bursa'da cezaevinde iken ziyaretine gelen Tevhid-Selam grubu üyeleri N.Ş., M.A.T., Hasan Kılıç, Mehmet Şahin ve A.A. ile

tahliye sonrası irtibat sağladığı, örgütsel faaliyet kapsamında İran'a gidip geldiği ve İran'da silahlar ve dinamit, C4, TNT gibi patlayıcılar konusunda uygulamalı eğitim aldığı belirtilmiştir. Kararda, başvurucunun bu gruptan ayrılarak Hizbullah terör örgütünün ilim grubuna geçtiği, örgütün amacı doğrultusunda ev çalışmaları yapan birimde görev aldığı ve faaliyet gösterdiği de ifade edilmiştir. Mahkûmiyet gerekçesine göre 1991 yılında İstanbul Beyazıt'ta Gazeteci Yazar O. E.nin eşi tarafından açılan resim sergisinde Kur'an ayetleri ile alay edildiği düşüncesi ile başvurucu Mehmet Şahin'in talimatı üzerine içinde başvurucu Yusuf Karakuş'un da bulunduğu Tevhid-Selam grubuna mensup 30-40 kişi, sergi salonuna giderek salonun camlarını kırmak ve sergilenen resimlere zarar vermek suretiyle sergiyi tahrip etmiştir. Başvurucu Yusuf Karakuş'un 1993 yılı içinde Mehmet Şahin, Hasan Kılıç'ın da aralarında bulunduğu bir grupla Bosna'ya giderek ziyaretlerde bulunduğu, daha sonra Bosna'ya toplanan paraların nerelere harcandığı konusunda ikna edici şekilde hesap verilememesi üzerine Tevhit-Selam grubundan koparak öz geçmiş raporu vermek suretiyle yasa dışı Hizbullah örgütünün ilim grubuna girdiği ifade edilmiştir. Gerekçede ayrıca, başvurucunun Hizbullah örgütüne yönelik olarak gerçekleştirilen operasyonda sahte kimlik ile yakalandığı, evinde yapılan aramada ruhsatsız tabanca ve mermiler ele geçirildiği, böylece 1989 yılında cezaevinden çıktıktan sonra önceleri yasa dışı Tevhit-Selam örgütüne, daha sonra da Hizbullah örgütünün ilim grubuna dâhil olarak bu örgütlerin amaçları doğrultusunda yoğun ve sürekli faaliyetlerde bulunduğundan da söz edilmiştir.

42. Gerekçeli kararda başvurucu Mehmet Şahin ile ilgili olarak:

- Başvurucunun Tevhid-Selam örgütüne mensup bazı kişilerle değişik tarihlerde silahla atış talimi yaptığı, iş adamı J.K.ye karşı eylem yapılmasına karar verilen toplantıya iştirak ettiği, İran'a giderek örgüt üyelerinin Kudüs Ordusu'na ait kamplarda siyasi ve askerî eğitim almalarını organize ettiği, Bosna-Hersek ve Afganistan gibi ülkelere elamanlar göndererek buralardan derlenen anıları kitap hâline getirip Selam gazetesinin eki olarak dağıttığı belirtilmiştir.

43. Mahkûmiyet kararına, başvuruculara soruşturma evresindeki ikrarları ve sanıkların birbirlerine yönelik suçlayıcı beyanları da esas alınmıştır.

44. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin (CMK 250. madde ile görevli) 28/7/2005 tarihli kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 31/3/2014 tarihli kararıyla onanmıştır. Onama kararının ilgili bölümü şöyledir:

"a) Tevhid-Selam/Kudüs Ordusu

[Başvuruculaların da] üyesi oldukları dava konusu "Tevhid-Selam/Kudüs Ordusu" adlı örgütün, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 12.06.2000 tarih 4240 sayılı ve 13.04.2005 tarih 70495 sayılı yazı cevapları ve tüm dosya kapsamından anlaşıldığı üzere; 1985 yılında yayına başlayan İstiklal ve Şehadet Dergileri ve sonra da Tevhid Dergisi, Zamana Selam ve Selam Gazetesi ile Selam Kültür ve Dayanışma Vakfı çevresinde oluştuğu, Türkiye'de mevcut Anayasal düzeni yıkarak yerine İran İslam Devrimini model alan bir devlet kurmayı amaçladığı, bir kısım üyelerinin İran'a giderek askeri bir kuruluş olarak bilinen Kudüs Ordusu ve İran gizli servisi Sawama mensuplarından askeri ve örgütsel eğitimin yanında silah ve mühimmat yardımı aldıkları, İran'a ait istihbarat teşkilatları tarafından kullanıldıkları, bu teşkilat mensuplarıyla birlikte ülkemizdeki Halkın Mücahitleri örgütü mensupları, A. B.D, İsrail, Mısır, Irak ve İngiliz uyruklu şahıslar ile aydınlara yönelik silahlı eylemler gerçekleştirdikleri anlaşılmaktadır."

45. Başvurucular 10/7/2014 tarihinde nihai kararı öğrenmiştir.

46. Başvurucular 17/7/2014 ve 8/8/2014 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

47. Başvuruculaların mahkûmiyetine konu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenmiştir.

48. Olay tarihinde yürürlükte olan 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 135. maddesi şöyledir:

"Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hâkim tarafından sorguya çekilmede aşağıdaki hususlara uyulur:

1. İfade verenin veya sorguya çekilenin kimliği tesbit edilir. İfade veren

veya sorguya çekilen kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorundadır.

2. Kendisine isnat edilen suç anlatılır.

3. Müdafi tayin hakkının bulunduğu, müdafi tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafi talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isterse müdafiin soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine yakalandığını duyurabileceği söylenir.

4. İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.

5. Şüpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı verilir.

6. İfade verenin veya sorguya çekilenin şahsi halleri hakkında bilgi alınır.

7. İfade veya sorgu bir tutanakla tesbit edilir. Bu tutanakta;

a) İfade verme veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih,

b) İfade verme veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği,

c) İfade vermenin veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise sebepleri,

d) Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı,

e) İmzadan imtina halinde bunun nedenleri yer alır."

49. 1412 sayılı mülga Kanun'un 135/A maddesi şöyledir:

"İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez."

50. 1412 sayılı mülga Kanun'un 136. maddesi şöyledir:

"Yakalanan kişi veya sanık, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafiin yardımından faydalanabilir. Kanuni temsilcisi varsa o da yakalanana veya sanığa bir müdafi seçebilir.

Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafi hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez.

Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz."

51. 1412 sayılı mülga Kanun'un 138. maddesi şöyledir:

"Yakalanan kişi veya sanık müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafi tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafi'de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilir."

52.1412 sayılı mülga Kanun'un 144. maddesi şöyledir:

"Yakalanan veya tutuklu bulunan kişi vekaletname aranmaksızın müdafi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafi ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz."

53. Başvuruculaların gözaltında bulunduğu sırada yürürlükte bulunan 16/6/1983 tarihli ve 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 16. maddesi şöyledir:

"Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda yakalanan veya tutuklanan şahıs, yakalama veya tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç en geç kırksekiz saat içinde hakim önüne çıkarılır ve sorguya çekilir.

Üç veya daha fazla kişinin bir suça iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya fail sayısının çokluğu ve ben-

zeri nedenlerle Cumhuriyet savcısı, bu sürenin dört güne kadar uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Soruşturma bu sürede sonuçlandırılmazsa Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararı ile süre yedi güne kadar uzatılabilir.

Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkrada yedi gün olarak belirlenen süre Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla on güne kadar uzatılabilir.

Tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir. Hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanır."

54. Başvuruculaların gözaltında bulunduğu sırada yürürlükte olan 18/11/1992 tarihli ve 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun 4, 5, 6, 7, 9, 12, 14, 15, 18, 19, 20 ve 22 nci madde hükümleri Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanmaz. Bunlar hakkında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun bu değişiklikten önce yürürlükte olan eski hükümleri değiştirilmeden önceki halleriyle uygulanır."

55. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz."

B. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

56.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının (c) bendi şöyledir:

''1. 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...

…

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

…

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiin 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.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

57. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) 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 müdafi yardımından yararlanma, bir müdafi tayin etme olanağından yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafi yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez (*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/Türkiy*e [BD], B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 51).

58. 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 kimseyle görüşülmesine izin verilmeyen ve uzun süren bir gözaltı sırasında yapılmış olması gibi hususlar da gözönünde bulundurulmalıdır (*Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 87).

59. 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 müdafi 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,* B. No: 18731/91, 8/2/1996, § 63; *Magee/Birleşik Krallık*, B. No: 28135/95, 6/6/2000, § 41).

60. 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 müdafi yardımından yararlanmadan vazgeçmenin geçerli ve etkin olabilmesi için her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta olması, ayrıca sonuçlarının ağırlığının gerektirdiği asgari garantileri içermesi gerekir (*Salduz/Türkiye*, § 59).

61. AİHM, bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin olanağının olmaması yanında ayrıca suçlama nedeniyle alabileceği özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren 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).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

62. Mahkemenin 8/12/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Müdafi Yardımından Yararlanma Hakkıyla Bağlantılı Olarak Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruculaların İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

63. Başvurucular; genel olarak yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmediğini, bu kapsamda esas olarak gözaltında avukata erişim imkânından yararlandırılmadıkları sırada baskı ve işkence altında imzalanan ancak içeriği kabul edilmeyen ifadelere dayanılarak mahkûmiyetlerine karar verildiğini belirtmektedirler.

64. Bakanlık görüş yazısında, *Dağdelen ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 1767/03) kararına atıfla işkence ve kötü muamele sonucu elde edilen ikrarların kullanılmasının yargılamanın adilliğini zedeleyeceği ancak başvurucunun işkence gördüğüne ilişkin olarak suç duyurusunda bulunduğu iddiasına rağmen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında bu konuda bir soruşturma evrakının bulunmadığı belirtilmiştir.

65. Başvurucu Mehmet Şahin, başvuru formundaki iddialarını tekrarlamıştır.

2. Değerlendirme

66. 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 iddialarının adil yargılanma hakkının görünümlerinden olan müdafi yardımından faydalanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

67. Anayasa'nın 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."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

69. 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.

70. 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.

71. Müdafi, şüpheli veya sanığın ceza yargılamasında savunmasını yapan avukat olarak tanımlanmaktadır. Şüpheli veya sanığın, müdafii aracılığıyla savunulması hususunda tercih yapma olanağına sahip olduğu hâllerde görev yapan müdafi, ihtiyari müdafi; görevlendirilmesi hususunda şüpheli veya sanığın iradesinin önem taşımadığı hâllerde görev yapan müdafi ise zorunlu müdafidir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/10-182, K.2011/204, 11/1/2011).

72. 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 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 müdafi yardımından yararlanmaktır. Diğer bir ifadeyle müdafi yardımından yararlanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen "meşru vasıta ve yollar" kavramının kapsamındadır. Bu itibarla müdafi 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.

73. 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 Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlan-

mak, eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek hakkı düzenlenmiştir.

74. Savunmanın iddia makamı karşısında dezavantajlı konuma düşmemesi için şüpheli ve sanığın kendisini bireysel olarak (bizzat) savunabilmesinin yanı sıra müdafi yardımından yararlandırılması da gerekebilir. Suç isnadı altındaki kişinin müdafi yardımına olan ihtiyacı, delillere ulaşma bakımından yaşanan güçlüklerin aşılması, hukuki bilgi eksikliği veya içinde bulunulan psikolojik durumdan kaynaklanabilir. Bu kapsamda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanma imkânını sağlayan müdafi yardımından yararlanma hakkı aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan "silahların eşitliği" ilkesinin de gereğidir. Diğer bir ifadeyle müdafi yardımından yararlanma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ilkesine işlerlik kazandırmaktadır.

75. Müdafi yardımından yararlanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından başka bir önemi, suç isnadı altında olan kişinin bu haktan yararlandırılması yönünden devletin pozitif bir yükümlülüğü olduğunun kabul edilmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde suç isnadı altında bulunan kişinin ekonomik durumunun elverişli olmaması veya ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için gerekli görülmesi hâlinde resen atanacak bir müdafinin yardımından yararlandırılması da gerekir. Şüphelinin/sanığın öznel durumu (örneğin yabancı olması), dava konusunun karmaşıklığı ve isnadın ağırlığıyla bağlantılı olarak suçlamanın ciddiliği değerlendirilerek ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için suç isnadı altındaki kişiye müdafi atanması gerekebilir. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişiden kendisini bizzat savunması istenemez. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesi için şüphelinin/sanığa müdafi atanması zorunlu ise müdafi görevlendirme konusundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekir. Diğer yandan yetkili adli makamlar, görevlendirilen müdafinin etkin bir hukuki yardımda bulunmadığını (görevini gerektiği gibi yerine getirmekten kaçındığını) tespit etiklerinde -özen yükümlülükleri gereği- gerekli müdahalelerde bulunmalıdır.

76. 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 (*Aligül Alkaya ve diğerleri,* [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015, §§ 118, 135; *Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 64).

77. Müdafi yardımından yararlanma hakkının yukarıda bahsedilen bazı gerekleri ilgili usul kurallarında da belirtilmiştir. Bu bağlamda 5271 sayılı Kanun'da müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığın çocuk, kendini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olması, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun cezasının alt sınırının beş yıldan fazla hapis cezasını gerektirmesi, resmî bir kurumda kusur yeteneğinin araştırılması için gözlem altına alınmasına karar verilecek olması, tutuklama talebiyle mahkemeye sevk edilmesi, davranışları nedeniyle hazır bulunması hâlinde duruşmanın düzenli olarak yürütülmesini tehlikeye sokan sanığın yokluğunda duruşma yapılması ve kaçak sanık hakkında duruşma yapılması hâllerinde şüpheli veya sanığın istemi bulunmasa hatta açıkça müdafi istemediğini beyan etse bile müdafi görevlendirme zorunluluğu bulunmaktadır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2011/10-182, K.2011/204, 11/1/2011). 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse istemi hâlinde bir müdafi görevlendirilecektir. Aynı Kanun'un 151. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre sanığa atanan müdafi, duruşmaya gelmez, duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafi görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapmak zorundadır.

78. Müdafi 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 (*Aligül Alkaya ve diğerleri*,

§§ 118, 137). Müdafi yardımından yararlanma hakkı bakımından önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında şüphelinin/sanığın müdafi yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır. Ancak avukata erişim yönünden getirilen kısıtlama yargılamanın sonraki aşamalarında telafi edilmiş ise savunma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz.

79. 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 müdafi hazır bulunmadığı hâlde kendini suçlayıcı beyanlarda bulunup bulunmadığı, bu itirafların aleyhinde kullanılıp kullanılmadığı, mahkemece susmasından 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.

80. 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. Müdafi yardımından yararlanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesini ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde yargılamanın bütünlüğü içinde somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de daha önce şüphelilerin devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden müdafi 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 müdafi yararlanma hakkının sonradan telafi edilmediği gerekçesiyle ihlal kararları vermiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri*, §§ 127-145, *Sami Özbil*, §§ 56-76; *Aynur Avyüzen*, B. No: 2014/784, 27/10/2016, §§ 37-58; *Veli Özdemir*, B. No: 2014/785, 27/10/2016, §§ 39-62).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

81. Somut olayda başvurucular gözaltında tutulduğu sırada devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden kural olarak müdafi yardımından yararlanmak ancak belli bir aşamadan sonra mümkün olmaktadır. 3842 sayılı Kanun'un eklenen 31. maddesiyle gözaltında bulundurmaya ve müdafi yardımından yararlanmaya ilişkin yeni düzenlemelerin devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlarda uygulanmayacağı, bunlar hakkında değişiklik yapılmadan önceki 1412 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Başvuruculaların gözaltında tutulduğu tarihlerde anılan mevzuat, gözaltı süresinde avukata erişim imkânını tanımamaktadır. Başvuruculaların belirtilen şartlarda 8 ile 13 gün arasında gözaltında tutulduğu görülmektedir.

82. Başvuruculara isnat edilen suçlar kapsamındaki eylemlere ilişkin değerlendirmede, kendileri ve diğer sanıkların gözaltında müdafi olmaksızın ve baskı altında verildiği iddia edilen beyanlarının delil olarak kabul edildiği görülmektedir. Başvuruculaların diğer deliller yanında müdafi olmaksızın alınan ve daha sonra Mahkemede doğrulanmayan ifadeleri doğrultusunda anılan eylemleri gerçekleştirmek suretiyle isnat edilen suçtan mahkûmiyetlerine karar verildiği, gözaltında iken alınan bu ifadelerin mahkûmiyet için belirleyici biçimde kanıt olarak kullanıldığı, sonraki aşamalarda sağlanan müdafi yardımı ve yargılama usulünün diğer güvencelerinin soruşturmanın başında başvuruculaların savunma hakkına verilen zararı gideremediği anlaşılmaktadır.

83. Sonradan (yargılama devam ettiği sırada) yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un 148. maddesi, hâkim veya mahkeme önünde doğrulanmayan müdafi yardımı sağlanmadan alınan kolluk beyanları bakımından kovuşturma aşamasında savunmanın etkinliğini sağlayacak niteliktedir. Ancak Mahkemece bu husus gerekçede tartışılmamış ve temyiz aşamasında da bu eksiklik telafi edilememiştir. Gözaltında avukata erişim imkânı sağlanmaması ve bu sırada elde edilen ifadelerin mahkûmiyet kararına esas alınması müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur.

84. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

85. Başvurucular, makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

87. Ceza yargılamasının süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak bir kişiye suç işlediği iddiasının yetkili makamlar tarafından bildirildiği veya isnattan ilk olarak etkilendiği arama ve gözaltı gibi birtakım tedbirlerin uygulandığı tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak ise suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul süre şikâyetiyle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 34).

88. Ceza yargılamasının süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*B.E.*, § 29).

89. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda yaklaşık 13 yıl 10 ay 25 gün sürdüğü anlaşılan yargılamanın süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

90. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Diğer İhlal İddiaları

91. Başvurucular özel statülü mahkemelerde yargılandıklarını, kararda adı geçen örgütün uydurulduğunu, masumiyet karinelerinin ihlal edil-

diğini, yargılamanın sonucun adil olmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

92. Başvurucuların hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki yukarıdaki tespit dikkate alındığında Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetlerin kabul edilebilirliği ve esası hakkında ayrıca karar verilmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır.

D. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

93. Başvurucular azami gözaltı süresinin aşıldığını ve haksız yere gözaltına alındıklarını ileri sürmüşlerdir. Başvurucu Yusuf Karakuş ayrıca gözaltındayken haklarının hatırlatılmadığını ve yakınlarına haber verilmediğini, kendisine isnat edilen eylemlerin bir kısmının mahkûmiyete konu olmadığını, bu eylemlerden haksız yere tutuklandığını iddia etmiştir.

94. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'ungeçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurular incelenebilir (*Zafer Öztürk*, B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 18). Somut olayda başvurucuların gözaltı durumunun 14/5/2000 ve 19/5/2000 tarihlerinde tutuklanmalarıyla, başvurucu Yusuf Karakuş'un bir suç isnadına bağlı tutukluluk durumunun da 28/7/2005 tarihinde tahliye olmasıyla son bulduğu anlaşılmıştır.

95. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

E. İşkence Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucular Hasan Kılıç ve Yusuf Karakuş Yönünden

96. Başvurucular, ifadelerinin kollukta işkence yapılmak suretiyle alındığını ve böylelikle işkence yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

97. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının

tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*İsmail Buğra İşlek*, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

98. Bireyin, bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesi -*"Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında- etkili bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır (*Tahir Canan*, § 25).

99. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, ölümcül ya da yaralamalı saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55).

100. Başvuruculara şikâyetleri açısından maddi olayın ortaya çıkarılması, olayda sorumluluğu bulunanların tespiti ve cezalandırılması şeklinde makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte olan yolun etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi yolu olduğu anlaşılmaktadır (*Zeki Güngör*, B. No: 2013/8491, 31/3/2016, § 40). Ancak başvuru konusu olaya yönelik resen ya da başvuruculara ihbarı üzerine başlatılmış bir ceza soruşturması bulunmadığı tespit edilmiştir.

101. Devletin sahip olduğu etkili soruşturma yükümü kapsamında, işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler mevcut olduğunda müdahale üçüncü kişilerden dahi gelmiş olsa şikâyet ya da ihbar yapılmadığında bile resen soruşturma açılmasının sağlanması gerektiği açıktır (*Tahir Canan*, § 25). Bununla birlikte devletin sahip olduğu resen soruşturma yükümünü yerine getirmemesi; bireysel başvuru

yolunun ikincil niteliği gereği başvurucuların sahip olduğu, iddialarını idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır (*Zeki Güngör*, § 42).

102. Başvurucuların kolluk görevlileri tarafından darbedildiği iddiası karşısında maddi olayın aydınlatılması ve olası cezai sorumluluğun belirlenmesi konusunda etkili yolun ceza soruşturması olduğu ancak dosyadan başvurucuların ceza soruşturması başlatılması amacıyla adli makamlara bir başvuruda bulunmadığı tespit edilmiştir. Başvurucular da anılan tespitin aksine bir delil sunmamışlardır. Buna göre Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına giren eylemlere maruz kalındığı iddialarını ileri süren başvurucuların adli makamları hareket geçirmek için bir başvurusunun da olmadığı dikkate alındığında başvuruya konu olayın -bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği- Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmiştir.

103. Somut olayda başvurucuların hukuk sisteminde mevcut yargısal yolları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

104. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Başvurucu Mehmet Şahin Yönünden

105. Başvurucu; ifadelerinin kollukta işkence yapılmak suretiyle alındığını, bu hususun doktor raporlarına geçmediğini, ilgiler hakkındaki soruşturmanın takipsizlik kararıyla sonuçlandığını ve böylelikle işkence yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

106. 6216 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurular incelenebilir (*Zafer Öztürk*, B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 17).

107. Somut olayda başvuru konusu kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın 23/9/2012 tarihinden önce kesinleştiği anlaşılmıştır (bkz. § 33).

108. Açıklanan nedenlerle başvurunun, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

F. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

109. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

110. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle başvurucular Hasan Kılıç 100.000 TL, Yusuf Karakuş 10.000 TL, Mehmet Şahin 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucular diğer haklarının ihlal edilmesi nedeniyle ayrıca 500.000 TL maddi (Hasan Kılıç), 100.000 TL manevi (Yusuf Karakuş), 10.000 TL manevi (Mehmet Şahin) tazminat talep etmiştir.

111. Müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

112. Müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesine (CMK 250. madde ile görevli) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

113. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucular Yusuf Karakuş ve Mehmet Şahin'e talepleri de dikkate alınarak ayrı ayrı net 10.000 TL, başvurucu Hasan Kılıç'a 18.000 TL manevi tazminatınödenmesine karar verilmesi gerekir.

114. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucu Hasan Kılıç'ın uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucu Hasan Kılıç'ın bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

115. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvuruculara ayrı ayrı ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. İşkence yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların *başvuru yollarının tüketilmemesi* ve *zaman bakımından yetkisizlik* nedenleriyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

4. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin müdafi yardımından yararlanma hakkıyla bağlantılı olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere (kapatılan) Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2006/294, K.2013/8) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucular Yusuf Karakuş ve Mehmet Şahin'e ayrı ayrı net 10.000 TL, başvurucu Hasan Kılıç'a 18.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA AYRI AYRI ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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 8/12/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HİKMET ASLAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11036)

Karar Tarihi: 16/6/2016

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
Raportör	:	Abuzer YAZICIOĞLU
Başvurucu	:	Hikmet ASLAN
Vekili	:	Av. Metin İRİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sendika yönetim kurulu üyeliği görevi de bulunan devlet memurunun sendikanın planladığı eyleme ilişkin kokart takarak okulda dolaşmasının, soruşturmaya konu edilerek disiplin cezası verilmesi nedeniyle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri hakkının; soruşturma sürecinde savunmasının usulüne uygun alınmaması, savunma için ek süre verilmemesi ve aralarında husumet bulunan amir tarafından soruşturma yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkı ile "Kanunsuz suç ve ceza olmaz." ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/7/2014 tarihinde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 31/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 5/2/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 11/2/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, İstanbul ili Avcılar ilçesinde bulunan Mehmet Emin Horoz Teknik ve Endüstri Meslek Lisesinde Türk dili ve edebiyatı öğretmeni olarak görev yapmakta ve aynı zamanda Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim-Sen) İstanbul 7 No.lu Şube Yönetim Kurulu üyesi olarak sendikal faaliyet yürütmektedir.

9. Başvurucu; görev yaptığı okulda Okul Müdürü M.M.G.nin mobbing uygulamalarına maruz kaldığını, psikolojisinin bozulduğunu, bu nedenle okul müdürü hakkında Küçükçekmece Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyet dilekçesi verdiğini ve soruşturmanın devam ettiğini belirtmesine rağmen soruşturmanın başlangıcı ve diğer detayları hakkında açıklayıcı bilgi vermemiştir.

10. Sendika, sosyal ve ekonomik hakları savunmak üzere taleplerini açıklamak amacıyla 21 Aralık 2011 tarihinde grev kararı almıştır. Başvurucu, üyesi bulunduğu ve aktif görev aldığı sendikanın grev yapma tarihinden bir gün önce yakasına üzerinde *"21 Aralıkta GREVdeyiz"* yazısı bulunan kokart takarak okuldaki görevine devam etmiştir. Başvurucu hakkında 20/12/2011 tarihinde, Okul Müdürü M.M.G. ve Müdür Yardımcıları C.B. ve İ.H.K. imzası ile bir tutanak düzenlenmiştir. Tutanak içeriği şöyledir:

"Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni Hikmet Aslan 20/12/2011 Salı günü, tüm gün boyunca yakasına "21 Aralıkta GREV deyiz" yazan bir kokart takarak derslere girmiş, öğrencilerin önünde koridorlarda ve dersliklerde dolaşarak yönetmeliğe aykırı hareket etmiştir. İş bu tutanak tarafımızdan tutulmuştur."

11. Başvurucunun görev yaptığı okulun bağlı bulunduğu Avcılar İlçe Millî Eğitim Müdürlüğü, başvurucu hakkında yürüttüğü idari soruşturma sonucunda 1/6/2012 tarihli ve 9991 sayılı kararı ile başvurucunun "uyarma" cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Başvurucunun disiplin soruşturma işlemlerinde muhakkik olarak Okul Müdürü M.M.G. nin kendi talebi üzerine görevlendirildiği, 23/12/2011 ile 24/4/2012 tarihleri arasında mühakkik işlemlerinin tamamlandığı görülmüştür. Başvurucu hakkındaki muhakkik raporunda yer alan tespitlerin bir kısmı şöyledir:

"… Belgelerden ve alınan ifadelerin inceleme ve değerlendirilmesinden: Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni Hikmet Aslan'ın Okul Müdürlüğünün 23/12/2011 tarih ve 648/879 sayılı yazısına cevaben "iddia olunan husus … il teftiş kuruluna gönderilmesini talep ediyorum" demesi ve tanık ifadelerinden 20/12/2011 tarihi Salı günü okulda olduğu halde gün boyu yakasında "21 Aralıkta GREV'deyiz" yazan kokart takarak öğrencilerin önünde, koridorlarda ve dersliklerde dolaştığı anlaşılmıştır. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik madde 9 "…". Öğretmen Hikmet Arslan, Yönetmeliğin anılan maddesine açıkça aykırı davranmış, farklı kokart takarak görev yapmıştır. Bu durumda Yönetmelik emirlerini yerine getirmesinde kayıtsızlık göstermiştir.

Kesinleşen bu iddia ile ilgili olarak: Mehmet Emin Horoz Teknik ve Endüstri Meslek Lisesi Türk Dili ve Edebiyatı öğretmeni Hikmet Arslan, bu fiilinden dolayı, fiilin karşılığı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre … fiilinin 657 sayılı Kanunun 125[.] maddesinin A bendinin (a) fıkrası kapsamına girdiği yönünde kanaat oluşmuştur. …"

12. Başvurucu, hakkında verilen disiplin cezasının iptali istemiyle 31/8/2012 tarihinde İdare Mahkemesinde iptal davası açmış; İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 1/4/2013 tarihli ve E.2012/1579, K.2013/821 sayılı kararı ile dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"… Kamu kurumlarının bu kapsamda okulların kendine göre disiplin düzen kurallarının mevcut olduğu, kişi ile devlet[in] [~~bir~~] özel bir statü ilişkisi

içerisinde bulunduğu, eğitim faaliyetleri sırasında (sendikal faaliyet ile ilgisiz yer ve zamanda) yasaklanan davranışların müeyyidelendirilmesinin temel hakların ihlali sonucunu doğurmayacağı açıktır.

Dava konusu olayda; öğretmen olan davacının 20.12.2011 tarihi salı günü okulda olduğu halde gün boyu yakasında "21 Aralıkta GREVDE'yiz" yazan kokart takarak öğrencilerin önünde, koridorlarda ve dersliklerde dolaştığı, davacının bu davranışı sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi sendikal faaliyet ile ilgisiz yer ve zamanda gerçekleştirildiği, buna göre soruşturma raporu ile davacının dava konusu disiplin cezasına fiili işleyerek görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde kayıtsızlık gösterdiği hususunun sabit olduğu anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

13. Temyiz üzerine Danıştay Onikinci Dairesinin 10/9/2013 tarihli ve E.2013/6219, K.2013/6062 sayılı ilamıyla dosya, İstanbul Bölge İdare Mahkemesine gönderilmiş ve Mahkemenin 21/1/2014 tarihli ve E.2014/36, K.2014/937 sayılı ilamıyla kararın usul ve hukuka uygun olduğu, dilekçede ileri sürülen itiraz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek mahiyette görülmediği belirtilerek itirazın reddi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.

14. Karar düzeltme istemi, aynı Bölge Mahkemesinin 13/5/2014 tarihli ve E.2014/8196, K.2014/9680 sayılı ilamıyla dilekçede ileri sürülen hususların 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 54. maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirine uymadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

15. Karar 2/6/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 2/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

17. Bu süreçte başvurucu 5/3/2012 tarihinde iş yerinde psikolojik taciz ve yıldırmaya (mobbing) maruz kaldığı iddiası ile İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Polikliniğine başvurmuştur.

18. Adı geçen Adli Tıp Ana Bilim Dalında 31/7/2012 tarihli ve 52 sayılı bilirkişi raporu ile 25/12/2012 tarihli bir sosyal ve psikolojik değerlendirme raporu düzenlenmiştir.Bu bilgi ve bulguların yeniden değerlendirilmesi neticesinde başvurucu hakkında aynı Ana Bilim Dalı tarafından 18/2/2013

tarihli bir ek rapor düzenlenmiş ve bu raporda kişinin iş yerinde mobbinge maruz kaldığı yönünde tespitler yapılmıştır. Raporun sonuç kısmı şöyledir:

"… Hikmet Aslan hakkında tarafımızdan 31/7/2012 tarih ve 52/2012 sayılı bilirkişi raporu düzenlenmiş olup, kişi hakkında hazırlanan 25/12/2012 tarihli sosyal ve psikolojik değerlendirme raporunda yer alan bilgi ve bulgular yeniden değerlendirildiğinde;

1- İstanbul Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Polikliniğinde yapılan ayrıntılı ruhsal durum muayenesinde tespit edilen ruhsal travma bulguları, Travma Sonrası Stres Bozukluğu ve Majör Depresyon tanıları ve Uzm.Psikolog D.D. ve Sosyal Hizmet Uzmanı M.C. tarafından hazırlanan sosyal ve psikolojik değerlendirme raporunda yer alan çalıştığı işyeri ortamına ilişkin bulgular ile aktarılanların UYUMLU BULUNDUĞU,

2- Elde edilen tüm bilgiler ışığında, kişinin işyerinde psikolojik şiddet ve yıldırmaya (mobbing) MARUZ KALDIĞI kanaatini bildirir ek rapordur."

B. İlgili Hukuk

19. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Devlet memurları, resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadırlar."

20. 657 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Devlet memurları kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve amirler tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yükümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludurlar."

21. 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

A- Uyarma: Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir.

Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,

…"

22. 657 sayılı Kanun'un 135. maddesi şöyledir:

"Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.

İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.

İtiraz mercileri, itiraz dilekçesi ile karar ve eklerinin kendilerine intikalinden itibaren otuz gün içinde kararlarını vermek zorundadır.

İtirazın kabulü hâlinde, disiplin amirleri kararı gözden geçirerek verilen cezayı hafifletebilir veya tamamen kaldırabilirler.

Disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabilir."

23. 16/7/1982 tarihli ve 8/5105 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Çalışan Personelin Kılık ve Kıyafetine Dair Yönetmelik'in 9. maddesi şöyledir:

"Personel, görev yaptığı yerin ve mezun olduğu okulların rozetleri ile Hükümetçe özel günler için çıkarılan rozetler (Atatürk'ün doğumunun 100. Yılı gibi) dışında rozet, işaret, nişan v.b. şeyler takamaz."

24. 25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 18. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 16/6/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucu, Eğitim-Sen'e üye olduğunu, disiplin soruşturmasının ceza verilerek sonuçlandırılmasının sendika üyeliği ile ilgili olduğunu, 4688 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre sendikal faaliyetleri nedeniyle baskı altına alınamayacağını, 21/12/2011 tarihinde icra edilen kokart takılması eylemine yönelik soruşturmanın, mobbing dolayısıyla hakkında Savcılığa şikâyette bulunduğu okul müdürü tarafından yapıldığını, tarafsız ve bağımsız olmayan soruşturmacının ceza teklif ettiğini, hangi fiilleri nedeniyle ceza verildiğinin belli olmadığını ve bu fiillerin 657 sayılı Kanun'da yer almadığını; dolayısıyla, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğini, aleyhinde beyanda bulunanlar ile yüzleştirilmediğini, sunduğu belgelerin kararda dikkate alınmadığını, soruşturma sırasında ifadesini avukatı ile birlikte vereceğini belirttiğini, nitekim ifadesinin avukatı yanındayken alındığını; fakat bu tutanakların dava dosyasına gönderilmediğini, dava dilekçesinde yer alan usul ve esasa ilişkin iddialara cevap verilmediğini, görev yaptığı okulda çok sayıda öğretmenin 21 Aralık'a ilişkin kokartı taktığını ancak sadece kendisi hakkında işlem tesis edildiğini, bu kokartı takmasından dolayı disiplin cezası almasının, düşünce ve ifade özgürlüğünün ve gösteri hakkının ihlali olduğunu, Anayasa'da gösterinin yapılacağı yere ilişkin kısıtlayıcı bir düzenleme olmadığını, Mahkemelerin kararlarının gerekçesiz olduğunu, disiplin soruşturması ve dava aşamasında adil bir yargılama yapılmadığını belirterek Anayasa'nın 10., 26., 34., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlalin tespiti ve manevi tazminat talebinde bulunmuş, tazminata ilişkin miktar belirtmemiştir.

B. Değerlendirme

27. Bakanlık görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) konuya ilişkin örnek kararlarına vurgu yapılmış; başvurucunun ihlal iddiaları değerlendirilirken belirtilen hususların dikkate alınması ve eylemin sendikal haklardan ziyade ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

28. 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 okulda kokart takarak dolaşmasının Sendikanın planladığı grevle ilgili

olması nedeniyle gösteri yapma hakkıyla ilişkili olduğunu belirtmiş ise de başvurucunun iddialarının sendikal faaliyetle ilgili olarak örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

29. Öte yandan başvurucu, mensubu olduğu Sendika tarafından planlanan grevle ilgili duyuruyu içeren kokart takarak okulda dolaşmasının disiplin cezası ile yaptırıma tabi tutulmasının okul müdürü ile aralarında husumet bulunmasından kaynaklandığını, kokart taşıyan başka öğretmenler hakkında tutanak tutulmadığını ve bu tutumun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Eşitlik ilkesi iddiaları yönünden başvurucunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir. Somut olayda başvurucu, benzer olaylar ile kendi durumunun aynı olduğunu ortaya koyamadığı gibi kendisine hangi ayrımcılık temelinde ve nasıl bir ayrımcılık yapıldığına ilişkin herhangi bir beyanda da bulunmamıştır. Bu nedenle ve eşitlik ilkesinin ihlaline ilişkin iddialarının başka bir haktan bağımsız ve soyut biçimde ileri sürülmesi mümkün olmadığından bir bütün olarak adil yargılanma hakkı başlığı altında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Başvurucunun disiplin soruşturma sürecine, yargılama usulüne, kararların gerekçesine ve davanın sonucuna ilişkin ihlal iddiaları adil yargılanma hakkı başlığı altında incelenmiştir.

1.Örgütlenme Özgürlüğü Yönünden

a.Kabul Edilebilirlik Yönünden

30. Başvurucunun, üyesi olduğu sendikanın eylem kararını duyuran kokart takarak okulda dolaşması, derslere katılması fiilinin disiplin soruşturmasına konu edilerek kendisine disiplin cezası verilmesi kararının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedenide bulunmadığı anlaşılan ihlal iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

31. Başvurucu; üyesi olduğu sendika tarafından yasal çerçevede planlanan grev kararının icrası kapsamında ertesi gün okula gelmeyeceğini ve

gelmeme sebebini duyurmak amacıyla soruşturma konusu kokartı taktığını, sadece kokart taşımaktan ibaret fiiline disiplin cezası verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

32. Bakanlık görüşünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birini oluşturduğu; ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda başvurunun, başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığı, gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin dayandığı amacın meşru olup olmadığı ve müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

33. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması"* kenar başlıklı 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

34. Anayasa'nın *"Sendika Kurma Hakkı"* kenar başlıklı 51. maddesi şöyledir:

> *"1. 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.*
>
> *(Dördüncü fıkra mülga: 7/5/2010-5982/5 md.)*

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz."

35. Anılan düzenlemeler uyarınca örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. 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 (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, §§ 30, 32).

36. Bireylerin devamlı olarak ve eş güdüm içinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması, Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir "örgüt", devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir (*Tayfun Cengiz*, § 31).

37. Anayasa'nın 33. ve 51. maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlükler, Sözleşme'nin 11. maddesinde bir araya getirilmiştir. Ayrıca Sözleşme'nin 11. maddesinin yorumu ve uygulanmasında AİHM'in, Sözleşme'nin 10. maddesi altında geliştirdiği içtihatların dikkate alınması da gerekmektedir (*Özgürlük ve Demokrasi Partisi/Türkiye*, B. No: 23885/94, 8/12/1999, § 37; *Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38).

38. Anayasa'nın 51. maddesi, devlet için hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirmektedir. Devletin, 51. madde çerçevesinde bireylerin ve sendikaların örgütlenme özgürlüğüne müdahale etmemeye yönelik negatif yükümlülüğü 51. maddenin ikinci ila altıncı fıkralarında yer alan gerekçelerle müdahaleye izin veren koşullara tabi tutulmuştur. Aslında

devletin bu her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak uygulanacak ölçütlerde bir değişiklik olmamaktadır. Devletin ister pozitif ve isterse de negatif yükümlülüğü söz konusu olsun bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu gözönünde bulunduracaktır (*Tayfun Cengiz*, §§ 36, 37).

39. Öte yandan örgütlenme özgürlüğü, sınırlanabilir bir haktır ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Örgütlenme özgürlüğüne ilişkin Anayasa'nın 33. maddesinin üçüncü ve 51. maddesinin ikinci fıkralarında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler dikkate alınmak zorundadır. Bu sebeple örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (*Tayfun Cengiz*, § 38).

40. Somut olayda başvurucu, öğretmen olarak devlet memuru statüsünde iken Şube Yönetim Kurulu üyesi olduğu Sendikanın grev kararından sonra ve grev gününden bir gün önce grev ilanını içeren bir kokart takarak okulda dolaşmış ve derslere girmiştir. İlk Derece Mahkemesi, grev öncesi okulda ve öğrenciler önünde kokart taşımasının, sendikal faaliyetle ilgili olmadığını belirterek başvurucunun fiilini görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde kayıtsızlık gösterme olarak değerlendirmiştir. Bunun dışında başvurucuya isnat edilen ve disiplin soruşturmasına konu edilen herhangi bir eylem bulunmamaktadır.

41. Başvuruya konu olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele üyesi olduğu Sendikanın planladığı yasal grev faaliyetinden bir gün önce grevi duyuran içerikte kokart takarak okulda dolaşan ve derslere giren başvurucu aleyhine uyarma cezası verilmesinin örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda varlığı kabul edilen müdahalenin kanuni dayanağının olup olmadığının, meşru amaçlara dayanıp dayanmadığının, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve kullanılan araçların orantısız olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

i. Müdahalenin Varlığı

42. Başvurucunun Sendika tarafından alınan grev kararı sonrasında grevden bir gün önce grevle ilgili kokart takarak görevini ifa etmesi sonucunda devlet memurundan beklenen yükümlülüklere uymadığı gerekçesiyle disiplin yaptırımına tabi tutulmasının örgütlenme özgürlüğü ile ilgili olduğuna ve müdahale niteliği taşıdığına şüphe bulunmamaktadır.

ii.Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca örgütlenme özgürlüğüne "kanunla öngörülmedikçe" ve madde metninde belirtilen meşru amaçlar dışında müdahale edilemez. Aynı zamanda ifade özgürlüğüne getirilecek bir sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Kanunilik

44. Başvurucu, hangi fiilleri nedeniyle ceza verilmesi gerektiği sonucuna gidildiğinin belli olmadığını ve bu fiillerin kanunda yer almadığını ileri sürmüştür. Yapılan değerlendirmeler neticesinde 657 sayılı Kanun'un *"Davranış ve işbirliği"* kenar başlıklı 8. maddesi, *"Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları"* kenar başlıklı 11. maddesi ve *"Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller"* kenar başlıklı 125. maddesi ve ilgili Yönetmelik'in 9. maddesinin "kanunilik" koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

Meşru Amaç

45. İlk Derece Mahkemesi *"davacının 20/12/2011 tarihinde yakasına grevle ilgili kokart takarak okulda dolaşmasının, sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi sendikal faaliyetle ilgili olmayan yer ve zamanda gerçekleştirildiği"* gerekçesi ile müdahalenin kamu düzeni ve kurumsal disiplinin korunması amacı güttüğünü belirtmiştir. Başvurucu, hakkındaki uygulamanın yasanın öngördüğü amaçla uyumlu olmadığını ileri sürmüştür.

46. Örgütlenme özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel

sağlık, genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle ve kanunla yapılmış olması gerekir.

47. Görev yaptığı okulda üyesi olduğu Sendikanın grev kararını duyuran kokart taşıması nedeniyle başvurucuya verilen disiplin cezasının Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan meşru amaçları hedeflediği kabul edilse bile bu hususun müdahalenin gerekliliği konusunda yapılacak değerlendirmelerle birlikte tartışılmasının daha doğru olacağı sonucuna varılmıştır.

Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

48. Başvurucu; okulda kokart takarak dolaşma fiilinin 657 sayılı Kanun'daki sınırlayıcı düzenlemelerle örtüşmediğini, yasada yer almayan düzenleme ve suçlamalarla disiplin cezası verildiğini, başka öğretmenlerde de kokart bulunmasına rağmen sadece kendisi hakkında işlem yapıldığını iddia etmiştir. Üyesi olduğu Sendikanın yasal çerçevede aldığı grev kararını ve ertesi gün okula gelmeme sebebini duyurmak için kokart taşıması nedeniyle disiplin cezası uygulanmasının ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucu; soruşturmanın, okulda daha sonra göreve başlayan ve kendisine mobing uygulayan amir tarafından yürütüldüğünü vurgulamıştır.

49. Bakanlık görüşünde, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının kamu görevlilerine de tanınan bir hak olmasının yanısıra bu hakkın kamu görevlileri tarafından kullanımı durumunda diğer kişilere nazaran daha hassas davranılması icap ettiği, bu hususun Sözleşme'de görev ve sorumluluklar kavramıyla ortaya konduğu vurgulanmıştır. İfade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı hâlinde alınan önlemleri haklı kılacak gerekçelerin olup olmadığının ve *"sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının"* demokratik toplum gerekleri açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

50. Örgütlenme özgürlüğü ve daha özelde sendika hakkı mutlak olmadığından bazı sınırlandırmalara tabi tutulabilir. Sendika özgürlüğüne ilişkin olarak Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

51. Anayasa'da belirtilen *"demokratik toplum"* kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. *"Demokratik toplum"* ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşme'nin bu ölçütün kullanıldığı 9., 10. ve 11. maddeleri arasındaki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, B. No: 23536/94, 24408/94, 8/7/1999, § 61). Anayasa Mahkemesi de daha önceki birçok kararında bu nitelendirmeyi vurgulamıştır (*Tayfun Cengiz*, § 52).

52. Buna göre aynı zamanda birey olan devlet memurları, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanır. Başka bir deyişle görevine yansıtma, şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilemez olsa dahi ifade ve örgütlenme özgürlüklerini ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler demokrasiye hizmet edemez hatta demokrasiyi tehlikeye düşürür (*Kayasu/Türkiye*, B. No: 64119/00, 76292/01, 13/11/2008, § 77).

53. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi"dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler (*Tayfun Cengiz*, § 53).

54. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple sendika hakkına yapılan müdahalelerde hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu bağlamda başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin sendika hakkını kısıtlama bakımından

"demokratik bir toplumda gerekli" ve "ölçülülük ilkesi"ne uygun olduğunun inandırıcı bir şekilde ortaya konup konulamadığı olacaktır (*Tayfun Cengiz*, §§ 54, 55).

55. Öte yandan örgütlenme özgürlüğü -devlet memurları söz konusu olduğunda- görüşlerin dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklanıp açıklanmadığını, kişisel tavırlar sergilenip sergilenmediğini ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığını tartışma konusu yapmaktadır. Bu bağlamdaki AİHM uygulamalarında, memurun bulunduğu konum, görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesini belirlemede ulusal makamlara bir takdir marjı tanınmaktadır (*İsmail Sezer/Türkiye*, B. No: 36807/07, 24/3/2015, § 28;*Ahmed ve diğerleri / Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 2/9/1998, §§ 53, 54; *Otto/Almanya* (k.k.), B. No: 27574/02, 24/11/2005). Fakat örgütlenme özgürlüğünü sınırlama niteliği taşıyan bu durumun bir sınırının olduğu da unutulmamalıdır.

56. Devletin kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu; siyasi görüş sahibi olma, ülke ve toplumsal sorunlarla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlere sahip olduğu ve bu nitelikleriyle Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğu şüpheden uzaktır (*İsmail Sezer/Türkiye*, § 52; *Vogt/Almanya*, B. No: 17851/91, 26/9/1995, § 53).

57. Ayrıca örgütlenme özgürlüğünün sendika üyelerine sendikalarının sesini duyurma ve toplu menfaatleri dile getirme imkânı sağladığı ve güvence altına aldığı fakat sendika üyelerine karşı devlet tarafından belirli bir muamele yapılmasını korumadığı hatırda tutulmalıdır (*İsmail Sezer/Türkiye*, § 50).

58. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını davanın bütününe ve her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014, § 44). Bu bağlamda başvurucunun ifa ettiği görev, görev mahallinin şartları, disiplin yaptırımına konu fiilin niteliği ve başvurucunun tavrının görevine yansıması gibi hususlar değerlendirilecektir.

59. Başvurucunun, orta öğretim düzeyindeki bir devlet okulunda Türk dili ve edebiyatı öğretmeni ve aynı zamanda sendika temsilcisi olduğu dikkate alındığında, devlet memurlarının ifade özgürlüğü kapsamında düşünceyi açıklamanın örgütlü biçimi olan sendikal faaliyette bulunma hakkından bütünüyle mahrum bırakılamayacağı gözönünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Başvurucunun bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek veya başka güvenlik tehdidi oluşturan bir görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulunduğuna ilişkin okul idaresinden yakınmalar olmadığı anlaşılmaktadır.

60. Başvurucunun üyesi olduğu Sendika; Sözleşme, Anayasa ve yasalar çerçevesinde hükümeti uyarmak amacıyla *"grevli toplu sözleşme, güvenceli istihdam, insanca yaşayacak temel ücret, ek ödemelerin emekli aylıklarına dahil edilmesi, baskı, ceza ve sürgünlerin durdurulması"* talepleriyle 21 Aralık 2011 tarihinde bir günlük grev kararı almıştır. Başvurucunun yakasındaki kokartta da *"21 Aralıkta GREV'deyiz"* ibareleri yazılıdır. Sendikanın yapmayı planladığı gösterinin, çalışan sınıfın sosyal ve özlük haklarının savunulmasını amaçlayan, barışçıl olmadığına yönelik herhangi bir tespit bulunmayan özelliği dikkate alınmalıdır. Yine başvurucunun grevin bir gün öncesinde yakasında taşıdığı kokart içeriğinde grevi ve tarihini duyurmak dışında yasal olmayan, kamuyu incitecek veya yanlış yönlendirmelere sebep olacak ibare veya işaretler bulunmadığı, başvurucunun görev yaptığı yerin ortaöğretim seviyesinde bir okul olması nedeniyle öğrencilerin öğretmenlerden etkilenme ihtimalinin ilköğretim seviyesine göre daha düşük olduğu değerlendirilmelidir.

61. Başvurucu, üyesi olduğu sendika şubesinin yönetim kurulunda olduğunu ve sendikacı sıfatıyla ertesi gün okula gelmeme sebebini duyurmaya çalıştığını, kokart taşıma dışında başka bir eyleminin olmadığını ileri sürmüştür. Niteliğine yukarıda değinilen kokart, devlet memurunun görev esnasındaki kılık ve kıyafetine ilişkin yasal düzenlemelere aykırı gözükse de Sendikanın yasal çerçevede planladığı grevin bir gün öncesinde ve geçici kabul edilebilecek bir sürede taşınması, çalışanların dayanışmasını gösterme ve sendikal haklarını bağımsız bir şekilde kullanma yolu olarak değerlendirilecek grev organizasyonu ile ilgili olması ve üçüncü ki-

şilere bilgi verme niteliği taşıması nedeniyle sendikal faaliyetin bir parçası olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda AİHM, toplantı özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemli yeri dikkate alındığında bireye sunulan seçim ve eylem imkânları etkisiz olduğunda ya da hiçbir yarar sağlamayacak şekilde azaltıldığında bireyin söz konusu özgürlükten yararlanmadığını vurgulamaktadır (*Akın Şişman ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 1305/05, 27/9/2011, §§ 32-34).

62. Öte yandan başvurucunun eylemi sonucunda kendisine uyarma cezası verilmiştir. Verilen ceza -hafif olsa da- başvurucu gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerini organize etmenin önüne geçebilecek caydırıcı etki doğuracak bir niteliğe sahiptir (*Kaya ve Seyhan/Türkiye*, B. No: 30946/04, 15/12/2009, § 30; *Karaçay/Türkiye*, B. No: 6615/03, 27/6/2007, § 37; *Doğan Altun/Türkiye*, B. No: 7152/08, 26/5/2015, § 50; *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 43).

63. Açıklanan nedenlerle şikâyet edilen uyarma cezasının acil toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmemesi nedeniyle demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvurucunun Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

2. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

64. Başvurucu; disiplin soruşturmasında avukatla savunma yapacağını beyan etmesine rağmen kendisine ek süre ve savunma fırsatı tanınmadığını, tanıklarla yüzleştirilmediğini, kendisine mobing uyguladığı yönünde şikâyetçi olduğu amir tarafından soruşturma yürütüldüğünü, suçlandığı fiil ile yasal hükümlerin uyuşmadığını iddia etmektedir.

65. Ancak başvurunun koşulları ve Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiği yönündeki tespitler dikkate alındığında başvurucunun temel hukuki meselesinin incelendiği ve çözüme kavuşturulduğu, bu nedenle diğer şikâyetler açısından inceleme yapmaya gerek olmadığı değerlendirilmiştir.

3.6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

66 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve

Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

67. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

68. Sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

69. Sendika hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

70. Sendika hakkına yönelik başvurusu açısından ihlal tespitinin başvurucuya yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden sendika hakkına yapılan müdahale nedeniyle tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

71. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. 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. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikâyetlerin incelenmesine GEREK OLMADIĞINA,

D. Kararın bir örneğinin sendika hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 5. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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

16/6/2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SİYASİ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ (MD. 68)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

DENİZ DÖNMEZ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4663)

Karar Tarihi: 9/6/2016

R.G. Tarih ve Sayı: 29/6/2016-29757

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Abuzer YAZICIOĞLU
Başvurucular	:	1- Deniz DÖNMEZ
		2- Mehmet YÜCE
		3- Türkan BAYYAR
		4- HALKIN KURTULUŞ PARTİSİ
Vekili	:	Av. Sait KIRAN
		5- Çağatay DÖLDÖŞ
Vekili	:	Av. Pınar AKBİNA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde bir kısım ilçe kongrelerini yapmayan başvurucu partinin ilgili yönetim kurulu başkanları olan başvurucular hakkında idari para cezasına hükmedilmesi nedeniyle tüm başvurucular yönünden ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin; kanuni dayanağı olmadan ve savunma alınmadan idari para cezası uygulanması nedeniyle gerçek kişi başvurucular yönünden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 4/4/2014, 19/9/2014 ve 7/11/2014 tarihlerinde Anayasa Mahkemesine doğrudan ve İstanbul 41. Asliye Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruların Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/9/2015 tarihinde, başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 30/9/2015 tarihinde, başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Anayasa Mahkemesinde bulunan 2014/4664, 2014/15218 ve 2014/17503 sayılı başvuruların, başvurucu ve konu bakımından aynı olması nedeniyle 2013/4663 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Tüzel kişi başvurucu Halkın Kurtuluş Partisi (HKP), yasal olarak kurulmuş ve faaliyetlerini sürdüren bir siyasi partidir. Diğer başvurucular ise HKP'nin farklı yerlerdeki ilçe teşkilat sorumlularıdır. Başvuruculardan Deniz Dönmez'e Gaziantep Valiliğinin 27/11/2013 tarihli ve 33 sayılı oluru ile Parti İlçe Teşkilatı Yönetim Kurulu başkanı sıfatıyla 731 TL idari para cezası; Mehmet Yüce'ye Gaziantep Valiliğinin 27/11/2013 tarihli ve 32 sayılı oluru ile Parti İlçe Teşkilatı Yönetim Kurulu başkanı sıfatıyla 731 TL idari para cezası; Türkan Bayyar'a Bartın Valiliğinin 21/4/2014 tarihli ve 2226 sayılı oluru ile Parti İlçe Teşkilatı Yönetim Kurulu başkanı sıfatıyla 759 TL idari para cezası ve Çağatay Döldöş'eBorçka Kaymakamlığının 10/12/2013 tarihli ve 77 sayılı oluru ile Parti İlçe Teşkilatı Yönetim Kurulu başkanı sıfatıyla 731 TL idari para cezası verilmiştir. Kararların birbiri ile uyumlu ortak gerekçesi şöyledir:

"Konu ile ilgili olarak, "Halkın Kurtuluş Partisi … İlçe Teşkilâtı hakkında il/ilçe kongresini zamanında yapmadıklarından dolayı 5253 sayılı Dernekler Kanununun 32/b maddesine istinaden İlçe Teşkilâtı Yönetim Kurulu Başkanına … TL idari para cezası uygulanması…"

8. Gerçek kişi başvurucuların anılan işlemlere karşı yaptıkları itirazlar, Gaziantep 9. Sulh Ceza Mahkemesinin 7/2/2014 tarihli ve 2014/3 ve 2014/8 Değişik İş sayılı kararları (Deniz Dönmez ve Mehmet Yüce), Bartın Sulh Ceza Hâkimliğinin 12/8/2014 tarihli 2014/51 Değişik İş sayılı kararı (Türkan Bayyar) ve Borçka Sulh Ceza Hâkimliğinin 15/9/2014 tarihli 2014/10 Değişik İş sayılı kararı (Çağatay Döldöş) ile idari para cezasının miktarı itibarıyla kesin olarak reddedilmiştir.

9. Gaziantep Sulh Ceza Mahkemesinin karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"... Başvuru dilekçesi, başvuruya konu bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde; Başvuranın başkanı bulunduğu Halkın Kurtuluş Parti Gaziantep … İlçe teşkilatı 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa tabi olup aynı kanunun 14/6, 19/3 ve 20/7 hükümleri uyarınca siyasi parti Merkez-il-ilçe teşkilatlarının en fazla 3 yıl içerisinde kongre yapma zorunluluğu bulunduğundan, 2820 sayılı kanunun 29/1 hükmünün ''Dernekler kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri Siyasi Partilerin her kademedeki kongreleri içinde uygulanır'' düzenlemesi doğrultusunda, … tarihinde İlçe Teşkilatının kurulmasını takiben 3 yıl dolmasına rağmen kongre yapmadığının tespiti üzerine ''Dernek Genel Kurulunu süresi içinde toplantıya çağırmayan Dernek Yöneticisinin idari para cezasıyla cezalandırılacağına ilişkin'' 5253 sayılı Dernekler Kanununun 32/b hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle HKP … İlçe Teşkilatı Başkanı olan başvuran hakkında temsilcisi bulunduğu siyasi parti teşkilatını süresi içinde kongreye çağırmaması nedeniyle tesis olunan idari yaptırım kararında usul ve yasaya aykırı yön bulunmadığı kanaatine varılarak, başvurunun reddine dair aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir."

10. Bartın Sulh Ceza Hakimliğinin karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"... Dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgeler ile yukarıda izah edilen mevzuat çerçevesinde yapılan değerlendirmede; her ne kadar itiraz eden vekili itiraza konu dilekçesinde partinin kurulmasından bu yana yeni üye yapa-

madıklarından dolayı ilk genel kurul toplantısını yapamadıklarını bu nedenle işlenemez suç mahiyetinde bulunduğunu, Medeni Kanun'un 78.maddesinde "... Ancak, bu toplantıya katılan üye sayısı, yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olamaz" hükmünün düzenlendiğini itiraz dilekçesinde belirtmiş ise de, yukarıda 2820 sayılı Yasa'nın ilgili madde [14/6., 19/3., 20/7., 29/1. ve 118.] hükümlerinde belirtildiği üzere il ve ilçe kongresinin büyük kongrenin yapılmasına engel olmayacak şekilde parti tüzüğünde gösterilecek süreler içerisinde toplanacağı ve genel kurul toplantılarının iki yıldan az 3 yıldan fazla olmayacak süre içerisinde yapılacağı hükmünün düzenlendiği, ilçe seçim genel kurul toplantılarında toplantı yeter sayısının sağlanamaması halinde toplantının nasıl yapılacağı hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış ise de,büyük kongre toplantısının toplantı yeter sayısına ilişkin düzenleme getirdiği ve buna göre ilk çağrıda toplantı yeter sayısının elde edilememesi halinde ikinci çağrı üzerine yapılacak toplantıda toplantı yeter sayısının aranmayacağının hükme bağlandığı, 2820 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen konularda Medeni Kanun'un ancak bu Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanabileceği, Medeni Kanun'un toplantı yeter sayısını düzenleyen 78. maddesinin ise özel kanun niteliğindeki 2820 sayılı Kanun'un 14/6 ve 14/9 maddesinde düzenlenen amir nitelikteki hükümlere aykırılık teşkil etmesi nedeniyle uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmakla ilgili mevzuata uygun olarak verilen idari para cezasına ilişkin itirazın reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir."

11. Borçka Sulh Ceza Hakimliğinin karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"... 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 14/6, 19/3 ve 20/7 maddeleri gereğince siyasi partilerin her kademe kongrelerinin iki yıldan az üç yıldan fazla olmayacak bir süre içerisinde toplanması mecburidir. Bu hükümlere aykırı davranılması Siyasi Partiler Kanunu'nun 29/1 ve 118 maddelerinde yer alan atıf nedeniyle Dernekler Kanunu hükümlerine göre işlem yapılması gerekmektedir. Dernekler Kanunu'nun 32 maddesinin b fıkrasında "Genel kurulu süresinde toplantıya çağırmayan, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticilerine beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Mahkemece, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de karar verilebilir." Denilmektedir. Bu madde hükmüne göre başkanı olduğu siyasi parti ilçe kongresini

zamanında toplantıya çağırmayan Çağatay Döldöş hakkında idari para cezası düzenlenmesinde herhangi bir usulsüzlük bulunmamaktadır."

12. Nihai kararlar, başvuruculara 5/3/2014, 22/8/2014 ve 9/10/2014 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucular sırasıyla 4/4/2014, 19/9/2014 ve 7/11/2014 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

14. 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun *"İl teşkilâtı"* başlıklı 20. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

" İlçe kongresi, il kongresinin yapılmasına engel olmayacak şekilde parti tüzüğünde gösterilen süreler içinde toplanır."

15. Halkın Kurtuluş Partisi Tüzüğü'nün *"Yerel örgütler ve kongreler"* başlıklı 7. maddesinin (c) bendi şöyledir:

"YEREL KONGRELER: Üç yılda bir birbirlerini tamamlayacak sırayla toplanır."

16. 2820 sayılı Kanun'un *"Kongrelerle ilgili genel hükümler"* başlıklı 29. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasi partilerin her kademedeki kongreleri için de uygulanır."

17. 2820 sayılı Kanun'un *"Genel ceza hükümleri"* başlıklı 118. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunla, 22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununa yapılan atıflar hakkında, söz konusu Kanunda yer alan ve bu Kanun hükümlerine aykırı bulunmayan ceza müeyyideleri, siyasi partiler ve sorumluları hakkında da uygulanır."

18. 2820 sayılı Kanun'un *"Diğer sebeplerle başvuru"* başlıklı 104. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Bir siyasi partinin bu Kanunun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine

aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re`sen yazı ile başvurulur.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı verir."

19. 22/11/1972 tarihli ve 1630 sayılı mülga Dernekler Kanunu'nun *"Ceza hükümleri"* başlıklı 10. bölümünde yer alan 66. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Genel kurul toplantılarını kanun ve tüzüklerine aykırı olarak yapan dernek yöneticileri hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ikibin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Gerektiğinde, kanun ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de mahkemece karar verilebilir."

20. 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun *"Cemiyetler ve Dernekler kanunlarına yapılan atıflar"* başlıklı 34. maddesi şöyledir:

"Diğer kanunlarda, 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, 1630 sayılı Dernekler Kanunu veya 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine veya belli maddelerine yapılan atıflar, bu Kanuna veya bu Kanunun aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde aynı konuları düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine atıf yapılmış sayılır."

21. 5253 sayılı Kanun'un *"Ceza hükümleri"* başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi şöyledir:

"Genel kurulu süresinde toplantıya çağırmayan, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticilerine beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Mahkemece, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de karar verilebilir."

22. 5253 sayılı Kanun'un *"Cezaların uygulanması"* başlıklı 33. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 9/6/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucular ilgili mevzuatta ilçe kongresinin yapılmaması hâlinde idari para cezası uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamasına rağmen İlçe Teşkilatı Yönetim Kurulu başkanları hakkında üç yıl içinde ilçe kongresinin gerçekleştirilmediğinden bahisle idari para cezası uygulandığını, ilçe kongresinin gerçekleştirilememe sebebinin kanunda öngörülen yeterli sayıya henüz ulaşılamaması olduğunu, genel kurul yapmak için yeterli üye sayısına ulaşamayan siyasi parti yöneticilerine idari para cezası verilmesinin -özellikle Halkın Kurtuluş Partisi teşkilat yöneticilerinin çoğunun işçi, işsiz, öğrenci ve toplumun yoksul kesimlerinden olduğu da düşünüldüğünde- faaliyetlerini maddi olarak yürütemez hâle gelmesine sebep olacak, il örgütünü kapanma tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak, başvuruculaların örgütlenme ve dernek kurma faaliyeti içinde yer almasını engelleyecek nitelikte bulunduğundan usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin; kanuni dayanağı olmadan ve savunma alınmadan idari para cezası uygulanması nedeniyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

25. Başvurucular, genel kurul yapmak için yeterli üye sayısına ulaşamayan siyasi parti yöneticisine kanunla öngörülmüş olmamasına rağmen idari para cezası verilmesi ve buna karşı yapılan itirazın Mahkemece reddedilmesi sebebiyle ifade özgürlükleri ile gerçek kişi başvurucular yönünden suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de anılan iddiaların özü siyasi örgütlenme özgürlüğüne ilişkin bulunduğundan inceleme ve değerlendirme bu başlık altında yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Siyasi örgütlenme özgürlüğünün, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ortak koruma alanında olduğuna ve tüzel kişi başvurucunun (HKP) şikâyet konusu olayla ilgili mağdur statüsünün

bulunduğuna, başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin ve başvuru konusu olaya benzer olaylarda uygulanacak ilkeler ilk olarak *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi* (B. No: 2014/15220, 4/6/2015, §§ 25-42) kararında ortaya konmuştur. Mevcut başvurunun incelenmesi neticesinde sözü geçen kararda belirtilen ilkelerden ayrılmayı gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.

27. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından tüm başvurucular yönünden başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmelidir.

2. Esas Yönünden

28. İfade özgürlüğü, düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşünceleri her türlü araçla açıklamak, açıklanan düşünceye paydaş sağlamak, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla ifade özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Fikriye Aytin ve diğerleri*, B. No: 2013/6154, 11/12/2014, § 29).

29. Örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kolektif araçlarla kullanılma biçimidir ve bireylere, kendi menfaatlerini koruma, topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesinin yorumunda ve uygulanmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşme'nin 10. maddesinde geliştirdiği içtihatların dikkate alınmasını gerektirmektedir (*Özgürlük ve Demokrasi Partisi/Türkiye*, B. No: 23885/94, 8/12/1999, § 37; *Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38).

30. Örgütlenme özgürlüğü özelinde siyasi partilerin hedefi fikirlerin ve bunları ifade edilme özgürlüğünü korumak, bireylerin seçme ve tercih yapma imkânına zemin hazırlamak, demokrasinin doğru şekilde işlemesini sağlamak ve "çoğulculuk", "açık fikirlilik" ve "hoşgörü" gibi kavramların içi boş kavramların ötesine geçmesine yardım etmek olduğundan bu kavramlar demokrasinin vazgeçilmez araçları olarak kabul edilir. AİHM, yasama organının seçimi konusunda görüş dile getirme özgürlüğünün ülke nüfusu içinde mevcut farklı düşünceleri temsil eden siyasi partilerin çoğunluğunun katılımı olmaksızın tasavvur edilmesinin mümkün olma-

dığını, buna dayanarak siyasi partilerin demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer alan siyasi tartışmalara yeri doldurulamaz bir katkıda bulunduğunu belirtmiştir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, B. No: 19392/92, 30/1/1998, §§ 43, 44).

31. Başvuru konusu olayda kurulduktan sonra üç yıl içinde olağan kongrelerin yapılmaması nedenine dayanan başvuruya konu idari para cezaları, 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde yapılan atıfla 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine istinaden uygulanmıştır. Söz konusu cezalar 5253 sayılı Kanun'un 33. maddesine gereğince mahallî mülki amirler tarafından verilmiştir.

32. Siyasi partilerle ilgili düzenlemelerin içeriği ve bunları uygulayacak otoritelerin niteliklerine ilişkin Venedik Komisyonunun görüşleri ve başvuru konusu olaya benzer olaylarda esas incelemeye ilişkin uygulanacak ilkeler *Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi* kararında detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir. Başvuru konusu olayda uygulanan idari yaptırım, uygulayan merci ve esas alınan yasal düzenlemeler gözetildiğinde anılan kararda müdahalenin varlığının ve ihlal oluşturup oluşturmadığının tespitine yönelik ortaya konan ilkelerden ve kanunilik ölçütü açısından yapılan değerlendirmelerden somut olay açısından ayrılmayı gerektirecek bir yön bulunmamaktadır.

33. Somut olayda siyasi parti sorumlusu olan başvurucular hakkındaki idari para cezaları, 5253 sayılı Kanun'un *"Cezaların uygulanması"* başlıklı 33. maddesinin ikinci fıkrasının *"Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."* hükmü uyarınca Valilik ve Kaymakamlık tarafından verilmiştir. Hâlbuki 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde sadece "ceza müeyyideleri" bakımından derneklerle ilgili hükümlere atıf yapılmış olup ceza müeyyidelerinin uygulanma usulü ve bu kapsamda müeyyideleri uygulayacak merciye atıf yapılmamıştır.

34. Diğer taraftan 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde, derneklerle ilgili ceza müeyyidelerinin sadece siyasi parti sorumluları hakkında değil "siyasi partiler" hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak 2820 sayılı Kanun'un 101. maddesinde Kanun'da sayılan hâllerde bir siyasi partinin kapatılmasına veya devlet yardımından yoksun bırakılmasına, 2820 sayılı Kanun'un 104. maddesinde ise bu Kanun'un 101. maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili

emredici hükümlerine aykırılık hâlinde bir siyasi parti hakkında ihtarda bulunulmasına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmıştır.

35. Dolayısıyla kanun koyucunun 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesiyle 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinde düzenlenen *"ceza müeyyideleri"* dışında, aynı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen *"ceza müeyyidelerini uygulayacak merci"* bakımından da dernekler hakkındaki hükümlere atıf yaptığı düşünülemez (*Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluşu Partisi*, § 64).

36. Buna göre siyasi parti sorumluları hakkında yaptırım uygulama konusunda mülki amirlerin kanuni yetkilerinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte 2820 sayılı Kanun'un 101. ve 104. maddelerinde, Anayasa Mahkemesine sadece siyasi partilerin kendileri yönünden yaptırım uygulama yetkisi tanınmış; siyasi parti sorumluları yönünden ise böyle bir açık yetkiye yer verilmemiştir.

37. Yukarıda yer verilen ilkelerde ifade edildiği üzere siyasi partiler hakkındaki düzenlemelerde kamu otoritelerine verilen yetkilerin sınırlarının ve kapsamının açıkça belirlenmesi, böylelikle siyasi partiler ve sorumlularının muhtemel keyfî uygulamalarla karşılaşmalarının önüne geçilmesi gerekmektedir.

38. Belirtilen hususlar dikkate alındığında siyasi partilerin her düzeydeki kongresini toplantıya çağırmayan veya kongreleri mevzuata uygun olarak yapmayan siyasi parti sorumluları hakkında 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi mümkün ise de bu ceza müeyyidesini uygulayacak merciin bir hukuk devletinde olması gereken belirlilikte kanunla tayin edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

39. Açıklanan nedenlerle başvuruya konu idari para cezalarının "kanunilik" şartını karşılamadığına ve başvurucuların siyasi örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serruh KALELİ bu sonuca katılmamıştır.

40. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyaların ilgili Mahkemesine gönderilmesi gerektiğinden başvurucuların idari para cezasını uygulayan idare tarafından savunmalarının alınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

41. Başvurucular, idari para cezalarına karşı yapılan itirazların reddedildiği, Gaziantep Sulh Ceza Mahkemesinin, Bartın ve Borçka Sulh Ceza Hâkimliklerinin itirazın reddine ilişkin değişik iş sayılı kararının kaldırılması talebinde bulunmuşlardır.

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Kararlar"* başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"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."*

43. Başvuruya konu idari para cezalarının başvurucuların siyasi örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği gözetilerek söz konusu idari para cezalarına itiraz edilmesine ilişkin davalarda yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmüştür. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

44. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin gerçek kişi başvuruculara ayrı ayrı ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Siyasi örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 68. maddesinde güvence altına alınan siyasi örgütlenme özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE, Üye Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Gerçek kişi başvurucuların, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden inceleme yapılmasına GEREK OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

D. Kararın bir örneğinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmak üzereilgili Mahkemelerine GÖNDERİLMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin GERÇEK KİŞİ BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruculaın 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, OY BİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OY BİRLİĞİYLE,

9/6/2016 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvuruculara Dernekler Kanununa muhalefetten idari para cezası uygulanmış, yaptıkları itirazlarda Sulh Ceza Hakimliklerince kesin olarak reddedilmiştir.

Başvurucular, idari para cezası verilmesinin Halkın Kurtuluşu Partisini maddi olarak yürütülemez hale getireceğini, kapanabileceğini, örgütlenme, dernek kurma faaliyetlerini engelleyici nitelikte bulunduğunu, cezanın kanunilik ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

Mahkememiz de kabul edilebilir bulduğu iddia yönünden Anayasanın 68. maddesinde güvence altına alınan siyasi örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine oy çokluğu ile karar vermiştir.

Benzer konuda 2014/15220 sayılı bireysel başvuru dosyasında da aynı konu değerlendirilmeye alınmış ve çoğunluk görüşüne katılmama gerekçesi yazılmıştır.

Aynı olgulara dayalı bu dosya içinde, 2014/15220 sayılı dosyada yazılı gerekçelerle Anayasanın 68. maddesinde yazılı hakların, idari para cezası ile ihlal edildiğine ilişkin çoğunluk görüşüne müdahalenin hukuki, zorunlu, ölçülü ve hak kapsamı dışında kaldığı düşünceleri ile katılınmamıştır.

Serruh KALELİ
Üye