

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**GENEL KURUL
KARAR****MUHSİN HÜKÜMDAR BAŞVURUSU (2)**

Başvuru Numarası : 2016/69274
Karar Tarihi : 5/3/2020

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili : Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ
Raportör : Özgür DUMAN
Başvurucu : Muhsin HÜKÜMDAR
Vekili : Av. Şenol OPUZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gece vakti alkollü içki satışı kabahatinin tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvurucuyu kabahat işlemeye teşvik etmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının; idari para cezasına yapılan itiraz sürecinde tanıkların dinlenilmemesi, verilen cezanın orantılı olmaması ve sadece alkollü içkiler yönünden uygulanması nedeniyle de adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinin ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/12/2016 tarihinde yapılmıştır.

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

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

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

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

7. İkinci Bölüm tarafından 16/1/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Başvuruya Konu Olay ve Olgular

9. Başvurucu, İstanbul'un Avcılar ilçesine bağlı Mustafakemalpaşa Mahallesi İstiklal Caddesi üzerinde alkollü içki satışı da yapan bir kuruyemiş dükkânı işletmektedir.

10. Kolluk görevlileri 18/11/2014 tarihinde, saat 22.00'den sonra işyerinde alkollü içki satışı yapıldığına ilişkin tutanak düzenlemişlerdir. Tutanakta, bir polis memurunca aynı gün saat 00.20 civarı müşteri görünümüyle sivil giyimli olarak işyerine girildiği, başvurucudan üç şişe bira istenildiği ve görevlinin önceden seri numarası alınmış 20 TL parayı uzattığı, başvurucunun birayı görevliye verdiği ve para üstünü vermeye çalıştığı sırada bu görevlinin polis kimliğini göstererek parayı geri aldığı belirtilmiştir.

11. Bu tutanak Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumuna (Kurul) gönderilmiş, Kurul 11/2/2015 tarihinde başvurucuya gece vakti alkollü içki satışı yaptığı gerekçesiyle 30.454 TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; kolluk görevlilerince düzenlenen tutanak esas alınarak 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirtolu İçkiler İhtisarı Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrası, 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ve üçüncü fıkrası ile 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendi dayanak olarak gösterilmiştir.

12. Başvurucu bu karara karşı Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) nezdinde itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde; başvurucunun olay gecesini dükkânını ihtiyaç molası için M.B. adlı bir şahsa emanet ettiği, buna ilişkin görgü tanıklarının olduğu belirtilmiştir. Başvurucuya göre polis memurunun tuzağa düşürmesi sonucu gerçekleşen olayda arkadaşı olan M.B. herhangi bir sıkıntı yaşamaması için tutanağı okumadan imzalamıştır. Başvurucu belirtilen saatten sonra alkollü içki satışı yapmadıkları ve aleyhe de hiçbir ihbar olmadığı hâlde polis memurunun haksız ve hukuka aykırı bu şekildeki tutum ve davranışlarının telafisi güç zararlara yol açtığından yakınmıştır.

13. Hâkimlik 27/10/2016 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvurunun kabul edilebilir geçerli bir itiraz nedeni sunmadığı ve düzenlenen resmi nitelikli tutanağın aksine bir delilin olmadığı belirtilerek idari yaptırım kararının usule ve kanuna uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

14. Başvurucu bu karara karşı da itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde, gizli soruşturmacı usulüyle delil toplanmasının hukuka aykırı olduğu, başvurunun vergi kayıtlarının incelenmediği, düzenlenen tutanağın polis memurlarının sicil numaraları olmadığı için delil kabiliyetinin bulunmadığı belirtilmiştir. Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğince itiraza konu kararda usule ve kanuna aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle 21/11/2016 tarihinde başvurunun itirazı reddedilmiştir.

15. Nihai karar 29/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 6/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Başvurucunun Emsal Olarak Bildirdiği Kararlar

17. Başvurucunun avukatının başka bir müvekkili adına benzer bir olayda yaptığı itiraz üzerine Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen 4/3/2016 tarihli ve 2016/1986 Değişik İş sayılı kararın ilgili kısmı şöyledir:

"...Devletimizin görevi kişileri suça ya da kabahate teşvik etmek değil suç ve kabahatin önlenmesini sağlamaktır. Somut olayda polis memurları sivil kıyafetle müşteri olarak girip mütalize ait bişeden yasak saatte içki satın almış, sonrasında tutanak tutmuş, CMK'nın 139. Maddesinde hüküm altına alınan ve uygulanması için ağır şartlar aranan gizli soruşturması gibi davranmışlardır. Kabahatler Kanununun 22/4, 28/5 maddeleri de kıyasen değerlendirildiğinde Kabahatler Kanununda açıkça yazmayan hükümlere CMK uygulanması olağandır. Bu itibarla mahkememizce yasak delil niteliğinde olduğu kanaatine varılan delillere dayanarak idari yaptırım kararı tesis edilemeyeceğinden itirazın kabulüne karar [verildi]."

18. Bu karara yapılan itiraz Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 1/4/2016 tarihli ve 2016/2833 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

19. Bakırköy 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2016 tarihli ve 2016/3003 D.İş sayılı kararının ilgili kısmı da şöyledir:

"...İstikrar kazanan yargısal kararlar ve AİHM kararlarında belirtildiği üzere CMK'de istisnai olarak düzenlenen ve kabahatler bakımından hiç bir uygulama olanağı bulunmayan gizli soruşturmacı müessesinde dahi gizli soruşturmacının kısırtıcı ajan (faile suç işlettirme, suça ortak olma gibi) faaliyetlerine izin verilmemişken kabahat eylemlerinde kolluğun kimliğini gizlemek suretiyle kişiye kabahat işlettirip sonra da ceza kestirme yetkisinin hiçbir koşulda bulunmadığı, bu faaliyetin hukuka aykırı delil niteliğini taşıdığı, bu durumda idari yaptırma dayanak teşkil eden bu delilin hukuka aykırı olduğu ve karara esas alınmayacağı, bu delil dışında da idari yaptırma dayanak teşkil edecek başkaca bir delil bulunmadığı, bu sebeple kesilen idari para cezasının haksız olduğu sonucuna [varılmıştır]."

20. Bu karara karşı yapılan itiraz Bakırköy 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/10/2016 tarihli ve 2016/1649 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

21. 4250 sayılı Kanun'un 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yeniden düzenlenen 6. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi şöyledir:

"Alkollü içkiler, 22:00 ila 06:00 saatleri arasında perakende olarak satılamaz."

22. 4250 sayılı Kanun'un 6487 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yeniden düzenlenen 7. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunun 6 ncı maddesinin:

...

e) Beşinci fıkrasındaki yasaklara aykırı hareket edenlere, 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendinde öngörülen.

idari para cezası verilir."

23. 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler piyasasında Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığından gerekli izinleri alarak veya almadan mal veya hizmet üreten, işleyen, ihraç veya ithal eden, pazarlayan, alan veya satan gerçek ve tüzel kişilere aşağıda yazılı idari yaptırımlar uygulanır:

...

ky Tütün mamulleri veya alkollü içkilerin tüketicilere satışı; internet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticaret araçları ya da posta ile sipariş yöntemi kullanarak yapmak üzere satış sistemi kuran veya faaliyette bulunanlara yirmibin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. (Ek ikinci cümle: 13/2/2011-6111/175 md.) Satışın internet ortamında yapılması halinde, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda öngörülen usullere göre erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar hakkında da anılan Kanun hükümleri uygulanır."

24. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) (Değişik: 21/2/2014-6526/13 md.) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hakim tarafından karar verilir.

...

(4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

(5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

(6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. (Ek: 21/2/2014-6526/13 md.) Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan:

1. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç; madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."

2. Yargıtay İçtihadı

25. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 21/5/2013 tarihli ve E.2013/5397, K.2013/15729 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...Türk Ceza Kanununun 1. maddesine göre Ceza Kanununun amacı 'Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.' Ancak suç işlenmesinin önleninceğinden bahisle, başkalarına suç işletilmesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Kırgınlık, kırgınlık, öfke veya elem nedeniyle yahut ikramiye almak veya tutuklanan şüphelinin mallarına el koymak veya satın almak, eşi ile evlenmek, ünlü olmak, adını basında duyurmak, küçük hatalarının görülmemesi amacıyla kolluk kuvvetlerine yardım etmek gibi herhangi bir amaçla, bir kimseye yönelik kışkırtıcı faaliyetlerde bulunulup onu suç işlettirilmesi, suç işlemeye yönlendirilmesi halinde yüklenen suçun oluşup oluşmayacağı ve suça kışkırtılan failin sorumluluğu olaysal olarak belirlenmelidir.

Mevcut olan bir soruşturmada, suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkündür. Ancak Devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eğilimini kuvvetlendirmesi, teşvik etmesi düşünülemez. Hukuk Devleti bireylerin hak ve özgürlüklerini korur. Devlet organlarının birtakım nedenlerle kişilere suç işletmesi ve sonra da failleri cezalandırması, cezalandırma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken Uluslar arası Sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla bağlı olup kabul edilen ilkelere aykırı davranamazlar. Bir kimseyi suça kışkırtma hukuka aykırıdır. Devlet organları,

bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp sonra yakalayıp cezalandırılmalarını isteyemezler. Böyle bir uygulama yani bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç işlemesinin sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir.

Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin heyecanlandırılarak, tahrik edilerek, duygularından yararlanılarak kışkırtılıp suçüstü yakalatmak veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi, suç işlemesine yardım edilmesi, suç işlemesi için olanak tanınması halinde ona verilecek ceza adil olmayacaktır. Zira fail tarafından, hiçbir etki olmadan özgür iradesiyle işlenmesine başlanmış bir fiil olmayıp kışkırtma olmadığı takdirde helki de bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır.

...

Failin, atılı suçu işlediğine dair yoğunlaşmış kuşku bulunması, bir soruşturmaya başlanmış olması halinde, bu kuşkuların giderilmesi için adli makamların bilgisi dahilinde gizli soruşturmacı, muhbir, gizli görevli kullanılması mümkündür. Görevlinin müdahalesi adil yargılama hakkını ihlal edici nitelikte olduğu takdirde, sanığın suçu işlediğini gösteren diğer delillerin mahkumiyete yeterli olup olmadığı, suçun nasıl işlendiği, suç eşyasının nerede ve nasıl bulunduğu, değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir."

26. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10/1/2019 tarihli ve E.2016/17207, K.2019/1034 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...

YCGK kararı, AİHM kararları ve CMK'daki düzenlemeler uyarınca, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmalıdır:

a- Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemeli.

...

c- Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde, diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı verilmelidir.

..."

B. Uluslararası Hukuk

27. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı paragrafının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yönelilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); bir eylemin, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *suç isnadı* başlığı kapsamında kalıp kalmadığını belirlemek amacıyla bazı kriterler belirlemiştir. Bu kapsamda öncelikle eylemin iç hukuktaki nitelenmesi dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte eylemin ve bu eylem için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı da gözetilmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71..., 8/6/1976, § 81; *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77..., 28/6/1984, § 67).

29. AİHM suçların soruşturulmasının önemini ve zorluklarını kabul etmekle birlikte kolluk görevlilerinin kural olarak edilgen bir tutum sergilemeleri gerektiğini belirtmiştir. AİHM, kolluk görevlilerinin provokasyonu (tuzağa düşürmesiyle) toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının dahi haklı kılamayacağını vurgulamıştır. AİHM'e göre böyle bir uygulama samimî, en baştan ve kesin olarak adil yargılanma hakkını riske atmaktadır. AİHM uyuşturucu kaçakçılığı veya yolsuzluk gibi suçlarla mücadele için ve belirli güvenceler ile kısıtlamaların sağlanması kaydıyla özel soruşturma tekniklerine müsamaha gösterilebileceğini vurgulamıştır (*Ursu/Romanya*, B. No: 44497/09, 18/12/2018, § 31; *Vlachos/Yunanistan*, B. No: 20643/06, 18/9/2008, § 24; *Vanyan/Rusya*, B. No: 53203/99, 15/12/2005, §§ 46-47). AİHM'e göre kolluk görevlilerinin müdahalesi olmadan söz konusu suçun işlenebileceğini gösterir somut bir olgu mevcut olmadığı hâlde bu görevlilerin aktif olarak bir suçun işlenmesine etkili olmaları hâlinde yargılama hakkaniyete uygun yürütülmemiş ve Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur (*Ramanauskas/Litvanya* [BD], B. No: 74420/01, 5/2/2008; *Burak Hun/Türkiye*, B. No: 17570/04, 15/12/2009; *Sepil/Türkiye*, B. No: 17711/07, 12/11/2013). Bu çerçevede fail suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olsa bile somut olayda kolluk görevlisinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle desteklenmesi, yani failin müdahale olmadan suçu işleyeceğinin başka delillerle kanıtlanması gerekir (*Burak Hun/Türkiye*, §§ 46-47).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

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

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; kolluk görevlilerinin kabahate teşviki sonucu düzenlenen tutanağın delil teşkil edemeyeceğini, böyle bir delilin kullanılmasını kamu yararı gerekçesinin dahi haklı kılmayacağını belirtmiştir. Başvurucu, ilgili kanunda yer verilmediği hâlde olayda kolluk görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak hareket ettiğinden yakınmış; bu hususlar dikkate alınmadan verilen cezaya yaptığı itirazın ise hukuka aykırı olarak reddedildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

32. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Uygulanabilirlik Yönünden

33. Öncelikle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının suç isnadı boyutuyla somut olayda uygulanabilir olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

34. Bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin hangi koşullarla *suç* isnadı niteliğinde sayılıp *suç* ve *cezalar* ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilebileceği daha önce Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ifade edilmiştir (*D.M.Ç. B. No: 2014/16941, 24/1/2018; B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15/12/2015; Selçuk Özbölük, B. No:2015/7206, 14/11/2018*). Somut olayda gece vakti alkollü içki satışı *kabahat* olarak düzenlenmiş olup başvuruca 30.454 TL idari para cezası verilmiştir. Anılan kararlarda yer verilen ilkeler bağlamında başvuruya konu cezai sürecin herkes için bağlayıcılığı olan genel bir etki yarattığı, kamu gücünü kullanan bir kamu otoritesi tarafından yürütüldüğü, bu sürecin cezalandırıcı ve caydırıcı bir amacının bulunduğu, ayrıca son olarak cezanın miktarı dikkate alındığında somut olaydaki yaptırımın adil yargılanma hakkı bağlamında *suç isnadı* niteliğinde sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında yer alan adil yargılanma hakkının *suç isnadı* boyutuyla somut olay yönünden uygulanabilir olduğuna karar vermek gerekir.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

36. Anayasa'nın 36. maddesine "*adil yargılanma*" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca değerlendirme yaptığı birçok kararında, kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelemektedir (*Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 43*).

37. Öncelikle yukarıda da değinildiği üzere Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre *suç isnadı* ve *ceza* kavramları kabahatleri de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır (bkz. § 34). Buna göre adil yargılanma hakkının *suç isnadı* yönünden kabul edilen ilkeleri kabahatler yönünden de uygulama alanı bulur. Diğer taraftan adil yargılanma hakkı bağlamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkı Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

38. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve

tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (bkz. AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31/5/2017, § 9).

39. Öte yandan hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de bütün işlem ve eylemlerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (bkz. AYM, E.2018/1, K.2018/83, 11/7/2018, § 13).

40. Bir hukuk devletinde adil yargılanma hakkının güvence altına alınabilmesi bakımından kişilere yönelik suç isnadında bulunulabilmesi ve buna bağlı idari ve adli soruşturma ve kovuşturmalar yürütülebilmesi için öncelikle *işlenmiş olduğu* iddia edilen bir suça ilişkin şüphenin varlığı gerekir.

41. Henüz *daha önce işlenmiş olduğu* ileri sürülen bir suça ilişkin şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda, devletin kamu görevlileri aracılığıyla *suç işleyebileceği tahmin edilen* kişilerin suç işlemesine imkân verebilecek bir ortamı hazırlaması ve böylelikle kişilerin suç işlemesine imkân sağlaması düşünülemez. Böyle bir durumda hukuk devleti ilkesine aykırı olarak başlatılan soruşturma kapsamında kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşmaz. Diğer taraftan işlenmiş olduğu ileri sürülen bir suça ilişkin şüphenin bulunduğu durumlarda dahi özel soruşturma tekniklerinin, istisnai bazı durumlarda belirli kısıtlamalarla uygulanacağını içeren ve bireylere yeterli güvenceler de sağlayan kanuni bir dayanağının bulunması gerekir.

42. Bunun yanında yargısal makamların kolluk görevlilerinin şikâyetine konu eylemlerini denetleme yükümlülüğü de büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda dava konusu olayların ve delillerin titizlikle incelenmesi ve gerçeğin açığa çıkarılması için gerekli adımların atılması görevi yargısal makamlara düşmektedir. Yargısal makamların yukarıda değinildiği gibi bir durumun gerçekleştiğini tespit etmeleri hâlinde ise Anayasa'da öngörülen güvencelere uygun şekilde sonuçlar çıkarmaları gerekmektedir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Alkollü içki satışı yapılan bir işyeri işleten başvurusu kamu makamlarınca, gece vakti alkollü içki satışı yapma kabahatini işlediği gerekçesiyle para cezası verilmiştir. Başvuruya konu idari para cezasının dayanağı olan 4250 sayılı Kanun'un 6. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre alkollü içkilerin 22.00 ile 06.00 saatleri arasında perakende olarak satılması yasaklanmış olup kamu makamları bu eylemin yaptırımının aynı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ve atıfta bulunduğu 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendinde öngörülen idari para cezası olarak düzenlendiğini açıklamışlardır.

44. Somut olayda kolluk görevlilerinin düzenlediği tutanağa göre başvurusunun işlettiği işyerine gelen bir polis memuru 18/11/2014 tarihinde saat 00.20 civarı müşteri görünümüyle, alkollü içki satın almak istediğini beyan ederek önceden seri numarası alınmış parayı uzatmış ve başvuru içkiyi görevliye uzatarak para üstünü vermeye çalışmıştır.

Kolluk görevlisi bundan sonra polis kimliğini göstererek tutanağı düzenlemiş ve bu tutanak esas alınarak Kurul tarafından başvuruca idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

45. Buna göre polis memurunun kabahatin işlenmesi sürecinde yalnızca *edilgen bir biçimde kabahat teşkil eden eylemi incelemekle* sınırlı kalmadığı ve bunun aksine kabahatin işlenmesinde *aktif olarak* rol aldığı görülmektedir. Ancak alkollü içki dışındaki ürünlerin de satışının yapıldığı söz konusu işyerinde gerçekleşen olayda başvuruçunun polis müdahalesi yapılmadan önce işyerindeki alkollü içkileri yasak olarak belirlenen saatlerde sattığı yönünde bir şüphenin var olduğu somut bir biçimde gösterilememiştir. Dolayısıyla ortada söz konusu kabahatin *daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı* hâlde kamu görevlileri aracılığıyla bu kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği anlaşılmaktadır.

46. Başvurucu da bu hususu itiraz dilekçelerinde açık bir biçimde öne sürmüştür ancak derece mahkemelerinin kararlarında bu yönden hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. İtirazı inceleyen Hâkimlik sadece düzenlenen resmi nitelikli tutanağın aksine bir delilin başvuruca tarafından ileri sürülemediğini belirtmekle yetinmiş ve müdahalenin anayasal güvencelere uygun olup olmadığını tartışmadan söz konusu tutanağı esas almıştır. Ayrıca bu tutanağın dışında isnat edilen kabahatin işlendiğine dair başkaca bir delilin de bulunmadığı görülmektedir.

47. Diğer taraftan 5326 sayılı Kanun'da gizli soruşturmacı gibi bir usulün kabahatler yönünden uygulanmasına imkân veren bir düzenleme olmadığı gibi bu konuda 5271 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına imkân veren bir atıf da bulunmamaktadır.

48. Bu durumda suçların soruşturulması ve kabahatlerin ortaya çıkarılması görevinin kamu yararı bakımından önemi ve güçlükleri kabul edilmekle birlikte hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlandığında somut olayın koşulları altında başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun yargılamadan yoksun bırakıldığı sonucuna varılmıştır.

49. Açıklanan gerekçelerle adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

M. Emin KUZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL farklı gerekçeyle bu görüşe katılmışlardır.

B. Diğer İhlal İddiaları

50. Başvurucu; idari para cezasına yaptığı itiraz sürecinde tanıklarının dinlenilmediğini, verilen cezanın orantılı olmadığını ve sadece alkollü içkiler yönünden uygulandığını belirterek adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinin ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Başvuruçunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden diğer ihlal iddialarının bu aşamada ayrıca incelenmesine gerek görülmediğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

52. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

53. Başvurucu, idari para cezasının kaldırılması talebinde bulunmuştur.

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

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

56. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İktisatî'nin 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı

vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektedir. (Mehmet Doğan, §§ 58-59; Aligül Aikaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66-67).

57. Başvurucunun gece vakti alkollü içki satışı kabahatine ilişkin süreçte kolluk görevlilerinin aktif olarak rol almasıyla kabahatin işlenmesi ve elde edilen bu delilin kullanılması suretiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin idari eylem süreci ve bu sürecin denetlendiği mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

58. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere itiraz mercii olan Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

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

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE M. Emin KUZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Diğer ihlal iddialarının ayrıca İNCELENMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

D. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğine (2016/6077 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

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

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

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

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Gece vakti alkollü içki satışı yapıldığının tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvuru kabahat işlemeye teşvik etmesi nedeniyle söz konusu kabahatin işlendiği, verilen idarî para cezasına yapılan itirazın da reddedildiği, bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edildiği konusundaki bireysel başvurunun incelenmesi sonucunda bu hak kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde; başvuruçunun işyerine gelen sivil giyimli bir polis memurunun gece yarısı müşteri görünümüyle alkollü içki satın aldığı ve ardından kimliğini göstererek tutanak düzenlediği, buna göre kolluk görevlisinin kabahatin işlenmesinde aktif olarak rol aldığı, söz konusu kabahatin daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı hâlde görevli aracılığıyla bu kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği, başvuruçunun bu hususu itiraz dilekçesinde açıkça öne sürmesine rağmen hâkimlik kararlarında bu yönden bir değerlendirme yapılmadığı, diğer taraftan 5326 sayılı Kabahatler Kanununda gizli soruşturmacı gibi bir usulün kabahatler bakımından uygulanmasına imkân veren bir düzenleme olmadığı gibi bu konuda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkân veren bir atfın da bulunmadığı belirtilerek hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kuşkusuz, ceza soruşturamalarında dürüstlikle bağdaşmayan usûllere başvurulması veya böyle bir görüntü oluşturulması ceza soruşturması yapan kurumların itibarı ile bağdaşmaz (Gottfried Plagemann, Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri, <https://cdn.istanbul.edu.tr>). Kolluk görevlilerinin bir suçun işlenmesi imkânını hazırlamakla değil suçu önlemekle görevli olduğu ve ahlâka aykırı vasıtalar kullanamayacağı gibi suçla mücadelenin suç işleterek yapılamayacağı da tartışmasıdır (Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 8.bs., Ankara 1978, s. 251, 255, 257 ve dn. 32'de aktarılan yazarlar). AİHM kararlarında da kamu görevlilerinin tuzağa düşürmesiyle toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının dahi haklı kılmayacağı belirtilmektedir (§ 29). Ancak AİHM, sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ve güvence altına alınmış olması kaydıyla gizli soruşturmacı yoluyla delil toplanmasının mümkün olduğunu da ifade etmektedir.

Bununla birlikte, kısırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı ile ilgili olarak doktrinde savunulan yukarıdaki ilkelerle AİHM ve Yargıtay'ın -bu kararda da atıf yapılan- kararlarında gizli soruşturmacı aracılığıyla delil toplanması konusunda belirtilen ilkeler adli suçlarla ilgilidir.

Kararın gerekçesinde yer verilen, somut olaydaki yaptırım bakımından adil yargılanma hakkının incelenen başvuru yönünden uygulanabilir olduğu yönündeki tespit isabetli olsa da, Mahkememizin Anayasanın 38. maddesini istisnasız olarak idarî cezaları da kapsayacak genişlikte yorumladığı kararlarına ilişkin karşıoy gerekçelerimde ceza hukuku güvenceleri bakımından belirttiğim üzere, idarî cezalarda ve özellikle kabahatlerde adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin de ceza hukuku anlamında suç isnadı altında bulunanlarla aynı ölçüde olmadığı kabul edilmesi gerekir.

Buna uygun olarak, kolluk görevlilerinin veya onların isteğiyle müdahil olan kişilerin, insanları fiili işlemeye azmettirecek şekilde kısırtmaları ya da iradelerini

sakatlayacak müdahalelerle bunu sağlamaları hâlinde benzer ilkelerin idarî suçlar için de geçerli olması gerektiğinde kuşku bulunmamakla birlikte, özellikle kabahatler bakımından bunun ölçüsü ve uygulanma şartlarının adli suçlarla aynı olması gerektiği söylenemez.

Öncelikle, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda cürümlerle birlikte suç olarak düzenlenen kabahatlere -2005 yılında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmeyerek- bunların 5326 sayılı Kabahatler Kanununda idarî suç olarak düzenlenmesiyle ayrı usul ve esaslara ve kanun yollarına tâbi kılındığı belirtilmelidir. Kabahatlere ilişkin olarak yaptırım uygulanmasını da, bunların hukukilik denetimini de Türk Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında bir yargılama faaliyeti olarak değerlendirmemek gerekir (Ersan Şen, Kabahatler Kanunu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri ile ilişkisi, <https://jurix.com.tr/article/2945>, s. 2).

İdarî cezalarda uygulanacak çekirdek ceza hukuku güvencelerinin başında ilke olarak soruşturma yapılması ve savunma alınması gelmektedir. Ancak, kabahatlerde toplum düzeninin aksamaması ve bozulan düzenin bir an önce tekrar kurulması için fiilin karşılığı olan idarî cezanın hiç beklemeden verilmesi gerektiğinden, soruşturma yapılması ve savunma alınması zorunlu değildir (Ali D. Ufusoğlu, İdarî Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 48, 50 ve 53). Mevzuata aykırı fiil işlenir işlenmez kamu görevlilerince olay yerinde tutanak düzenlenerek durumun tespit edilmesi soruşturma yerine geçmediğinden (Ufusoğlu, age., s. 50), bu işlemin soruşturma: işlemi yapan kamu görevlisinin soruşturmacı (veya gizli soruşturmacı) olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

Bu nedenle çoğunluğun kararında yer verilen, somut olaydaki kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak değerlendirilmesine ve bunun kanunî dayanağının bulunmadığına (§ 47) ilişkin görüşe katılmıyorum.

Diğer taraftan, adli suçlarda kısırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı ile ilgili olarak aranan güvencelerin temel sebeplerinden biri, bu kişilerin provokasyonuyla suç işleyen failin iradesinin etkilenmiş olması, başka bir ifadeyle meselenin suçun manevî unsuruna ilişkin olmasıdır. Oysa kabahatler de dahil olmak üzere idarî cezalar için ceza hukukunun kast ve taksirle ilişkin kuralları geçerli olmadığından (Ufusoğlu, age., s. 49), kabahat oluşturan norm ihlalinin kasıt veya taksirle işlenip işlenmediğinin kabahatin oluşması bakımından herhangi bir önemi yoktur (Ufusoğlu, age., s. 99).

Bu çerçevede, kabahat oluşturan fiillerin ve cezalarının ilan edilmeleri suretiyle önceden bilinmeleri kaydıyla, bu fiillerin en azından taksirle işlendiği kabul edilir ve hata, hile, zorlama gibi nedenlerle iradenin sakatlanmış olması dışında mevzuatı ihlal eden fiilin işlenmesi hâlinde manevî unsur var sayıldığından ceza verilmesi için bilingsiz taksir bile yeterlidir (Ufusoğlu, age., s. 99-100).

Bu ilkenin sonucu olarak, suçun maddî unsurunu kanıtlama yükümlülüğünün idarede olmasına karşılık bu karine sebebiyle, manevî unsurun bulunmadığını yani söz konusu fiili hata, hile, şiddet ve tehdit gibi sebeplerle işlediğini kanıtlama yükümlülüğü suçlanan kişiye aittir (Ufusoğlu, age., s.100)

Çoğunluğun kararında kolluk görevlisinin, alkollü içki dışında ürünler de satılan işyerinde yalnızca edilgen bir şekilde inceleme yapmakla sınırlı kalmadığı ve söz konusu kabahatin daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı hâlde kamu görevlisi eliyle kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği belirtilmekte ise de -yukarıda belirtildiği üzere-

başvurucunun anılan kabahati işleme yönünde bir iradesi olmadığı hâlde hata ile veya görevlinin hilesiyle ya da zorlamasıyla anılan fiili işlediğini kanıtlaması bir yana bu yönde bir iddiası dahi bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla, somut olayda, başvurucunun kolluk görevlisi tarafından şiddet ve tehdit gibi bir zorlamaya maruz kaldığı veya saatin farkında olmadan hata ile satış yaptığı yönünde bir savunması bulunmadığı gibi hile ile iradesinin sakatlandığına ilişkin iddiası da kolluk görevlisinin üç şişe bira isteyip 20 TL uzatması üzerine bu fiili işlediği ile sınırlıdır.

Başvurucu, belirtilen saatte (00.20'de) alkollü içki satışı yapmadıklarını savunmasına karşılık (§ 12), görevlinin alkollü içecek isteyip parasını uzatmasından ibaret olan hareketinin -sadece gece yarısı alkollü içki satışı yapılmasının yasak olduğunu belirtmesi yeterli iken- suç işlememe yönündeki iradesini nasıl bozduğunu; başka bir ifadeyle iradesinin nasıl sakatlandığını açıklamamış, hatta bu konuda soyut bir iddiada bile bulunmamıştır.

Başvurucunun sulh ceza hâkimliğine yaptığı itirazdan da, fiilin manevî unsurunun bulunmadığı ve hataya düşülerek veya kolluk görevlisinin hile ya da zorlamaya varan tertibi sonucunda işlendiği yönünde somut bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple olayda kamu görevlisinin gece yarısından sonra işyerine girip alkollü içecek isteyerek para uzatmasının, başvurucunun serbestçe karar verebilme iradesini ortadan kaldırdığı söylenemeyeceği gibi, hâkimlik kararlarında soyut iddia ile ilgili olarak ayrıntılı bir değerlendirme yapılması da beklenemez.

İhlal kararının gerekçesinde, başvurucunun işyerindeki alkollü içecekleri yasak olarak belirlenen saatlerde sattığı yönünde bir şüphenin bulunduğu somut biçimde gösterilemediği de belirtilmektedir. Bununla birlikte, alkollü içecek sattığı dışarıdan görülecek şekilde belli olan işyerinin gece 00.20'de faal olmasının anılan kabahat bakımından yeterli şüphe oluşturduğu ve tutanakta bu yönde bir ihbar alındığı belirtilmiş olmasa da görevli tarafından alkollü içecek istenmesine yol açtığı anlaşılmaktadır. Çoğunluğun şüpheye ilişkin kabulü, yasağın uygulandığı gece yarısından sonraki saatlerde söz konusu kabahatin işlendiğinin belirlenmesini neredeyse imkânsız kılar. AİHM de, suçun tespiti amacıyla kolluk görevlilerince bir iletişim servisine müşteri gibi telefon edilmesinin başvurucuyu kışkırtma (tuzağa düşürme) amacı taşımadığına ve görevlilerin zaten bu yönde bilgi sahibi olduklarına karar vermiştir (*Eurofinacom/Franson* [k.k.], B. No: 58753/00, 7/9/2004). Somut olayda da başvurucunun işyerine girerek alkollü içecek isteyen kolluk görevlisinin -kabahatin niteliği ile işyerinin görüntüsü ve saatle birlikte- anılan işyeriyle ilgili olarak sahibi olduğu bilgi şüphe duyması için yeterli görülmelidir.

Bu sebeplerle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği düşüncesiyle çoğunluğun ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

Gece vakti alkollü içki satışı yapıldığından bahisle uygulanan idari para cezasının kaldırılması istemiyle yapılan itirazın reddedilmesinin ardından yapılan başvuruda, hem eylemin tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvurucau kabahat işlemeye teşvik etmesi, hem de uygulanan idari para cezasına karşı yapılan itirazda bu hususun gözetilmemesi nedeniyle başvurucaunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karara aşağıda açıklanan gerekçelerle iştirak ediyoruz.

Somut olayda kolluk görevlilerince 18.11.2014 günün saat 00.20 civarında müşteri görünümünde sivil giyimli olarak başvurucaunun İstanbul'un Avcılar ilçesine bağlı Mustafakemalpaşa Mahallesi İstiklal Caddesi üzerinde bulunan ve alkollü içki satışı da yapılan kuruyemiş dükkânına gelmiş, dükkân içerisinde bulunan kişiden (bu kişinin başvurucau olup olmadığı tartışmalıdır) üç şişe bira istenmiş ve karşılığında seri numarası önceden alınmış 20 TL para uzatılmış, dükkân içindeki kişinin birayla birlikte para üstünü kamu görevlisine vermeye çalıştığı sırada söz konusu kamu görevlisince polis kimliği gösterilerek para geri alınıp konuya ilişkin tutanak düzenlenmiştir.

Tutanağın Tütün ve Alkol Piyasasını Düzenleme Kurumuna (Kurul) gönderilmesinin ardından da başvurucau adına, gece vakti alkollü içki satışı yaptığı gerekçesiyle 30.454 TL idari para cezası uygulanmıştır.

Kurul kararının gerekçesinde başvurucaunun söz konusu kabahati işlediğinin tespiti olarak kolluk görevlilerince düzenlenen tutanağın esas alındığı belirtilmiştir.

Başvurucau bu karara karşı Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) nezdinde itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde, yasak saatlerde alkollü içki satışı yapmadıkları ve aleyhe hiçbir ihbar olmadığı hâlde, polis memurunun haksız ve hukuka aykırı tutumuna bağlı olarak onun tuzağa düşürmesi sonucu sanki yasak saatlerde içki satışı yapıyorlarmış gibi bir durum oluşturulduğu, gizli soruşturmacı usulüyle delil oluşturulmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Hâkimlikçe itirazın reddine karar verilmiştir. 27.10.2016 tarihli kararın gerekçesinde, başvurucaunun kabul edilebilir geçerli bir itiraz nedeni sunmadığı ve düzenlenen resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin olmadığı belirtilmiştir.

Karara karşı, gizli soruşturmacı usulüyle delil toplanmasının hukuka aykırı olduğu, vergi kayıtlarının incelenmediği, polis memurlarının sicil numaralarını ihtiva etmemesi nedeniyle düzenlenen tutanağın delil kabiliyetinin bulunmadığı belirtilerek yapılan itiraz da Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğince, itiraza konu kararda usule ve kanuna aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar 21.11.2016 tarihlidir.

06.12.2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Başvuru dilekçesinde, kolluk görevlilerinin kabahate teşviki sonucu gerçekleşen olaya ilişkin olarak düzenlenen tutanağın delil teşkil edemeyeceği, böyle bir delilin kullanılmasını kamu yararı gerekçesinin dahi haklı kılmayacağı, ilgili kanunda yer verilmediği hâlde olayda kolluk görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak hareket ettiği, bu hususlar dikkate alınmadan verilen cezaya yapılan itirazın da hukuka aykırı olarak reddedildiği belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

Mahkememizce, somut olaydaki yaptırım adil yargılanma hakkı bağlamında *suç isnadı* niteliğinde sayılmış, dolayısıyla incelenen başvuru yönünden adil yargılanma hakkının uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir. Bu sonuca biz de katlıyoruz.

Ancak Sayın Emin Kuz'un karşı oyunda belirtildiği üzere adli suçlarla kabahatler hukuku kapsamında idari yaptırıma tabi tutulan eylemlerin hukuki nitelikleri ile bu eylemlerin idari yaptırıma tabi tutulma nedenleri birlikte gözetildiğinde, idari cezalarda ve özellikle kabahatlerde adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin, ceza hukuku anlamında suç isnadı altında bulunanlarla aynı ölçüde olmadığının kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

Dolayısıyla kolluk görevlilerinin veya onların isteğiyle müdahil olan kişilerin, üçüncü kişileri fiili işlemeye azmettirecek şekilde kısırtmaları ya da iradelerini sakatlayacak biçimde müdahalede bulunmaları şeklinde icra edilecek, kısırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı olarak veya benzer nitelikte nitelenebilecek uygulamaların ölçü ve uygulanma koşullarının, özellikle kabahatler bakımından adli suçlarla aynı olmaması gerekir.

Başvuru konusu olaya bu açıdan bakıldığında, kamu görevlilerince olay yerinde tutanak düzenlenmesinin soruşturma, bu işlemi yapan kamu görevlisinin de soruşturmacı (veya gizli soruşturmacı) olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte, başvuru tarafından sulh ceza hâkimliklerine yapılan itirazlarda ısrarla, taraflarınca yasak saatlerde alkollü içki satışı yapılmadığı ve aleyhe hiçbir ihbar olmadığı hâlde polis memurunun haksız ve hukuka aykırı tutumuna bağlı olarak onun tuzağa düşürmesi sonucu sanki yasak saatlerde içki satışı yapıyorlarmış gibi bir durum oluştuğu, gizli soruşturmacı usulüyle delil oluşturulduğu, bunun hukuka aykırı olduğu ileri sürülmesine karşın hâkimliklerce verilen kararlarda; herhangi bir şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda, kamu görevlileri aracılığıyla, *"suç işleyebileceği tahmin edilen"* kişilerin suç işlemesine imkân verebilecek bir ortam hazırlanmasının ve böylelikle kişilerin suç işlemesine imkân sağlanmasının hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve kabahatler hukuku bakımından ne anlama geldiği, bu bağlamda polis memurunun üstlendiği rolün, bu rolün etkisiyle meydana gelmiş olan eylemin kabahat olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi bakımından (maddi ve manevi unsur yönünden) nasıl dikkate alınması gerektiği, başvuru konusu cezaya esas alınan tutanağın kanuni bir temele dayanıp dayanmadığı, hukuka uygun olarak elde edilmiş bir delil sayılıp sayılamayacağı konularında hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. İtirazı inceleyen Hâkimliklerce, sadece resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin başvuru tarafından ileri sürülemediği belirtilerek, verilen kararlara söz konusu tutanak esas alınmış, kararlarda müdahalenin anayasal güvencelere uygun olup olmadığı tartışılmamıştır. Ayrıca olayda, başvuruca isnat edilen kabahatin işlendiğine ilişkin olarak, söz konusu tutanak dışında başkaca bir delil de ortaya konulmamıştır.

Öte yandan başvuruçunun avukatı tarafından dosyaya ibraz edilen belgelere göre, anılan avukatın başka bir müvekkili adına benzer bir olay nedeniyle uygulanan yaptırımın yapılan itiraz üzerine Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin (başvuruçu hakkında verdiği 27.10.2016 tarihli karardan yaklaşık 8 ay önce verdiği) 04.03.2016 tarih ve 2016/1986 Değişik İş sayılı kararı ile kaldırıldığı; kararın gerekçesinde "...Devletimizin görevi kişileri suça ya da kabahate teşvik etmek değil suç ve kabahatin önlenmesini sağlamaktır. Somut olayda polis memurları sivil kıyafetle müşteri olarak girip mütirize ait büfedden yasak saatte içki satın almış, sonrasında tutanak tutmuş, CMK'nun 139. Maddesinde hüküm altına alınan ve uygulanması için ağır şartlar aranan gizli soruşturması gibi davranmışlardır. Kabahatler Kanununun 22/4, 28/5 maddeleri de kıyasen değerlendirildiğinde Kabahatler Kanununda açıkça yazmayan hükümlere CMK uygulanması olağandır. Bu itibarla mahkememizce yasak delil niteliğinde olduğu kanaatine varılan delillere dayanarak idari yaptırım kararı tesis edilemeyeceğinden itirazın kabulüne karar [verildi]." değerlendirmelerine yer verildiği; bu karara yapılan itirazın da Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin (başvuruçu hakkında verdiği 21.11.2016 tarihli karardan yaklaşık 8 ay önce verdiği) 01.04.2016 tarihli ve 2016/2833 Değişik İş sayılı kararı ile reddedildiği; somut başvuruya konu olayda (04.03.2016 ve 01.04.2016 tarihli) anılan kararlarında yer verilen görüşlerden niçin ayrıldıklarına ilişkin bir gerekçeye ise yer vermedikleri anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, kabahatlerin ortaya çıkarılmasının güçlüğüne ve bu görevin kamu yararı bakımından taşıdığı öneme rağmen somut olayda başvuruçunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Recai AKYEL

KARŞIOY

1. Anayasa Mahkemesi'nin sayın çoğunluğu başvurusunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyetine uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kabul edilebilir olduğuna karar vererek ihlal kararı verilmiştir. Aşağıdaki açıkladığımız gerekçelerle mahkemenin kararına katılmadık.

2. Olay ve olgular mahkemenin kararında özetlenmiştir.

3. Gizli soruşturmacı usulü CMK 139. Maddesinde düzenlenen kanunda belirlenen suçlar açısından kanundaki usul ve yöntemlere uygun olarak belirlenen usulde delil elde etmek amacıyla başvuru bir yöntemdir.

4. Mahkememizin bu dosyada özetlenen Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 21/05/2013 tarihli ve E.2013/5397 K.2013/15729 özetle mevcut olan bir soruşturmada suçun ortaya çıkarılmasını sağlaması için görevlilerinin faaliyette bulunmalarının mümkün olduğu ancak, devlet organlarının bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp cezalandırılmak istenilmeyeceğini suç işleme düşüncesi olmayan kişilerin tahrik edilerek duygularından yararlanılarak suçüstü yakalamak amacıyla delil elde edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10/01/2019 tarih E. 2016/17207, k.2019/1034 sayılı kararında gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli önceden fail de bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak fail suç işlemeye azmettirilmemeli şeklindedir.

5. Somut olay incelendiğinde 18/11/2014 tarihinde saat 00.20 sıralarında açık bir şekilde müşterilere hizmet veren bir işyerine gelen kamu görevlisi polis memuru daha önceden seri numarasını tespit ettiği parayı uzatarak alkollü içki satın almıştır. Sonradan yaptığı bu işlemi tutanak düzenleyerek idari para cezası uygulamıştır.

6. Başvuruya konu olay incelendiğinde kanuni usule uygun olarak tayin edilmiş gizli bir soruşturmacı yoktur. Kaldı ki tespiti yapan kamu görevlisinin böyle bir amacı olduğu da söylenemez. Zaten olayın niteliği gereği gizli soruşturmacı usulü ile delil elde edilmesini gerektiren bir suç ta yoktur. Bu nedenle başvuruya konu somut davadaki delilin gizli soruşturmacı yöntemiyle elde edildiği söylenemez.

7. Kamu görevlisi polis memuru zaten açık olarak müşterilere hizmet veren işyerinden saat itibarıyla satış yasak alkollü içki alınması olayını tutanak altına alarak yapılan satış işlemi tespit ettirmiştir. İşyeri kapalı iken açtırmamıştır. Failin iradesini etkilemeye yönelik herhangi bir hileli ve özendirici bir davranış içerisinde bulunmamıştır. Polis memurunun yaptığı işlem var olan ve yapılan bir eylemin tespit edilmesi işlemidir. Görevlinin kendince seri numarasını aldığı paranın işlemde kullanılması failin özendirilecek iradesini etkileyecek bir davranış değildir. Seri numaraları alınmış para vakanın ispatında temel unsur değildir. Görevli polis memurunun açık olan işyerinin yasak saatte satış yapılmasını tespitine ilişkin tutanak vakanın ispatı için yeterlidir.

8. Kaldı ki, kabahat oluşturan fiillerin suçun manevi unsuru olan kast ve taksire ilişkin kuralları geçerli değildir Kabahati oluşturan fiilin kasıt veya taksirle işlenip işlenmediğini kabahatin oluşması açısından herhangi bir önemi yoktur.

9. Başvuruya konu olayın kamu görevlisi polis memurunun kışkırtması ile gerçekleşmediği zaten açık olan işyerinden yasak saatte yapılan içki satışının tespiti ilişkin bir işlem olduğu bunun sonucunda idari para cezası uygulandığı açıktır. Bu nedenlerle mahkememizin Yargıtay kararlarında bozmaya konu edilen failin iradesine etkilemeye yönelik olarak kabulü ve sulh ceza mahkemesinin bu konuda değerlendirme yapmadığı düşüncesine katılmıyoruz. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararları olayın niteliği ve belirttiğimiz çerçevede gerçekleşmesi sebebiyle somut başvuruda uygulanma imkanı yoktur.

10. Açıkladığımız gerekçelerle başvurunun başvuru yolları tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmesi gerektiği görüşüyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmadık.

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ