



CROSSBORDERJURISTS (SINIR AŞAN HUKUKÇULAR) DERNEĞİ
HUKUKSUZLUKLARI ARAŞTIRMA VE ANALİZ KURULU (HAAK)

SÜLEYMAN BOZOĐLU KARARI

(Başvuru Numarası: 2021/3)

Karar Tarihi: 25/10/2021

I. HAAK'ın YAPISI, İNCELEME KAPSAMI VE HAAK KARARLARI

A. HAAK'ın Yapısı

1. CrossborderJurists (Sınır Aşan Hukukçular) Derneği, hukukçular tarafından kurulmuş bir sivil toplum kuruluşudur.
2. Derneğin amacı Dernek Tüzüğü'nün 2.maddesi 1. bendinde ifade edildiği gibi *"insan hakları ihlallerini önlemeyi teşvik etmek; tüm ülkelerde ve toplumlarda evrensel olarak tanınan temel hakların geliştirilmesine ve desteklenmesine yardımcı olmak; hukuk sistemlerine ilişkin uluslararası anlayışın ve karşılıklı bilginin geliştirilmesi, yasal faaliyet alanlarındaki hukuk uygulamalarının yanı sıra bilim ve araştırma, eğitim ve öğretimin teşvik edilmesi ve dünya çapında hukukçular arasındaki ilişkilerin sürdürülmesi"* şeklindedir.

Aynı maddenin ikinci bendinde ise bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için *"üçüncü gerçek veya tüzel kişilerin talebi üzerine bilimsel rapor ve analizler ile hukuki görüşlerin sunulması"* ilkesi benimsenmiştir.

3. Dernek Tüzüğü'nün 10. Bölüm 5. Maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak dernek bünyesinde Hukuksuzlukları Araştırma ve Analiz Kurulu (HAAK) kurulmuştur.

B. HAAK Değerlendirme Raporları

4. HAAK incelemesi yazılı usule tabidir. HAAK incelemesinin amacı, hukuka aykırı yargı kararları ve sorumlularını tespit etmekle birlikte bu incelemenin süratli bir şekilde yapılabilmesini sağlamaktır. Aynı maddeye göre, **HAAK değerlendirme raporları yargısal veya icrai bir etkiye sahip olmayıp, konunun süratle ve uzmanlarca incelenmesini müteakip hazırlanan bir mütalaa hüviyetindedirler.** Değerlendirme raporları, başvuru kişinin isminin gizli veya açık olması yolundaki talebi de göz önüne alınmak suretiyle dernek web sitesinde yayınlanır ve çeşitli vasıtalarla duyurulur.

II. BAŞVURUNUN KONUSU

5. Başvuru, başvuru hakkındaki kamu görevinden ihraç edilme işlemi ve bu işleme karşı açılan davada verilen yargı kararının ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğu, gerek işlemin tesisi ve gerekse yargılama sürecinde görev alan şahıslar tarafından haklarının ihlal edildiğinden bahisle söz konusu şahısların olaydaki hukuksal sorumluluk durumlarının belirlenmesi talebine ilişkindir.

III. BAŞVURU SÜRECİ

6. Başvuru formu ve ekleri ile kişisel verilere ilişkin rıza beyanının alınması üzerine başvuru dosyası, belgeleri incelemek ve eksik hususların giderilmesi amacıyla Derneğimiz üye ve gönüllüleri arasından seçilen bir uzman raportöre iletilmiştir.

7. Başvuru dosyası, raportör tarafından yapılan esasa ilişkin inceleme neticesinde hazırlanan raporla birlikte kurula sunulmuştur.

IV. İNCELEME PLANI

8. HAAK Kurulu tarafından dosya üzerinde ön görüşme gerçekleştirilerek İnceleme Planı hususunda karar verilmiştir. Buna göre sırasıyla;
 - Eldeki belgelerin kanaat oluşturmaya yeterli olup olmadığının incelenmesi, yeterli olduğuna kanaat getirildiği takdirde sonraki bende geçilmesi,
 - Yargısal Kararda hukuksal isabet bulunup bulunmadığının incelenmesi, hukuksal isabet bulunmadığı tespit edildiği takdirde sonraki bende geçilmesi,
 - Hukuka aykırı yargısal karar ve dayanağı işlemlerde dahli bulunanların idari, tazmini ve cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığının incelenmesi

Hususlarında görüş birliğine varılmıştır.

V. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:
10. 15 Temmuz 2016 tarihi akşam saatlerinde Türkiye’de bir askeri darbe teşebbüsü vuku bulmuştur.
11. Anılan tarih itibarıyla başvurucu Yargıtay Tetkik Hakimi (Yargıç)’dir. Ancak hakkında soruşturmanın başlatıldığı tarih öncesinde ve bu tarihte başvurucu çocuklarının rahatsızlıkları nedeniyle aylıksız olarak izinlidir.
12. Aynı gece Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, başvurucunun da içerisinde bulunduğu 2745 hakim-savcı hakkında Darbeye Teşebbüs ve Terör Örgütü Üyeliği suçlarından ötürü ceza soruşturması başlatılmıştır.
13. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından ertesi gün öğle saatlerinde yapılan toplantıda başvurucunun da içerisinde bulunduğu 2745 hakim-savcı hakkında Görevden Uzaklaştırma kararı verilmiştir.
14. Bu karar üzerine Başvurucu gözaltına alınmış ve bilahare tutuklanarak cezaevine konulmuştur.
15. 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye genelinde Olağanüstü Hal (OHAL) ilan edilmiş ve Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) yayımlanmaya başlanmıştır.
16. 23 Temmuz 2016 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından 667 sayılı KHK yayımlanmış ve aynı tarihte Türkiye Cumhuriyeti tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine, Türkiye’de 21/07/2016 tarihinde olağanüstü hâlin yürürlüğe girmesiyle birlikte başlayan süreçte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş

Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülükler bağlamında daha az güvence sağlanabileceği belirtilerek derogasyon bildiriminde bulunulmuştur.

17. HSYK tarafından alınan 24.08.2016 tarihli karar ile 2847 hakim ve savcı hakkında "meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına" karar verilmiş, karara ekli listede başvurusunun ismi de yer almıştır.
18. Bu karara karşı başvuru tarafından yapılan itiraz HSYK Genel Kurulunun 29.11.2016 tarihli kararı ile reddedilmiştir.
19. Bunun üzerine başvuru tarafından her iki HSYK kararına karşı Şubat/2017 tarihinde Danıştay 5. Dairesinde iptal ve tam yargı davası açılmıştır.
20. Dosyayı inceleyen Danıştay Savcısı tarafından davanın reddi gerektiği mütalaa edilmiştir.
21. Dosyayı inceleyerek Danıştay Daire Heyetine raporte etmekle görevli Tetkik Hakimi tarafından "Davanın reddi gerektiği düşünülmüştür" şeklindeki düşünce ile dosya Danıştay Daire Heyetine arz edilmiştir.
22. Danıştay 5. Dairesinin 16.06.2021 tarih ve E:2017/2063, K:2021/2051 sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmesi üzerine başvuru tarafından Kurulumuza müracaat edilmiştir.

VI. ELDEKİ BELGELERİN GÖRÜŞ BELİRTMEYE YETERLİ OLUP OLMADIĞI HUSUSUNDA İNCELEME

23. Kurulumuz'un 22/10/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru formu, Danıştay Kararı, dava dilekçesi, HSYK'nın görevden uzaklaştırma kararı, HSYK'nın meslekten çıkarma kararı, HSYK'nın itirazın reddine yönelik kararı, davacı tarafından sunulan meslek hayatına, sicil ve disiplin durumuna ilişkin beyan ve belgeler ile dosyadaki sair belgelerin incelenmesinden, dosya muhteviyatının, Kurulumuz tarafından başvuru hakkında görüş belirtmeye yeterli olduğuna karar verilerek başvuru incelenip işin esasına geçilmiştir.

VII. YARGI KARARININ HUKUKA UYGUNLUĞUNUN İNCELENMESİ

A. Yargı Kararının Özeti

24. Danıştay 5. Dairesinin 16.06.2021 tarih ve E:2017/2063, K:2021/2051 sayılı kararı ile davanın reddine karar verilmiştir. Karar incelendiğinde, darbe girişiminin FETÖ olarak adlandırılan terör örgütü tarafından gerçekleştirildiğine yönelik ulusal mahkeme kararlarından bahsedildikten sonra, bu mahkeme kararları ve bu dosyalarda yer alan ifadelerden hareketle anılan örgüt bünyesinde bir Yargı Yapılanmasının da bulunduğu, başvurusunun da bu yapılanma ile iltisak ve irtibatlı olduğu, Danıştay önündeki yargılamanın adil olarak gerçekleştirildiği, başvurucuya

yargılamada bazı usuli kolaylıkların da sağlandığından bahisle davanın reddedildiği görülmektedir.

- 25.** İncelenen Danıştay Kararında, başvuru konusunun söz konusu yapılanma ile iltisak ve irtibatlı olduğu sonucuna varılmasına dayanak olarak sırasıyla;
- Bylock isimli iletişim uygulamasını kullandığına ilişkin bilgiler,
 - Birisi gizli olmak üzere iki tanığın davacı hakkındaki beyanları,
 - YARSAV isimli sivil toplum kuruluşuna üyeliğinin bulunması ve bu Derneğin yönetim kurulu üyesi olması,
 - Ankara 15. Ağır Ceza Mahkemesince terör örgütü üyeliği suçundan dolayı başvuru hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olması,

Olduğu görülmektedir.

B. İlgili Hukuk Kuralları

a. Anayasa

- 26.** Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu vurgulanmış ve bu husus Cumhuriyetin Nitelikleri arasında sayılmıştır.
- 27.** 20/1. Maddesi: “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”
- 28.** 22/1. Maddesi : “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.”
- 29.** 33/1. Maddesi: “Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.”
- 30.** 129/2. Maddesi: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.”
- 31.** “Hakimlik ve Savcılık Teminatı” başlıklı 139. Maddesi: “Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”
- 32.** Anayasanın “Hakimlik ve Savcılık Mesleği” başlıklı 140. Maddesi: “Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla

düzenlenir. Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir. Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, Resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.”

- 33.** Anayasa'nın 159. maddesinin (dava konusu işlemin tesis edildiği tarihteki haliyle) birinci fıkrası: “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.”

Aynı maddenin sekizinci fıkrası: “Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar...”

b. AİHS

- 34.** AİHS 6/1. maddesi: "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."

- 35.** AİHS 6/2. Maddesi : “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.”

- 36.** AİHS 6/3. maddesi: “Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek.

- 37.** AİHS 7/1. Maddesi: “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz.”

- 38.** AİHS 8. maddesi: “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 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.”

39. AİHS 11/1. Maddesi: "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."
40. AİHS'in 15. maddesi: "Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir."

Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

c. Kanun

41. 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi: "Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ...hâkim ve savcılar hakkında hâkimler ve savcılar yüksek kurulu genel kurulunca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir. Bu kararlar, Resmî Gazete'de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı ilgili kanunlarda yer alan hükümler uyarınca itiraz edilmesi veya yeniden inceleme talebinde bulunulması üzerine verilen kararlar da Resmî Gazete'de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır. Görevden uzaklaştırılanlar veya görevlerine son verilenlerin silah ruhsatları ve pasaportları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilir. Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler hakkında da 4 üncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanır."
42. Aynı KHK'nın 4. maddesinin ikinci fıkrası: "Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkrada sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır."
43. 6087 sayılı (idari işlemin tesis edildiği tarihteki adıyla) Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 3. Maddesi: "...Kurulun Başkanı, Bakandır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir...Kurul, görevlerini yerine getirirken ve yetkilerini kullanırken bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, Kurula emir ve talimat veremez.Kurul,

mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik ve savcılık teminatı esaslarını gözeterek adalet, tarafsızlık, doğruluk ve dürüstlük, tutarlılık, eşitlik, ehliyet ve liyakat ilkeleri çerçevesinde görev yapar.”

44. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun “Hakimlik ve Savcılık Görevlerinin Sona Ermesi” başlıklı 53. Maddesi: Hakim ve savcılarının: a) Bu Kanun hükümlerine göre meslekten çıkarılmaları veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmesi, b) Haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunması halleri hariç olmak üzere, mesleğe alınma koşullarından herhangi birini taşımadıklarının sonradan anlaşılması, c) Görevdeyken, 8 inci maddenin (a), (d) ve (g) bentlerinde yazılı niteliklerden herhangi birini kaybetmeleri, d) Meslekten çekilmeleri veya çekilmiş sayılmaları, e) İstek, yaş haddi veya malullük nedenlerinden biriyle emekliye ayrılmaları, f) Ölümleri, Hallerinde görevleri sona erer.”
45. Aynı Kanunun 62. Maddesinde “meslekten çıkarma”, bir disiplin cezası olarak yer almıştır.
46. Aynı Kanunun 71/1. Maddesi: “Hakim ve savcılar hakkında, savunmaları alınmadan disiplin cezası verilemez.”
47. Aynı Kanunun 82. Maddesi: “Hakim ve savcılarının 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.”
48. Aynı Kanunun 87. Maddesi: “Hakim ve savcılar hakkında tamamlanan soruşturma evrakı Bakanlık Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilir. Bu Genel Müdürlük tarafından yapılacak inceleme sonunda düzenlenecek düşünce yazısı üzerine kovuşturma yapılmasına veya disiplin cezası uygulanmasına gerek olup olmadığı Bakanlıkça takdir edilerek evrak ilgili mercilere tevdi olunur veya işlem den kaldırılır.”

d. Hukuksal İlkeler

49. - Statü Hukuku İlkesi
 - Masumiyet Karinesi
 - Hakimlik Teminatı İlkesi
 - Adil Yargılama İlkesi
 - Silahların Eşitliği İlkesi
 - Suç ve cezaların geriye yürütülmemesi ilkesi

C. Yargı Kararının Hukuksal İnceleme ve Analizi

a. Danıştay kararında başvuruçunun terör ile irtibat ve iltisaklı olarak kabul edilmesine dayanak alınan sebeplerin hukuksal incelemesi

o Bylock İddiası

50. Danıştay kararında her ne kadar başvuruçunun Bylock isimli iletişim programını kullandığına ilişkin bilgilerin, başvuruçunun terör ile iltisaklı olduğu yolunda değerlendirildiği görülmekte ise de bu kabulde aşağıda belirtilen gerekçeler karşısında hukuki isabet bulunmadığı tespit edilmiştir.

51. Anayasamızın yukarıda yer verilen 22. Maddesi uyarınca herkesin haberleşme hürriyetine sahip bulunduğu, söz konusu uygulamanın da bir haberleşme programı olması nedeniyle, iletişim içeriklerinde terör örgütü ile bağlantıyı kanıtlayacak bir belirleme bulunmaması halinde salt bir iletişim uygulamasını kullanmak suç kapsamında kabul edilemez. Söz konusu kabul haberleşme hürriyetine aykırıdır. Kaldı ki, başvuru konusunun kullandığı iddia edilen iletişim programı ile ilgili olarak hiçbir iletişim içeriği mevcut değildir.
52. Başvurucu hakkındaki meslekten ihraç işleminin tesis edildiği tarihte, başvuru aleyhinde bir Bylock kullanım iddiası bulunmamaktadır. Bilindiği üzere idari işlemlerin yargısal denetimi, idari işlemin tesisi anındaki delillere ve o tarihteki mevzuata göre yapılması gerektiğinden, Danıştay kararında bu açıdan da isabet görülmemiştir.
53. Yargısal makamlar, istihbari verilere veya hukuka aykırı olarak elde edilmiş delilleri kararlarında kullanamaz ve kararlarında bu delillere dayanamazlar. Bylock verileri, açık kaynaklardan ulaşılabilecek bilgi, belge ve raporla ilgili resmi kurum görüş ve yazılarından da anlaşıldığı üzere ilgili yabancı devlette bulunan şirket sunucusundan hukuksuz yöntemler kullanılmak suretiyle ele geçirilmiştir. Yani sunucu internet hackerlığı (korsanlığı) vasıtasıyla kırılarak, tersine mühendislik, kod atma gibi yöntemlerle çalınmış olduğundan, hukuka aykırı ele geçirilen böyle bir verinin yargılamada delil olarak kullanılabilmesi Anayasa'nın 38 ve CMK'nın 206. maddelerine açıkça aykırıdır.
54. Öte yandan, Bylock programı ile ilgili olarak başvuru tarafından sunulan bilgi ve belgelerin değerlendirilmesinden, söz konusu verilerin Milli İstihbarat Teşkilatı tarafından elde edildiği, elde edilmeden önce mahkeme kararı alınmadığı, verinin bütünlüğünün bozulduğu, söz konusu verilerin başvuru konusunun davasını inceleyen Danıştay Dairesi tarafından bizzat incelenemediği hususları da dikkate alındığında, söz konusu verilerin delil değeri bulunmamaktadır.
55. 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na göre bir suçla ilgili olarak MİT'in sadece önleme amaçlı görevi mevcut olup, MİT'e delil toplama, adli mercilere bylock listesi hazırlama tarzı adli bir görev verilmemiştir. Kanun'un Ek 1. Maddesinde de MİT tarafından istihbari ve dinleme amaçlı yapılan tespit ve değerlendirme faaliyetleri neticesinde ele geçen bilgilerin CASUSLUK suçları hariç adli mercilerce istenemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca CMK 164. Maddesinde adli kolluk birimleri sayılmış, burada MİT'e yer verilmemiştir. Bu kanun hükümlerine rağmen, MİT'e Bylock delili toplattırılmış, listeler yaptırılmış, MİT bir adli kolluk birimi gibi kullanılmış, Danıştay gibi bir Yüksek Mahkeme tarafından da istihbari ve çalıntı bilgilere itibar edilmiştir.
56. AİHM 4. Dairesinin 28/04/2018 Tarihli Benedik & Slovenya kararı, Bylock nedeniyle mahkum edilenlerin, mahkumiyetlerinin haksızlığına bir emsal teşkil etmektedir. Kısaca kararın içeriğine bakarak değerlendirme yapmamız isabetli olacaktır. AİHM'in söz konusu kararında, davanın temeli; polisin, yasadışı olarak, yani mahkeme kararı olmadan internet servis sağlayıcısından başvuru konusunun kimliğinin ortaya çıkmasına neden olacak şekilde bilgi toplamasıdır. Başvurucu, tüm ülkelerde ağır bir suç sayılan "çocuk pornografisi" içeriklerini indirmekle suçlanmaktadır. (Burası çok önemlidir, zira böyle bir suçla rağmen, AİHM delillerin yasal olarak toplanmadığı için suçun

ağırlığını dikkate almamıştır) İsviçre polisi, yaptığı bir soruşturma sırasında, daha sonra başvuru ile bağlantılı olan bir dinamik IP adresi de tespit etmiş ve bu verileri Slovenya polisine iletmışlerdir. Slovenya polisi, bir mahkeme kararı almadan, Slovenya ISS (İnternet servis sağlayıcısı) şirketinden IP adresi tahsis edilen kişiye ait verileri bildirilmesini talep etmiş, İSS, IP adresiyle ilgili internet hizmetine abone olan başvuruçunun babasının adını ve adresini vermiştir ISS'den bu bilgileri alan Slovenya polisi, başta alınması gereken mahkeme kararını, ISS'den bilgileri aldıktan sonra yapmıştır. Polis, İSS'nin hem söz konusu IP adresi abonelinin kişisel bilgilerini ve bu IP adresine bağlı trafik verilerini verilmesini talep etmiştir. Alınan karar sonrası yapılan incelemede, başvuruçunun bilgisayarında, indirilen dosyalar arasında çocuk pornografisi tespit edilmiş ve başvuru hakkında dava açılmıştır. Açılan dava neticesinde, başvuru suçlu bulunmuş ve ceza almıştır. Yapılan itiraz ve temyiz talebi, İstinaf ve Yargıtay tarafından benzer gerekçelerle reddedilmiştir. Anayasa mahkemesine yapılan hak ihlali başvurusu da, mahkeme tarafından reddedilmiştir. Başvuru ve vekili ilk sorgudan itibaren her aşamada, ilgili IP adresi kullanıcısının kimliğine ilişkin delillerin yasa dışı bir şekilde yani mahkeme kararı olmadan elde edildiğini ifade etmişler fakat bu savunmaları mahkemelerce kabul görmemiştir. Başvuru, iç hukuk yollarını tükettikten sonra özellikle, Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca, polisin, yasadışı olarak internet servis sağlayıcısından kimliğinin ortaya çıkmasına neden olacak şekilde bilgi topladığından bahisle hak ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. AİHM öncelikle, başvuruçunun abonelik bilgilerinin ve bu bilgilere ulaşılmasını sağlayan dinamik IP lerin de kişisel veri kapsamında olduğunu, bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma ile bağlantılı olabilecek gizlilik konuları ile ilgili olduğunu kabul etmiştir. AİHM daha sonra dava konusu dinamik IP adresi ile ilişkili abone bilgilerinin mahkeme kararı olmadan polis tarafından elde edilmesini değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuruçunun özel hayatına saygı gösterilme hakkına yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki "yasaya uygunluk" koşulunu sağlamadığına ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Davanın bylock yargılamalarıyla ilgisine geçilir ise, Bylock'da ele geçirilen IP'ler, telefon ve ADSL bilgileri ve mesaj içerikleri hepsi kişisel veridir ve anayasal koruma altındadır. Bu verilere müdahale, özel hayatın gizliliğini ihlaldir. Anayasa ve kanunlarda öngörülen şartlar ve usullere göre yapılmayan her türlü müdahale özel hayatın gizliliğinin ihlali kapsamında suç teşkil eder. Bylock'la ilgili bilgiler, kişisel veri kapsamında olduğu için, AİHM'in belirttiği şekilde, bu verilerin yasanın aradığı şartlarda ve "YASAYA UYGUN" şekilde elde edilmeleri gerekir. Bylock verileri, CMK'da öngörülme, dahası uluslararası sözleşmelerde suç teşkil eden hackleme yoluyla elde edilmiştir. Bunların satın alındığı yönündeki açıklamalar, 95/46 Sayılı Veri Koruma Direktifine tabi bir AB üyesi olan Litvanya açısından mümkün değildir. Ayrıca Litvanya Meclisinde tutanaklara geçen beyanlarda, böyle bir durumun söz konusu olmadığı kayıtlara geçmiştir. Bu veriler adli yardımlaşma kapsamında da elde edilmemiştir. Zaten yüzbenden fazla kişiye ilişkin verilerin bu şekilde adli

yardımlaşma kapsamında paylaşılması hukuken de mümkün değildir. MİT kendi açıklamalarıyla bu verileri 8 aya yakın elinde tuttukten sonra adli makamlara teslim etmiştir. Öncesinde ve bunların adli makamlara teslimine kadar bir mahkeme kararı yoktur. MİT in bu verileri tesliminden sonra alınan bir mahkeme kararı vardır, fakat yukarıdaki davada olduğu gibi, bunun söz konusu "yasadıılığı" yasal hale getirmesi mümkün değildir. Alınan bu karar bile hukuken birçok yönden sakattır. Zira Mahkeme CMK 134'e göre karar vermiştir. Söz konusu Bylock verileri (mesaj içerikleri, IP ler vs) iletişimin tespiti kavramının kapsamında olması nedeniyle CMK'nın 135. maddesi uygulanması gerekmekte idi. Böyle olması da hiçbir şekilde bylock hukuksuzluğunu yasal hale getirmemektedir. Yukarıdaki davada, delil elde etmek için şartlar söz konusuydu. Zira ağır bir suç işlendiği şüphesi vardı. Fakat böyle bir suçun varlığına rağmen, yasaya uygun şekilde delil elde edilmediğinden mahkeme başvuruçuyu haklı bulmuştur. Bylock kullanıcılarının iddia edilen mesaj içeriklerinde bir suç işlendiğine ilişkin bir bilgi yok ise şu anlam çıkmaktadır. Tüm dünyada kullanılan herkese açık bir uygulamanın sadece indirilmiş olması bir suç teşkil etmemektedir. Bylock kullanımdan kaldırıldığında henüz ne darbe olmuş ne de iddia edilen yapının terör örgütü olduğuna ilişkin bir mahkeme kararı vardır. Yani bylock verilerinin yasaya aykırı şekilde elde edilmesinin yanında, bunların elde edilmesini haklı gösterecek nedenler de mevcut değildir. Sonuç olarak, bylock verileri, ne şartlar itibariyle ne de elde edilmiş şekliyle "yasaya uygunluk" kriterini taşımamaktadır. AİHM'in yukarıdaki kararı dikkate alındığında bylock nedeniyle verilen mahkumiyet kararları hak ihlali niteliğindedir. Bu mahkumiyetler nedeniyle ağır tazminatlar söz konusu olacağı gibi, bu mahkumiyetlere sebep olanlarında, cezai soruşturma ve kovuşturmalara karşı karşıya kalabilmeleri olasıdır.

57.Anayasa Mahkemesi de, Bylock ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda, söz konusu uygulamayı kullanmayı başlı başına bir delil olarak kabul etmemiş, bir "belirti" olarak saymış olmasına rağmen, incelenen kararda söz konusu uygulamanın kullanılması başvuruçunun hakimlik görevinden ihracına yeterli bir delil olarak kabul edilmiştir.

58.5651 sayılı Kanun'un 6/1-B maddesine göre GSM şirketleri kullanım trafiklerini en fazla 2 yıl saklayabileceklerken, başvuruçunun 2014 yılındaki iddiaya konu verilerinin 7 yıl sonra verilen kararda Danıştay tarafından esas alınması da ayrı bir hukuka aykırılıktır.

59.Kurulumuz, başvuruçunun hakkındaki Bylock iddiasının, başvuruçunun yargıçlık görevinden çıkarılmasının haklı dayanağı olarak kabul eden Danıştay kararının, hukuksal isabeti hakkında karar vermeden önce, başvuruçunun tarafından dosyaya sunulan ve Bylock uygulaması ile ilgili olarak Türk basınında çıkan haberlerin de incelenmesinin karara katkı sağlayacağı görüşündedir. Bu haberler, özet itibarıyla aşağıdaki şekildedir:

60. Bylock Listesinde Kafa Karışıklığı: Bylock ile ilgili soruşturmalarda 24 Aralık 2014 “milat” olarak belirlendi. Bu tarihten önce bylock’un referans programı olmaması ve “Asfalt” adlı bir oyunun arayüzü olarak ekrana yansmasıyla herkes tarafından kolaylıkla indirilebilmesi nedeniyle bu tarihin milat olarak seçildiği belirtiliyor. Bu tarihten sonra telefonlara yapılan program yüklemelerinin ise daha önceki gibi “masum” olmadığı savunuluyor. Çünkü bu tarihten sonra FETÖ’nün, asıl veritabanı Kanada’da olan programı Türkçe’ye güncelleyip cemaat üyelerinin kullanmasını sağladığı ifade ediliyor. Bu çerçevede, darbe soruşturmaları ile bağlantılı olarak yürütülen bylock soruşturmalarının omurgasını MİT’ten gelen listeler oluşturdu. MİT, 53 bin kişilik listeyi ilgili devlet kurumlarına gönderdi. Bu listelerde, programı akıllı cep telefonlarına indirip kullananlar “kırmızı”, “turuncu”, “mavi” ve “beyaz” renklerle sınıflandırıldı. Kırmızı, uygulamayı indirip sıkça bu sistem üzerinden haberleşenleri, turuncu, uygulamayı indiren ama belirli aralıklarla kullananları, mavi, uygulamayı indiren ama sıkça kullanmayanları, beyaz ise bağlantısı olup takip edilmesi gerekenler olarak tanımlandı”.¹

61. Başbakan Binali Yıldırım, “Bir GSM şirketinin IP’leri üzerinde oynandığını (AVEA’dan bahsediyor) ve bylock kullanmıyorsa bile o kişinin bylock kullanıyor gibi görüldüğünü tespit ettik” dedi.²

62. Bylock Programının Hak Sahibi David Keynes İle Röportaj: Bylock programının Appstore’daki hak sahibi David Keynes ile Hürriyet Gazetesi muhabiri İsmail Saymaz, New York’a giderek bir röportaj yaptı. Bu röportajda Keynes, “Programın hak sahibiyim, 600 bin kullanıcısı var, bunların çoğunluğu Türkiye, Suudi Arabistan ve İran’dan. Programı kullananların % 90’ının cemaatle ilgisi olduğunu düşünüyorum. Kırılması kolay, basit bir programdı. Amerika’daki cemaatçilere sordum, birbirimize dua gönderiyoruz dediler. 2016 Haziran ayından 7 Ağustos’a kadar (15 Temmuz dahil) Türkiye’de idim, MİT de dahil olmak üzere hiçbir devlet kurumu şu ana kadar benden bilgi-belge talebinde bulunmadı. İçeriğin başkalarının eline geçmesinden dolayı Baltık server şirketine dava açacağım” dedi.³

63. 125 milletvekilinde Bylock var, 82’si AKP, 43’ü muhalefet.⁴

64. Cumhuriyet Halk Partisi (Anamuhalefet) lideri Kemal Kılıçdaroğlu, “MİT, Bylock listelerinin bir kısmını “süzerek” ilgili birimlere gönderiyor, tamamını göndermiyor, çünkü server’da hükümet milletvekillerinin de isimleri var. Bu

¹ 3.10.2016, Milliyet, Tolga Şardan’ın köşesi

² 24.10.2016, Ak Parti Afyon Kampı, Milliyet, s.15, Hürriyet Gazetesi

³ 24.10.2016, Hürriyet, MANŞET

⁴ 27.10.2016, Aydınlık Gazetesi

server bilgilerinin bağımsız bir kuruluş tarafından açıklanması, incelenmesi gerekir” dedi.⁵

65.AKP milletvekili ve Darbeyi Araştırma Komisyonu Başkan Vekili Selçuk Özdağ, “Bylock kullanmak ölçü değil, 3 yıldır masonlar da kullanıyormuş, Bylock ile ne yaptığın önemli” dedi.⁶

66.Uluslar arası Ceza Mahkemesi Yargıcı Aydın Sefa AKAY; 28.9.2016 tarihinde, Bylock kullandığı gerekçesiyle, Ankara 2. Sulh Ceza Hakimliği kararıyla tutuklandı. Akay ifadesinde, “Mason olduğunu, 2015 Aralık’ta Google Play Store’dan Bylock’u indirdiğini, 3-4 ay Burkina Faso Dışişleri Bakanı ve bir başka şahısla (ismini veriyor) daha iletişim kurduğunu, kendisinin FETÖ’cü değil mason olduğunu” ifade etti.⁷

67.Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan, Özbekistan ziyareti dönüşü uçakta, “Bylock bal gibi de var. **Yüzde on (% 10)** hata payı bile olsa, yapılan iş neticesinde çok ciddi kişiler yakayı ele verdi” dedi.⁸

68.TÜBİTAK Başkanı Arif Ergin, Bylock hakkında açıklamalarda bulundu. Programın 2013 yılından itibaren herkes tarafından indirilebilir bir program olduğunu, 2015 yılı başından itibaren indirilebilirliğine son verilerek yalnızca bir başka cihazdan yükleme yoluyla kullanılabildiğini ve bu şekilde yüklenebildiğini tespit ettiklerini söyledi.⁹

69.Başbakan Binali Yıldırım, gazete ve internet haber sitelerinin genel yayın yönetmenleriyle yaptığı toplantıda: “Gelen Bylock listeleri hakkında işlem yapılıyor. Kaynağı istihbarat. MİT’in bildirdiği isimlere işlem yapılıyor” dedi.¹⁰

70.MİT’in, kendi bünyesindeki Bylock kullanıcıları ile ilgili hazırladığı rapor, FETÖ Çatı Davası dosyasına girdi. O raporda, 7 eski MİT mensubu hakkında aynen şöyle deniliyor: “Bylock programını kullandığı tespit edilen eski personellerden FETÖ ile irtibat-iltisaklı olmakla birlikte, örgüt mensubu olduklarına dair yeterli kanaat oluşmadığından, haklarında suç duyurusunda bulunulmamıştır”.¹¹

⁵28.10.2016, Habertürk TV, saat 11.00, 29.10.2016 tarihli Milliyet Gazetesi

⁶29.10.2016, Milliyet

⁷11.11.2016, Hürriyet

⁸20.11.2016, Milliyet, s.20

⁹16.1.2017, Hürriyet, s.12

¹⁰23.2.2017, Hürriyet, s.22

¹¹3.6.2017, Cumhuriyet, s.10

71.Saadet Partisi Genel Başkanı Temel Karamollaoğlu: “Bylock ’ta hangi noktalarda hatalar yapıldığını bilmeyen kalmadı. Herhangi bir telefonda Bylock bulunduğunuz zaman bu, o kişinin telefonunu Bylock üzerinden kullandığı anlamına gelmez diyor ilim adamları. Ama ceza vermek isteyenlerin umurunda değil. Biz karar verdik, kimin telefonunda Bylock çıktıysa hapse atarız diyorlar. Bunu kâmil manada uygulasinlar, Ak Parti'nin % 60'sı hapse girer” dedi. ¹²

72.Balyoz ve Ergenekon kumpaslarında FETÖ'nün ürettiği delillerin sahteliğini ortaya çıkaran bilirkişiler Tuncay Beşikçi ve Koray Peksayar, Bylock tuzağını da çözdüler. MOR BEYİN isimli platform içindeki uygulamaları indirenlerin de Bylock kullanmış gibi görüldüğünü ortaya çıkartılar. Bilirkişi Peksayar “MİT tarafından hazırlanan Bylock Raporu'nda çelişkili IP adreslerinin yer aldığını, web siteleri üzerinde gizlenmiş onlarca başka web sitesi adreslerinin bulunabileceğini, *yalnızca belirli adreslere bağlantı kurulması nedeniyle kişilerin Bylock kullanıcısı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını*” söyledi. ¹³

73.Bylock tahliyeleri başladı. Bilirkişilerin ortaya çıkardığı 11.480 kişinin Bylock kullanmadığı halde kullanmış gibi görüldüğü yolundaki tespit üzerine güncellenen Bylock listesinden isimleri çıkarılanlar tahliye edilmeye başlandı. (1.000 civarında kişi tahliye edilmiştir.)¹⁴

74.MİT tarafından Ankara C. Başsavcılığına gönderilen Bylock ana listesinde kendi ve ağabeyinin adını gören zabıt kâtibi, listeyi değiştirdi. İfadesinde, kendisi ve ağabeyinin Bylock kullanmamasına rağmen listede adları olduğunu görünce, mağdur olmamak için listeyi değiştirdiğini ifade etti. Zabıt katibi Emre Ş., silahlı terör örgütüne üye olma ve suç delillerini yok etme suçlarından toplam 10.5 yıl hapis cezasına çarptırıldı. ¹⁵

75.Milletvekili Erdal Aksünger, Mor Beyin tuzağıyla telefonuna Bylock yüklendiği ortaya çıkan 11.480 kişinin, “buzdağının görünen yüzü” olduğunu söyledi. CHP Genel Başkan Yardımcısı ve aynı zamanda da bilişim uzmanı olan Aksünger, “Mor Beyin olayı buzdağının görünen kısmı. Henüz burada uzaktan yüklenmiş olanlara, wi-fi paylaşımı nedeniyle listelere girenlere, uygulama marketlerden kendisi görüp yükleyenlere” dair bir düzeltme yok. 70 yaşında, akıllı telefonu bile bulunmayan amcalar bu listelere nasıl girdi, halen ortaya çıkmış değil” dedi. Aksünger, 3 Ocak 2018 tarihinde sunduğu Bylock ile

¹²2.10.2017, Sözcü Gazetesi, s.4

¹³29.12.2017, Sözcü Gazetesi, s.13

¹⁴Sözcü, 29.12.2017, s.13

¹⁵29.12.2017, Sözcü, s.13

ilgili raporda, “Savcılıklara gönderilen listelerde, kayıtların istihbari tespit olduğu ve delil niteliği taşımadığı ibaresi bulunuyordu. Yani emsilet birimleri, sunulan bu listelerle suçlama yapılamayacağını açık bir şekilde bildirmişlerdi. Listelerin Bylock sunucusundan değil, Türkiye’deki Telekom operatörlerinden IP logları istenerek oluşturulduğunu sürekli dile getirdik. Mor Beyin konusu bu düşüncemizi doğrular niteliktedir” değerlendirmesinde bulundu.¹⁶

76. Avrupa Birliği (AB) Terörle Mücadele Korodinatörü Gilles de Kerchove, AB’nin, Türkiye’nin, Fethullah Gülen hareketinin terör örgütü olduğu görüşünü paylaşmadığını söyledi. AB’nin bu duruşunu değiştirmesi için somut kanıtlar sunulması gerektiğini belirten Kerchove, “FETÖ’yü bir terör örgütü olarak görmüyoruz ve AB’nin yakın zamanda bu görüşünü değiştireceğini de düşünmüyorum” dedi. Türkiye’nin darbe girişimiyle bağlantılı oldukları iddiasıyla bazı AB ülkelerinden belirli kişilerin iadesini istemesiyle ilgili de konuşan Kerchove, “iade kararı üye ülkelerin elinde ve çoğu zaman bağımsız yargı güçlü kanıtlara ihtiyaç duyar. Bir telefon uygulaması indirmek gibi dolaylı (ikincil derecede) kanıtlara değil, darbe girişimiyle bağlantılı olduklarını gösteren somut, maddi kanıtlara ihtiyacımız var” diye konuştu. Habere veren Reuters Haber Ajansı, 15 Temmuz darbe girişiminden terör elebaşı Fethullah Gülen’i sorumlu tutan Türkiye hükümetinin, bu konuda AB ve ABD’nin Türkiye’ye yeterince destek vermemesinden şikayet ettiğini belirtti¹⁷.

77. Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü son raporunda, Türkiye’yi bir kez daha “dünyanın en büyük hapisanesi” ilan etti. Raporda ... “şifreli bir mesajlaşma uygulamasını kullanma iddiası bile terör suçlamasıyla gazetecilerin hapse atılmasına yetiyor” denildi¹⁸.

78. Yukarıda yer verilen haber ve bilgiler birlikte değerlendirildiğinde, Bylock uygulamasının bir iletişim programı olduğu, içeriğindeki mesajlarda başvuru ile kişiselleştirme yapılmak suretiyle terör bağlantısına dair bir mesajın içeriğinin tespit edilememesi karşısında başvuru aleyhinde kullanılmasının Haberleşme Hürriyeti ve Özel Hayata Saygı Hakkının ihlali neticesini doğuracağı, söz konusu delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi nedeniyle yargılamada kullanılabilmesinin mümkün olmadığı, meslekten çıkarmaya dair idari işlemde başvuru aleyhinde böyle bir iddiaya yer verilmediği ve anılan tarihte esasen başvuru aleyhinde böyle bir delilin de mevcut olmadığı, bu durumun aksini kabulün idari yargılamada onyıllardır muhkem şekilde uygulanan Statü Hukuku ilkesine aykırılık arz edeceği sonucuna varıldığından, başvuru hakkındaki Bylock programının kullanımına yönelik iddianın, Danıştay kararında başvurucaunun yargıçlık mesleğinden

¹⁶Hürriyet Gazetesi, 13.1.2018, s.16

¹⁷01.12.2017, Yeniçağ s.4, Habertürk s.13, Aydınlık s.10

¹⁸Cumhuriyet Gazetesi, 11.03.2018, s.13, Nilgün Cerrahoğlu’nun köşesi

çıkartılmasını haklı çıkartacak şekilde karara dayanak alınmasında hukuki isabet bulunmamaktadır.

○ **Başvurucu aleyhindeki tanık beyanları**

79. İdari yargıda yazılı yargılama usulü uygulanması nedeniyle tanık dinlenmesi mümkün olmasa da, idari yargı yerleri, adli yargı yerleri tarafından dinlenen tanıklara ilişkin ifade tutanaklarını ve idarelerin yaptıkları araştırma, inceleme ve soruşturmada aldıkları ifadeleri kararlarda hükme dayanak olarak alabilmektedirler.

80. Tanık, yargılamanın tarafı olmayan ve beş duyu ile elde ettiği bilgileri hâkim önünde anlatan kişidir. Tanık açıklamaları gerçek olması koşulu ile maddi gerçeğe ulaşma konusunda önemli bir yere sahiptir. Tanık beyanı ceza muhakemesinde en önemli delillerden biri olduğu gibi, özellikle disiplin dosyalarında idari yargıda da oldukça önemlidir. Ancak tanık beyanlarının doğruluğu titizlikle irdelenmelidir.

81. Ceza almama, daha az ceza alma gibi düzenlemelerin bulunduğu suçlarda itirafçı olan kişinin beyanı tek başına delil olarak kabul edilip mahkûmiyete esas alınması mümkün değildir. (AİHM Contrada- İtalya Kararı)

82. CMK'nın ifade alma ve sorguda yasak usuller başlıklı 148. Maddenin 2. Fıkrasında şüphelinin ifadesi alınması esnasında kanuna aykırı bir yarar vaat edilemeyeceği belirtilmiş aynı maddenin 3. Fıkrasında ise yasak usullerle elde edilmiş ifadelerin rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir. Somut olayda 15 Temmuz darbe girişiminden sonra tutuklanan hakim ve savcılarının itirafçı olmalarının teşvik etmek amacıyla HSYK Başkan Vekili tarafından itirafçıların tahliye edileceği, önemli bilgi verenlerin mesleğe dönme hususunun değerlendirileceği belirtilmiş, Mehmet Yılmaz'ın bu açıklamalarından sonra bazı hakim ve savcılar itirafçı olmuş Mehmet Yılmaz daha sonradan yaptığı açıklamada ise itirafçılardan mesleğe dönen olmadığını, itiraf elde etmek için bu yönde beyanda bulunduğunu beyan etmiştir.

83. Kişinin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağı gerek içi hukukta gerekse AİHM içtihatlarında açıkça belirtilmektedir. Darbe girişimi sonrası gözaltına alınıp sonrasında tutuklanan hâkim ve savcılarının serbest kalma ve tekrar mesleğe dönme vadiyle hem kendi aleyhine hem de diğer şüpheliler aleyhine ifadeye zorlandığı açıktır. AİHM'in kişinin kendi aleyhine ifadeye zorlandığında alınan ifadenin hem kendisi hem de ifadesinde belirttiği diğer kişiler için delil olarak kullanılamayacağı yolunda kararları mevcuttur.

84. Bu haliyle kanuna aykırı bir menfaat vaadi ile ifade veren tanıkların beyanları CMK'nın 148/3. Maddesi ve AİHM'nin kişinin kendi aleyhine tanıklığa zorlanamayacağı ilkesi doğrultusunda delil olarak kabul edilip hükme esas alınamaz.

- 85. AİHM, Cebetari kararında;** makul bir kuşku bulunmadan bir kimseden ikrar almak, başkaları aleyhine tanıklık yapmasını sağlamak veya makul kuşkuya zemin hazırlayacak olayları-bilgileri öğrenmek için kişiyi gözaltına almanın veya tutmanın mümkün olmadığını belirtmiştir.
- 86.** Başvurucu hakkındaki iki tanık ifadesinden birisinin gizli tanık ifadesi olması nedeniyle gizli tanık beyanının yargılamalarda kullanılabilmesine yönelik irdelenmenin de yapılması gerekmektedir.
- 87. AİHM, tanıktaki genel bir korkudan ötürü tanığın gizli olarak dinlenilmesini** kabul etmemektedir. (Al KhowaweTabery-İngiltere Karar).
- 88.** Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Ergenekon dosyası olarak bilinen davaya ilişkin bozma kararında da, gizli tanıktaki korkunun doğrudan doğruya sanık veya onun yakınlarından kaynaklı olması gerektiğini böyle bir somut korku nedeni yoksa tanığın korkusunun varlığının başka delillerle desteklenmesi gerektiğini; bunun için öncelikle tanığın ya da yakınlarının karşılaştığı somut tehdit ve baskıların kolluk görevlilerince belirlenip yetkili makama sunulması yetkili makamca da bu hususlar göz önünde tutularak tanığın korkularının yerinde olup olmadığının karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.
- 89.** Başvurucu hakkındaki Danıştay kararında başvurunun aleyhine olarak zikredilen iki tanığa ilişkin beyanlar, Danıştay kararının ilgili bölümü ve yukarıda belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesinden, Danıştay Dairesi tarafından söz konusu iki tanık beyanının sıhhatinin hiçbir şekilde incelenmediği ve irdelenmediği, gizli tanık dinleme şartlarının oluşup oluşmadığı yolunda hiçbir değerlendirme yapılmadığı, tanıkların menfaat vaadi veya zorlama neticesinde beyanda bulunup bulunmadıkları hususunda hukuksal inceleme yapılmadığı, Danıştay kararında tanık beyanlarına direkt olarak itibar edilmek suretiyle beyanların alınma usulü ve sıhhatinin araştırılmadığı, söz konusu tanık beyanlarının idari işlemde yer almadığı, idari işlemin tesisinden sonra ortaya çıkan beyanların neden hükme esas alındığı hususunda Danıştay kararında doyurucu hukuksal açıklama bulunmadığı, kararda bu sebeple gerekçe yönünden eksiklik söz konusu olduğu, ceza yargılamasında başvurunun **lehine** tanık dinleme yolundaki taleplerinin ceza mahkemesince gerekçesiz olarak reddedilmiş olması karşısında, başvurunun **aleyhindeki** tanık beyanlarının Danıştay Dairesi tarafından sorgulama ve araştırma yapılmaksızın kabulünün adil yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırılık arz ettiği sonucuna varıldığından, Danıştay karar gerekçesinin bu bölümünde de adil yargılama açısından eksiklik tespit edilmiş olduğundan kararın bu bölümünde hukuki isabet bulunmamaktadır.

○ **YARSAV Üyeliği**

- 90.** Yargıç olan başvurunun, yargı mensupları tarafından kurulan bir sivil toplum örgütüne üye olmasının, yönetim kurulu üyesi olarak seçilip görev almasının bir yüksek mahkeme tarafından başvurunun terör örgütü ile iltisakına ve

meslekten çıkarılmasına delil olarak kabul edilebilmesi, Heyetimiz tarafından hayretle karşılanmıştır.

91. Zira, gerek Anayasanın 33. Ve gerekse AİHS 11. Maddelerine göre “Örgütlenme Özgürlüğü” temel bir haktır. Başvurucunun üye olduğu sivil toplum örgütünde, terörle bağlantısını kanıtlayacak herhangi bir eylemi veya beyanı tespit edilmeksizin salt derneğe üyeliği sebebiyle terörle bağlantısı olduğuna inanılarak meslekten çıkarılmasının haklı görülmesi hukuk devletinde kabul edilemez.
92. Bu kabulün, bir yüksek mahkeme tarafından yapılması ise, örgütlenme özgürlüğünün, hoyratça ihlali anlamına gelir.
93. Yukarıda da ifade edildiği üzere, dernek üyesi ve ayrıca 2012-2015 yılları arasında dernek yönetim kurulu üyesi olan başvurucunun dernek bünyesinde terörle bağlantılı bir eylemde bulunduğu tespit edilmiş değildir. Öte yandan, söz konusu derneğin, davacı hakkında soruşturma açıldığı tarihe kadar legal bir şekilde faaliyetini sürdürüyor olması da bir başka vakıadır.
94. Bir sivil toplum örgütünün, bir cürüm sebebiyle kapatılmasına karar verilmesi hali, tüm dernek üyelerinin işlendiği iddia edilen suçun ortağı olduklarını göstermez.
95. Böyle bir iddia durumunda, idari yargı yeri tarafından yapılması gereken husus, öncelikle başvurucunun dernek bünyesinde terörle bağlantılı bir faaliyetinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesine çalışılması olmalıdır.
96. Salt dernek üyesi olması ve üyesi olduğu derneğin terörle bağlantılı olduğu iddiasıyla kapatılması, başvurucunun terörle bağlantısını kanıtlayacağını kabul, temel bir hak olan örgütlenme özgürlüğüne vurulacak büyük bir darbe olup, böyle bir kabulü içeren yargı kararının adil yargılamaya hizmet ettiğini söylemek güç olacaktır.
97. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun dernek bünyesinde terörle bağlantılı bir eylem veya beyanının bulunup bulunmadığının araştırılması gerekirken, bu araştırma yapılmamak suretiyle terör iddiasıyla kapatılan bir derneğe üye olmasının, salt başvurucunun terörle bağlantılı olduğu yolunda yorumlanması ve bu suretle karar itihaz edilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

○ **Başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararı**

98. Başvurucu hakkında terör örgütü üyeliği dolayısıyla verilen mahkûmiyet kararının da incelenen Danıştay kararında davanın reddinde dayanak delil olarak kullanıldığı görülmektedir.
99. Hemen ifade etmek gerekir ki, kesinleşmemiş bir mahkûmiyet kararının idari yargı yerleri tarafından kararlarda delil olarak zikredilmesi, masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelecektir.

100. Başvurucu hakkındaki mahkûmiyet kararının, Danıştay karar tarihinde henüz kesinleşmemiş olduğu görüldüğünden, bu kararın başvurucu aleyhine idari yargı kararında delil olarak kullanılması masumiyet karinesinin ihlali olarak değerlendirilmiş olup, Danıştay kararının incelenen bu bölümünde de hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

b. Yukarıda zikredilen ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri, AİHM içtihatları ile hukuksal ilkeler bağlamında Danıştay Kararının incelenmesi

101. Başvurucuya en tabii hakkı olan savunma hakkı dahi tanınmadan meslekten çıkarılmasına dair işlem ile bu işlemi hukuka uygun gören Danıştay kararı Anayasanın 129/2. İlkesine aykırıdır.

102. Türk Anayasasında hâkim ve savcıların azledilmesi yasaklanmasına ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda KHK ile meslekten çıkarılmaya dair bir hükme yer verilmemesine rağmen, başvurucu hakkında 2802 sayılı Kanun hükümleri uyarınca bireysel soruşturma ve bireysel bir değerlendirme yapılmadan binlerce hakim ve savcı ile birlikte başvurucunun da meslekten çıkarılması Anayasa tarafından yasaklanmış olan *AZİL* niteliğinde görülmüş olup, meslekten çıkarma görünümlü azil işlemi ile bu işlemi uygun gören yargı kararının Anayasanın 139. Maddesi ile 2802 sayılı Kanunun yukarıda sayılan ilgili maddelerine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

103. İdari işlemin tesis edildiği tarihte, Türk Hukukunda hakim ve savcılarının meslekten çıkarılmasına ilişkin iki ayrı mevzuat hükmü mevcuttur. Bunlardan birisi 667 sayılı KHK'nın yukarıya alınan hükümleri ve diğeri ise 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun yine yukarıya dercedilen hükümleridir. Birbirinden farklı usuller öngören bu iki farklı düzenleme karşısında, idari yargı yerleri tarafından hukukun genel ilkelerinden hareketle genel kanun-özel kanun incelemesi yapılmak suretiyle, konu ile ilgili özel bir kanun hüviyetini haiz 2802 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması yolunda karar verilmesi gerekirken, 2802 sayılı Yasada öngörülen usul ihmal edilmek suretiyle 667 sayılı KHK hükümlerine göre kurulan yargısal karar hukukun temel ilkelerine aykırıdır.

104. Anayasada, hakim ve savcılar hakkındaki tüm işlemlerin **mahkemelerin bağımsızlığı** ve **hakimlik teminatı** ilkelerine göre **kanunla** düzenleneceği hüküm altına alınmış olmasına rağmen, başvurucunun mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatına aykırı şekilde **KHK ile** meslekten azline ilişkin idari işlemler ile bu işlemleri onayan Danıştay kararı Anayasanın 140. Maddesine aykırıdır.

105. İdari işlemi tesis eden HSYK'da Adalet Bakanı ve Müsteşarın üye olarak görev yapmaları, HSYK'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına göre kurulacağı ve bunlara göre görev yapacağına ilişkin Anayasanın 159. Maddesine aykırıdır. Bu sebeple, Anayasaya aykırı şekilde teşekkül etmiş bulunan HSYK tarafından gerçekleştirilen işlemler ile bu işlemleri onayan Danıştay kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

106. Danıştay ve idari yargı yerleri tarafından idari uyuşmazlıklar onyıllardır Statü Hukuku çerçevesinde çözülmektedir. Statü hukuku, idari işlemlerin yargısal denetiminin, idari işlemin tesis edildiği tarihteki hukuk kurallarına göre yapılmasını emreder. İncelenen Danıştay kararında ise idari işlemin tesisinden sonra yürürlüğe giren yasa hükümleri ve idari işlemin tesisi anında dosyada yer almayan delillere göre hüküm kurulması Statü Hukukuna ve dolayısıyla AİHS in yukarıya alınan 7. Maddesi hükmüne aykırıdır.
107. AİHS 15. Maddesi, Sözleşmenin 7. Maddesi anlamında bir derogasyona cevaz vermediği halde, bir önceki bentte ifade edildiği şekilde AİHS 7. Maddesi hükmüne aykırı şekilde işlemler tesis edilmesi hukuki değildir.

D. İncelenen Danıştay Kararının Genel Değerlendirmesi ve Sonuç

108. Yukarıda açıklanan nedenler muvacehesinde Kurulumuz tarafından yapılan değerlendirmede, başvuru hakkındaki idari işlemler ile bu işlemlerin iptali istemiyle açılan davayı reddeden Danıştay kararında Türk Anayasası, AİHS, ulusal diğer mevzuat ile hukukun temel ilkelerine pek çok açıdan ağır aykırılıkların bulunduğu, söz konusu yargısal karar uyarınca işlemlerin uygulanmaya devamının, başvuru sahibinin en temel haklarının ihlalinin devamı anlamına geleceği, böyle bir durumun Anayasanın 2. Maddesine göre Hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

VIII. HUKUKA AYKIRILIĞI TESPİT EDİLMİŞ OLAN YARGISAL KARAR VE DAYANAĞI İŞLEMLERDE DAHLİ BULUNANLARIN İDARİ, TAZMİNİ VE CEZAI SORUMLULUKLARININ BULUNUP BULUNMADIĞININ İNCELENMESİ

109. İncelenen Danıştay kararı ve dolayısıyla kararın konusunu oluşturan idari işlemlerde ağır hukuka aykırılıkların mevcut olduğu tespit edildiğinden söz konusu yargısal karar ve idari işlemlerde imzası bulunan ve aşağıda liste halinde isimleri tespit edilen Danıştay üyeleri, savcısı ve tetkik hâkimi ile HSK üyeleri hakkında **disiplin soruşturması yapılması** gerektiği değerlendirilmiştir.
110. Başvuru lehine ileride söz konusu yargısal karar ve idari işlemler sebebiyle tazminata hükmedilmesi durumunda, Anayasal hüküm gereğince Devlet tarafından ödenecek tazminatın akabinde, idari işlem ve yargısal karardaki hukuka aykırılıkların oldukça ağır olması nazara alındığında, Anayasanın 40/3. Maddesi uyarınca ödenen tazminatın aşağıda liste halinde isimleri tespit edilen Danıştay üyeleri, savcısı ve tetkik hakimi ile HSK üyelerinden müştereken rücu marifetiyle **tazmini yoluna gidilmesi** gerektiği değerlendirilmiştir.
111. Aşağıda isimleri yazılı, Başvuru sahibinin ihracına karar veren HSK üyeleri ile bu işlemin iptaline ilişkin yargılama sürecinde görev alan Danıştay üyeleri, savcısı

ve tetkik hakiminin görevlerinin gereklerine aykırı hareket ettikleri, karar ve işlemlerinde ağır ve hukuken izahı mümkün olmayan, unutkanlık veya gözden kaçırma ile izah edilemeyecek seviyede ağır hukuka aykırılıkların bulunduğu, bu eylemleri nedeniyle Başvurucunun telafisi mümkün olmayacak maddi ve manevi zarara uğramasına neden oldukları kanaatine varıldığından, isimleri yazılı şahısların en azından TCK'nın 257.maddesinde tanımlanan "Görevi Kötüye Kullanma" suçundan haklarında **ceza soruşturması başlatılması** gerektiği sonucuna varılmıştır.

112. 24.08.2016 ve 29.11.2016 tarihli idari işlemlerde imzası bulunan kamu görevlileri:

- Mehmet Yılmaz	HSYK Başkan Vekili
- Taci Bayhan	HSYK Üyesi
- Kenan İpek	HSYK Üyesi
- Yakup Ata	HSYK Üyesi
- Alp Arslan	HSYK Üyesi
- Mehmet Durgun	HSYK Üyesi
- Metin Yandırmaz	HSYK Üyesi
- Ömer Kerkez	HSYK Üyesi
- Halil Koç	HSYK Üyesi
- Hayriye Şirin Ünsel	HSYK Üyesi
- Emin Sınmaz	HSYK Üyesi
- Muharrem Özkaya	HSYK Üyesi
- Aysel Demirel	HSYK Üyesi
- Rasim Aytin	HSYK Üyesi
- Ramazan Kaya	HSYK Üyesi
- Ömür Topaç	HSYK Üyesi
- Turgay Ateş	HSYK Üyesi
- İsa Çelik	HSYK Üyesi

113. Başvurucu hakkındaki Danıştay Kararında adigeçen kamu görevlileri

- Ayşe Akdeniz İlaslan	Danıştay Tetkik Hakimi
- Ali İhsan Temel	Danıştay Savcısı
- Fethi Aslan	Danıştay Daire Başkanı
- Musa Albayrak	Danıştay Üyesi
- Cevdet Malkoç	Danıştay Üyesi
- Keziban Gülcan Kaya	Danıştay Üyesi
- İsmail Kalender	Danıştay Üyesi

IX. SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

A. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başvuruya konu 24.08.2016 ve 29.11.2016 tarihli işlemlerinde Anayasa, AİHS, ulusal mevzuat hükümleri ile hukukun temel ilkelerine yönelik çok sayıda ve **AĞIR HUKUKA AYKIRILIKLARIN MEVCUT OLDUĞU,**

B. Danıştay 5. Dairesinin başvuruya konu 16.06.2021 tarih ve E:2017/2063, K:2021/2051 sayılı kararında Anayasa, AİHS, ulusal mevzuat hükümleri ile hukukun temel ilkelerine yönelik çok sayıda ve **AĞIR HUKUKA AYKIRILIKLARIN MEVCUT OLDUĞU**,

C. Tespit olunan hukuka aykırılıkların sayısı ve ağırlığı dikkate alındığında, idari işlemler ile yargısal kararlarda yetki kullanan ve yukarıda isimleri zikredilen Danıştay üyeleri, savcısı ve tetkik hakimi ile HSK üyelerinin, başvurucunun **TEMEL HAKLARININ İHLAL EDİLMESİNDE SORUMLULUKLARININ BULUNDUĞU**,

D. Sorumluluğu değerlendirilen şahıslar hakkında idari yönden **DİSİPLİN SORUŞTURMASI YAPILMASI GEREKTİĞİ**,

E. Yetkili makamlar tarafından yapılacak disiplin soruşturmaları neticesinde sorumluluk tespit edildiği takdirde, Anayasa'nın 40/3.maddesi uyarınca, başvurucuya ileride Devlet tarafından ödenmesi muhtemel **TAZMİNAT TUTARININ İŞ BU SORUMLULARDAN RÜCUEN MÜŞTEREK SURETTE TAHSİLİNİN GEREKTİĞİ**,

F. Yukarıda isimleri yazılı, Danıştay üyeleri, savcısı ve tetkik hakimi ile HSK üyelerinin, işlem ve kararlarında, ilgili mevzuat hükümlerine açık şekilde aykırılık teşkil eden, iyi niyetli olarak yorumlanamayacak ve hukuki bir kanaat olarak değerlendirilemeyecek nitelikte ağır hukuki aykırılıkların bulunduğu, bu nedenle Başvurucunun telafisi zor maddi ve manevi zararlarının olduğu ve oluşmaya devam ettiği gözönüne alındığında, belirtilen şahıslar hakkında en azından TCK'nın 257.maddesinde tanımlanan "Görevi Kötüye Kullanma" suçundan haklarında **CEZA SORUŞTURMASI BAŞLATILMASI** gerektiği,

Değerlendirilmiştir.

Vardığımız sonuca başvurucunun tarafımıza sunmuş olduğu belgelerin incelenmesiyle varılmıştır.

Yukarıda isimleri geçen Danıştay üyeleri, savcısı ve tetkik hakimi ile HSK üyelerinin doğrudan veya temsilcileri vasıtasıyla değerlendirmelerimize ve vardığımız sonuca itiraz etme hakkına sahiptirler.

Böyle bir itiraz gerçekleştiğinde, yapılan itirazı ve sunulan bilgi ve belgeler kamuoyu ile paylaşılacak ve değerlendirmeler yeniden gözden geçirilerek kısmen veya tamamen değiştirilebilecektir.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur. 25.10.2021

ÜYE

ÜYE

ÜYE