

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR****ERCAN DEMİRBAŞ BAŞVURUSU**

Başvuru Numarası : 2018/20608
Karar Tarihi : 15/9/2021

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler : Muammer TOPAL
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Selahaddin MENTEŞ
Raportör : Ayhan KILIÇ
Başvurucu : Ercan DEMİRBAŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; belirleyici delil olarak ByLock isimli haberleşme programı verilerine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmiş olması, dijital incelemeler tamamlanmadan karar verilmesi ve takdiri indirimlerin uygulanmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının, soruşturma kapsamında el konulan cep telefonunun iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/7/2018 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu 1995 doğumlu olup Balıkesir'de ikamet etmektedir. Başvurucu, bireysel başvuru tarihinde Balıkesir L. Tipi Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak tutulmaktadır. Başvurucu, bireysel başvuruya konu olayların geçtiği tarihte Balıkesir Üniversitesi Veterinerlik Fakültesi 4. sınıf öğrencisidir.

10. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır. Kamu makamları ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmiştir (*Aydın Yavuz ve diğ.leri* [GK], B. No: 2016/22169. 20/6/2017, §§ 12-25).

11. Darbe teşebbüsünün bastırılmasının ardından Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir. Üçer aylık sürelerle uzatılan OHAL 18/7/2018 tarihinde sona ermiştir.

12. Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından başvurucu hakkında FETÖ/PDY'ye üye olma suçu isnadı nedeniyle soruşturma başlatılmıştır. Başvurucunun 0538591...3 numaralı cep telefonu üzerinden ByLock haberleşme programını kullandığı tespit edilmiştir. Başvurucu, kolluktaki ifadesi sırasında etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanmak istediğini belirtmiştir.

13. Soruşturma kapsamında başvurucunun *Iphone 5* marka cep telefonuna 19/9/2017 tarihinde el konulmuştur.

14. Başsavcılık 12/12/2017 tarihli iddianameyle FETÖ/PDY'ye üye olma suçu isnadıyla başvurucu hakkında Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesine (Mahkeme) kamu davası açmıştır.

15. Mahkeme 19/3/2018 tarihli duruşmada başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca başvurucunun yakalandıktan sonra örgütün yapısı ile ilgili olarak bilgi vermesini dikkate alarak verilen cezadan 26/9/2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 221. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca taktiren 2/3 oranında indirim yapmış ve neticesinde 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

16. Başvurucu bu karara karşı istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi (Bölge Adliye Mahkemesi) 14/5/2018 tarihli kararıyla istinaf istemini esastan reddetmiştir. Başvurucu 5/6/2018 tarihinde karardan haberdar olduğunu belirtmiştir.

17. Başvurucu 5/7/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

18. Başvurucu 23/7/2018 tarihinde Mahkemeye başvurarak hakkında hüküm kurulmasına rağmen cep telefonu ve SIM kartının teslim edilmemesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve telefonun iadesini talep etmiştir. Mahkeme 8/8/2018 tarihli ek kararıyla başvurusunun cep telefonu ve sim kartının adli emanete alınmadığı gerekçesiyle talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu 8/12/2018 tarihinde aynı işlemle bir kez daha Mahkemeye müracaat etmiştir. Mahkeme 7/12/2018 tarihli ek kararıyla söz konusu telefon ve SIM kartın dijital materyal imaj alma ve çıkartım işlemleri yapılmak üzere Balıkesir Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünde işlem sırasında olduğu gerekçesiyle bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

19. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 29. maddesi ile değişik 286. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereği, madde metninde belirtilen suçlar bakımından bölge adliye mahkemesi ceza daireleri kararlarının temyiz edilebilmesi mümkün hâle geldiğinden başvuru 30/10/2019 tarihinde temyiz yoluna başvurmıştır. Temyiz incelemesi bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

20. 7188 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"5271 sayılı Kanunun 286 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(3) İkinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile aşağıda sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

10. Silâhlı örgüt (madde 314),

..."

21. 5271 sayılı Kanun'un *"Eşya veya kazancın muhafaza altına alınması ve bunlara elkonulması"* kenar başlıklı 123. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İspat aracı olarak yararlı görülen ... malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır."

22. 5271 sayılı Kanun'un *"Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma"* kenar başlıklı 128. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait;

...

h) Diğer mal varlığı değerlerine,

Elkomulabilir ..."

23. 5271 sayılı Kanun'un "Elkomulan eşyanın iadesi" kenar başlıklı 131. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkomulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması ... halinde, re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir."

24. 5271 sayılı Kanun'un "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" kenar başlıklı 134. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir..."

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkomulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkomulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir."

25. 5271 sayılı Kanun'un "Tazminat İstemi" kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

...

Kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

26. 5271 sayılı Kanun'un "Tazminat İstemimin koşulları" kenar başlıklı 142. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"(1) Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.”

27. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 21/4/2016 tarihli ve E.2015/46/72, K.2016/2330 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir::

”c- Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiş olup, CMK'nın 116 ve 123. maddeleri arasında yer alan arama koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. CD, DVD, flash bellek, disket, haricte ve dahili harddisk, bilgisayar özelliği içeren noktaları bakımından akıllı telefon ve benzerlerinden elde edilen ve tamamı 'dijital delil' olarak adlandırılan, suistimale müsali olan verilerin; sıhhatini ve güvenliğini sağlamak amacıyla ve bireyin özel hayatına, kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri göz önünde tutularak 'son çare' olarak başvurulabilecek 'özel koşullara bağlı' bir koruma tedbiri olması nedeniyle, genel adli aramadan ayrık ve istisnai olarak, ayrıntılı düzenlenmiş olup, bu hallerde arama kararının yalnızca hakim tarafından verilebileceği öngörülmüştür.”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 15/9/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

29. Başvurucu, soruşturma sırasında el konulan cep telefonu ve SIM kartının iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

30. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun elkoyma işleminden dolayı öncelikle 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında tazminat davası açması gerektiği ileri sürülmüş, bu nedenle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği savunulmuştur.

ii. Başvurucunun cep telefonu ve SIM kartına 5271 sayılı Kanun'un 127. ve 134. maddelerine uygun olarak tedbiren el konulduğu belirtilmiş ve müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu ifade edilmiştir.

iii. Elkoyma işleminin amacının terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin olarak başlatılan soruşturma kapsamında delil elde etme ve suç sonucunda elde edildiği şüphesi bulunan mal varlığı değerlerinin elden çıkarılmasının önüne geçme olduğu kabul edilmiş ve bunun kamu yararına dayalı meşru bir amaç olduğu değerlendirilmiştir.

iv. Başvurucunun cep telefonu ve SIM kartına el konulmasının örgüt ile mücadele amacı bakımından elverişli olduğu vurgulanmıştır. Örgütü suçlarla mücadele alanında kamu makamlarının sahip olduğu geniş takdir yetkisi ve somut olayda şikâyet edilen tedbirin niteliği ile bu tedbire ilişkin olarak başvurucuya sağlanan güvenceler dikkate alındığında müdahalenin başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği iddia edilmiştir.

v. Başvurucu hakkındaki tedbirlerin OHAL döneminde alınması nedeniyle yapılacak incelemede Anayasa'nın 15. maddesinin de dikkate alınması gerektiği savunulmuştur.

2. Değerlendirme

31. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

a. Uygulanabilirlik

32. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde yer almaktadır (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 5).

33. Anayasa'nın 15. maddesine göre savaş, seferberlik hâllerinde veya olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması iktiza etmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürütülmesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 8; Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 185, 186).

34. OHAL yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde söz konusu tehdit veya

tehlükelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın OHAL'in gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 9).

35. Başvurucunun cep telefonuna OHAL'in henüz devam ettiği 19/9/2017 tarihinde el konulmuştur. Buna karşılık elkoyma tedbiri OHAL'in sona ermesinden sonra da devam etmiş ve hâlen sona ermemiştir. Başvurucunun şikâyeti cep telefonuna el konulması değil mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra iade edilmemesine yöneliktir. Başvurucu, cep telefonunun teslimi istemiyle OHAL'in sona erdiği 18/7/2018'den sonra -23/7/2018 ve 8/10/2018 tarihlerinde- iki defa Mahkemeye başvurmuş ancak olumlu bir netice elde edememiştir. Başvurucunun şikâyetinin OHAL'in sona erdiği döneme ilişkin olduğu gözetildiğinde Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılması mümkün görülmemiştir.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

1. Başvuru Yollarının Tüketilmesi

36. Bakanlık, başvuru yollarının tüketilmediği yönünde itirazda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi idari ve yargısal makamların görevidir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16). Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir hak arama yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilmesi için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvurucunun şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

37. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde, eşyasına veya diğer mal varlığı değerlerine koşulları oluşmadığı hâlde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer mal varlığı değerleri amaç dışı kullanılan ya da zamanında geri verilmeyen kişilere tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanınmaktadır (bkz. § 25).

38. Anayasa Mahkemesi, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında yargı organlarıncı şüphelilerin eşyasına ya da mal varlığı değerlerine ilişkin olarak elkoyma tedbirinin uygulandığı durumlarda bunun hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Nuray Işık*, B. No: 2014/7561, 28/9/2016, §§ 60-69; *Siman Aydın Aygün (2)*, B. No: 2014/922, 16/6/2016, §§ 61-69).

39. Anayasa Mahkemesi *Hamdi Akan İpek* (B. No: 2015/17763, 24/5/2018, §§ 74-78) kararında elkoyma tedbirinin devam ettiğini gözeterek 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde düzenlenen tazminat yolunun etkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkına ilişkin bireysel başvurularda giderim bakımından kural olarak eski hâle getirme (*restitutio in integrum*) yükümlülüğünün söz konusu olduğunu ve bunun mümkün olamaması durumunda ancak tazminat yolunun etkili bir yol olacağını vurgulamış (*Halil İbrahim Köktepe*, B. No: 2014/12521, 19/4/2017, § 47); 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında öngörülen hukuk yolunun giderim bakımından sadece tazminat içermesi nedeniyle devam eden elkoyma veya kayyım atanmasına ilişkin müdahaleler bakımından bu aşamada etkili olarak görülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (*Hamdi Akan İpek*, § 77).

40. Olayda başvurunun muhafaza altına alınan cep telefonu inceleme tarihi itibarıyla başvurucuya iade edilmemiştir. Dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen yolun bu aşamada etkili görülmesi mümkün değildir. Öte yandan başvuru 23/7/2018 ve 8/10/2018 tarihlerinde Mahkemeye başvurularak hakkında hüküm kurulmasına rağmen cep telefonu ve sim kartının teslim edilmemesinin hukuka aykırı olduğunu belirterek telefonun iadesini talep etmiştir. Ancak Mahkeme 8/8/2018 ve 7/12/2018 tarihli ek kararlarıyla söz konusu telefon ve SIM kartın dijital materyal imaj alma ve çıkarma işlemleri yapılmak üzere Balıkesir Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünde işlem sırasında olduğu gerekçesiyle bu hususta karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bu durumda başvuru yollarının usulince tüketildiğinin kabulü gerekmektedir.

II. Önemli Zarar Kriteri

41. Olayda başvurunun el konulan cep telefonunun ekonomik değeri gözetildiğinde başvurunun anayasal öneminin bulunup bulunmadığının tartışılması gerekir.

42. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında anayasal açıdan önem taşımayan ve başvurunun önemli bir zarara uğramadığı başvuruların esastan incelenmeksizin reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır.

43. 6216 sayılı Kanun'da anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların kabul edilemez bulunabilmesi için iki koşul öngörülmüştür. *Anayasal önem* olarak adlandırılacak olan birinci koşul *başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıması*, *kişisel önem* olarak adlandırılacak olan ikinci koşul ise *başvurucunun önemli bir zarara uğramamasıdır* (K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 57).

44. Somut olayda cep telefonuna el konulmasının başvuru açısından önemli bir zarar oluşturmadığı ileri sürülebilecek ise de başvurunun ispat vasıtası olduğu düşünüldüğü için el konulan cep telefonunun başvuru hakkındaki mahkûmiyet kesinleşip suç isnadı altında olma durumu sona erdiği hâlde iade edilmemesinin Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıdığı değerlendirilmiştir.

iii. Sonuç

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

c. Esas Yönünden

I. Mülkînin ve Müdahalenin Varlığı ile Türü

46. Başvurucunun cep telefonunun mülk teşkil ettiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

47. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın şartlarının* genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından *mülkiyetin kontrolüne* imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, §§ 55-58).

48. Somut olayda başvurucunun cep telefonu soruşturma kapsamında muhafaza altına alınmıştır. Cep telefonun muhafaza altına alınmasının amacının delil elde edilmesi ihtimali olduğu anlaşılmaktadır. Kamu makamlarının cep telefonunun imajını aldıktan sonra başvurucuya iade etme niyetinde olduğu görülmektedir. Bu sebeple somut olaydaki tedbirin mülkten barışçıl yararlanma biçimindeki birinci kural kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

49. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

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

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

amacı taşınması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

(1) Kanunilik

51. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde de *hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği* temel bir ilke olarak benimsenmiştir. Buna göre mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerde dikkate alınacak öncelikli ölçüt, müdahalenin kanuna dayalı olmasıdır. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır (*Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49).

52. Somut olayda başvuru hakkında yürütülen ceza soruşturması kapsamında başvuru cep telefonuna el konulmuştur. Cep telefonuna el konulmasının gerekçesi delil elde edilmesi ihtimalidir. Başvurucunun cep telefonu imaj alma ve çıkarma işlemlerinin yapılması için Balıkesir Emniyet Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünde muhafaza altına alınmış ancak işlem sırası gelmediği için imaj alma ve çıkarma işlemleri sonuçlandırılmamıştır.

53. Başvurucunun cep telefonunun delil elde edilmesi amacıyla muhafaza altına alındığı gözetildiğinde elkoyma işleminin 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında gerçekleştirilmediği anlaşılmaktadır. Anılan kurala göre soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hâllerde şüpheli veya sanığa ait mal varlığı değerlerine el konulabilir. Somut olayda başvurucuya ait cep telefonunun suçta kullanıldığı veya suçtan elde edildiğine dair bir iddia bulunmamaktadır.

54. Başvurucunun telefonuna elkonulmasına ilişkin işlemin 5271 sayılı Kanun'un 123. ve 134. maddeleri kapsamında kaldığı görülmektedir. Anılan Kanun'un 123. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ispat aracı olarak yararlı görülen mal varlığı değerlerinin muhafaza altına alınacağı ifade edilmiştir. Başvurucuya ait cep telefonuna el konulmasının gerekçesi de delil elde edilmesi ihtimalidir. Öte yandan aynı Kanun'un 134. maddesinin (1) numaralı fıkrasında delil elde etmek amacıyla bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütüklerinde arama yapılabileceği belirtilmiş ve aramanın usulü düzenlenmiştir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere elkonulabileceği belirtilmiştir. Yargıtay kararlarında bilgisayar özelliği içeren noktalarının bulunması sebebiyle cep telefonlarının bu maddeye tabi olduğu kabul edilmektedir (bkz. § 27). Dolayısıyla elkoyma işleminin kanuni dayanağını anılan düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu bakımdan başvuru cep telefonuna el konulmasının kanuni temelini bulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

55. Ne var ki somut olayda başvuru, cep telefonuna el konulmasından değil hakkındaki yargılama sona erdiği hâlde cep telefonunun jade edilmemesinden şikâyet etmektedir. 5271 sayılı Kanun'un 123. maddesinde mal varlığı değerinin muhafaza altına alınabilmesi veya elkonulabilmesi, ispat aracı olarak yararlı görülmesi şartına

bağlanmaktadır. Aynı şartın, Kanun'un 134. maddesi yönünden de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu hakkında başlatılan ve sonrasında kovuşturmaya dönüşen soruşturma, mahkûmiyet kararı kesinleşmekle 14/5/2018 tarihinde sona ermiştir. Sonradan yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanun uyarınca temyiz yolunun açılması ve başvurusunun bu yola müracaat etmesi nedeniyle başvuru hakkındaki yargılama 30/10/2019 tarihli temyiz başvurusu üzerine tekrar derdest hâle gelmiş ise de bu durum, başvurusunun Mahkemeye başvurduğu 23/7/2018 ve 8/10/2018 tarihlerinde hakkındaki mahkûmiyetin kesinleşmiş olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

56. Başvurucu hakkında başka bir soruşturmanın bulunduğu da iddia edilmediğine göre artık cep telefonunun içeriğinden elde edilecek bulgular yönünden ispat vasıtası olma ihtimali kalmamıştır. Cep telefonunun başka kişilerle ilgili olarak yürütülen soruşturma kapsamında muhafaza altına alındığı da kamu makamlarınca öne sürülmediğinden bu durumda cep telefonunun 14/5/2018 tarihinden sonra da muhafaza altında tutulmaya devam edilmesinin kanuni dayanağının bulunduğu hususunda tereddütler oluşmuştur. Ancak bu meselelerin cep telefonunun iade edilmemesinin meşru amacının bulunup bulunmadığı incelenirken ele alınması daha uygun olacaktır.

(2) Meşru Amaç

57. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlanması imkânı vermekle bir sınırlama amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, § 53).

58. Somut olayda başvurusunun cep telefonunun muhafaza altına alınmasının sebebinin suçta kullanılması veya suçtan elde edilmesi olmadığı, ispat aracı niteliği olduğunun değerlendirilmesi olduğu anımsanmalıdır. Delil elde edilmesi amacıyla kişilerin bilgisayarlarına veya diğer elektronik verilerine geçici bir süreyle el konulmasının kamu yararına yönelik meşru bir amaç taşıdığı kuşkusuzdur. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması hâlinde şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Öte yandan Kanun'un 134. maddesi yönünden elkoyma işleminin amacı gerekli inceleme ve kopyalamanın sağlanmasıdır. Bu itibarla elkoyma işlemi istisna olup inceleme ve kopyalama işleminin tamamlanmasından sonra cihazın gecikmeden iade edilmesi kanuni bir zorunluluktur.

59. Bununla birlikte somut olayda başvuru hakkındaki yargılama sona ermiştir. Bu bakımdan cep telefonunun başvuru hakkındaki -neticelenen- soruşturma açısından ispat aracı olarak kullanılması artık mümkün değildir. Hüküm verilip 14/5/2018 tarihinde kesinleşmekle artık cep telefonundan elde edilecek verilerin bu soruşturmada delil olarak kullanılması ihtimali başvurusunun iade için Mahkemeye müracaat tarihi ile bireysel başvuru tarihi itibarıyla bulunmamaktadır. Başvurucu hakkında yürütülen başka bir soruşturmanın bulunduğu da iddia edilmemiştir. Öte yandan kamu makamlarının başvurucuya ait cep telefonunun başka kişilerle ilgili soruşturmalar nedeniyle muhafaza altında tutulmaya devam

etmesiyle ilgili bir gerekçeleri de bulunmamaktadır. Bu koşullarda başvuru yapanın cep telefonunun iade edilmemesinin kamu yararına yönelik meşru bir amacının bulunmadığı değerlendirilmiştir.

60. Cep telefonunun iade edilmemesinin meşru bir amacının bulunmadığı sonucuna ulaşıldığından ölçülü olup olmadığı yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasının gereği kalmamıştır.

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

B. Diğer İhlal İddiaları

1. Başvurucunun İddiaları

62. Başvurucu; belirleyici delil olarak ByLock isimli haberleşme programı verilerine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilmiş olması, dijital incelemeler tamamlanmadan karar verilmesi ve takdir indirimlerin uygulanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

63. 7188 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 286. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra uyarınca -teyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile- sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları teyiz edilebilecektir. Anılan fıkra da sayılanlar arasında 5237 sayılı Kanun'da geçen silahlı örgüt (madde 314) suçu da yer almaktadır.

64. 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici 5. maddeye göre de 5271 sayılı Kanun'un 286. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme -on beş gün içinde talep etmek koşuluyla- aynı suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemelerince verilmiş *kesin nitelikteki kararlar* hakkında da uygulanacaktır. Buna göre 7188 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Kanun'un 286. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra kapsamındaki suçlarla ilgili olarak daha önce bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar bakımından da teyiz kanun yoluna başvurulmasına olanak tanınarak teyiz edilebilecek kararların kapsamı genişletilmiştir. Sonradan açılan *teyiz kanun yolunun* ulaşılabilir olmadığı ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesinin bulunmadığı söylenemez.

65. Başvuruya konu edilen mahkûmiyet hükmü, Bölge Adliye Mahkemesinin 14/5/2018 tarihli *istinaf başvurusunun esaslan reddi* kararıyla kesinleşmiş olsa da sonradan teyiz yolunun açıldığı gözetildiğinde teyiz yolu tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılması gerektiği kanaatine varılmıştır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvuru *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

67. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

68. Başvurucu; ihlalin tespit edilmesini ve sonuçlarının giderilmesine karar verilmesini, ayrıca 100.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

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

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

71. İncelenen başvuruda, başvuru hakkındaki yargılama mahkûmiyetle sonuçlandıktan kesinleştiği hâlde söz konusu yargılamada ispat vasıtası olarak kullanılmak üzere muhafaza altına alınan cep telefonunun başvurucuya teslim edilmemesinin anayasal açıdan meşru bir amacının bulunmaması sebebiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Dolayısıyla ihlalin cep telefonunu iade etmeyen soruşturma ve kovuşturma makamının işlemlerinden kaynaklandığı anlaşılmıştır.

72. Bununla birlikte başvurusunun 7188 sayılı Kanun kapsamında getirilen imkândan yararlanmak amacıyla 30/10/2019 tarihinde Bölge Adliye Mahkemesi kararını temyiz etmesiyle yargılama yeniden derdest hâle gelmiştir. Bu durumda -yukarıda ulaşılan ihlal sonucunun gerekçesi gözetildiğinde- tekrar derdest hâle gelen yargılamada cep telefonunun başvurucuya iadesinin mahallinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Ancak elkoyma işleminin uzamasının başvurusunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ağırlaştıracağı soruşturma ve kovuşturma makamlarına hatırlatılması için kararın bir örneğinin Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığına ve Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

73. Somut olayın koşulları ve cep telefonunun ekonomik değeri dikkate alındığında ihlalin tespit edilmesinin, kararın bir örneğinin soruşturma ve kovuşturma makamlarına

gönderilmesinin yeterli bir giderim sağlayacağı değerlendirilmiştir. Bu nedenle başvuruçunun manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Diğer ihlal iddialarının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

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

C. Kararın bir örneğinin bilgi ve gereği için Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığına ve Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/501, K.2018/110) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruçunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 294,70 TL harç ve 3.600 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.894,70 TL yargılama giderinin başvuruçuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/9/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Selahaddin MENTEŞ