

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**KARAR**

**YUSUF FİL BAŞVURUSU**

**Başvuru Numarası** : 2019/39608  
**Karar Tarihi** : 8/2/2023

**Başkan** : Hasan Tahsin GÖKCAN  
**Üyeler** : Muammer TOPAL  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ  
İrfan FİDAN  
Muhterem İNCE  
**Raportör** : Yüksel GÜNARSLAN  
**Başvurucu** : Yusuf FİL

**I. BAŞVURUNUN ÖZETİ**

1. Başvuru, beyanları belirleyici ölçüde hükme esas alınan tanığın sanık tarafından sorgulanmasına imkân verilmemesi nedeniyle tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

2. Komisyon; hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak tanık sorgulama hakkı dışındaki şikâyetlerin kabul edilemez olduğuna, anılan haklara ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar vermiştir.

3. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) üyesi olduğu şüphesiyle başvuru hakkında soruşturma başlatmıştır.

4. Soruşturma neticesinde Başsavcılık, başvuruçunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan cezalandırılması talebiyle 23/3/2017 tarihli iddianame düzenlemiştir. İddianamede özette başvuruçunun adına kayıtlı olan 545 ... 94 numaralı telefon hattı üzerinden 355...28 IMEI numaralı cihazla, ilk tespit tarihi 15/10/2015 olacak şekilde ByLock şifreli haberleşme programını kullandığını, kanun hükmünde kararname ile kapatılan bir kurumda çalıştığını ve örgüt liderinin talimatına uygun olarak Asya Katılım Bankası Anonim Şirketineki (Bank Asya) hesaplarında hareketlilik olduğunu iddia etmiştir.

5. İddianamenin kabulü ile açılan dava, İzmir 13. Ağır Ceza Mahkemesince (Mahkeme) görülmeye başlanmıştır. Yargulamada 22/8/2017 tarihinde duruşma hazırlığı işlemleri yapılmıştır. Tensip Tutanağında diğerlerinin yanı sıra- Başsavcılık ve İl Emniyet Müdürlüğüne ayrı ayrı mützekkere yazılarak sanığın ByLock programını kullanıp kullanmadığı konusunda mevcut olan bilgi, belge, yazışma içerikleri ve analiz raporlarının istenmesine, sanığın ByLock'a giriş yaparken kullandığı iddia edilen telefon numarasının ByLock'a tahsis edilen dokuz adrese kaç kere giriş yaptığı hususundaki kayıtların Bilgi

Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) talep edilmesine, Bank Asya hesap hareketleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmiştir.

6. Başvurucu hakkında düzenlenen "Yeni ByLock CBS Sorgu Sonucu" başlıklı rapor, İzmir li Emniyet Müdürlüğü'nün 28/9/2017 tarihli cevabi yazısı ekinde Mahkemeye sunulmuştur. Anılan raporda başvurusunun 545 ... 94 numaralı hat üzerinden 355...28 İMEİ numaralı cihazla, ilk tespit tarihi 15/10/2015 olacak şekilde ByLock şifreli haberleşme programını kullandığı tespitine yer verilmiştir.

7. BTK tarafından hazırlanan HIS (CGNAT) sorgu sonuçları da duruşmanın ilk oturumundan önce Mahkemeye ulaştırılmıştır. Söz konusu belgede, başvurusunun kullandığı ileri sürülen 545 ... 94 numaralı cep telefonu hattı üzerinden ByLock sunucularına tahsis edilen IP adreslerine 15/10/2015-28/1/2016 tarihleri arasında toplam otuz dört bağlantı yapıldığı saptanmasına yer verilmiştir.

8. Başvurusunun banka hesap hareketlerini inceleyen bilirkişi M.A.P. tarafından hazırlanan 8/12/2017 tarihli rapor, ilk oturum öncesinde dava dosyasına sunulmuştur. Anılan raporda, başvurusunun Bank Asyada 17/12/2013 tarihinden sonra toplam tutarı 41.458,07 TL olan dört farklı katılım hesabı açtığı ve farklı bir bankadan aldığı 20.000 TL tutarındaki krediyi Bank Asyada katılım hesabı açarken kullandığı ifade edilmiştir. Raporda ayrıca katılım hesabı getirisinin kredilere ödenen faiz ve komisyon gibi giderlerden daha az olduğu bilinen bir ekonomik gerçek olduğu dikkate alındığında kredi ile katılım hesabı açılmasının iktisadi, ticari ve teknik icaplara aykırı olduğu, sanığın ekonomik çıkarları dışında başka bir amacı gerçekleştirme saiki ile hareket ettiği sonucuna ulaşıldığı belirtilmiştir.

9. Başvurucu; müdafinin de hazır bulunduğu 19/12/2017 tarihli ilk oturumda alınan savunmasında 545 ... 94 numaralı cep telefonu hattının kendisine ait olduğunu ancak ByLock kullanmadığını, terör örgütü olduğunun bilinmediği dönemde bu yapıya yakın eğitim kurumlarında çalıştığını, kendisine indirim yapılması nedeniyle çocuğunu çalıştığı okullardan birine gönderdiğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca çalıştığı kurumlarda maaşların Bank Asya aracılığıyla ödendiğini, bu nedenle anılan bankada hesabının bulunduğunu, farklı bir bankadan araç almak için 20.000 TL kredi çektiğini ancak araç sahibi ile anlaşmazlığa düşünce araç alma niyetiyle parayı Bank Asya hesabına yatırdığını, örgüt üyesi olmadığını savunmuştur.

10. Amlan oturumda iddia makamı esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur. Mahkeme, başvuru müdafinin süre talebinin kabulüne ve duruşmanın 10/5/2018 tarihine ertelenmesine karar vermiştir.

11. Duruşmanın ikinci ve son oturumunda sanık hakkında beyanda bulunan E.Ö.nün Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2018 tarihli yazısının ekinde yer alan kolluk ifadeleri ve teşhis tutanakları başvuru ile müdafine okunmuştur. 28/2/2018 tarihli Fotoğraftan Teşhis Tutanağı'na göre E.Ö., beyamında geçen 40 yaşlarındaki erkek şahsın başvuru olduğunu ifade etmiştir. E.Ö.nün etkin pişmanlık kapsamında 27/2/2018 tarihinde verdiği kolluk ifadesinin başvuru ile ilgili kısmı şöyledir:

*"2014 yılında Hava Harp Okulundan Mezun oldum ve İzmir Çiğli Üçüç okuluna 2014 yılının Haziran ayında başladım. Yukarıda bahsetmiş olduğum 2. Şahıs bana bir numara vermişti. Bu numarayı verme esnasında da bana İzbah'ın trenine (İzmir'de bulunan banliyö treni) binersin şuan hatırlamadığım bir durağında inersin, sana vermiş olduğum numarayı*

ararsın dedi. Ben de okula başladıktan ilk hafta sonunda belirtilen yerden bana vermiş olduğu numarayı aradım. Şahıs bana Şemikler durağının oralarda bekledi dedi. Ben gittikten sonra yaklaşık 10 dakika sonra bu şahıs siyah Haçbek Toyota Corolla araç ile geldi. Bende bu araca bindim beraber yola çıktık. İzmir manav kuyuda bir apartman dairelerine gittik. Bu şahıs tahminimce bir nevi kuryelik yaptı. Beni getiren şahıs daha sonra ayrıldı. Beni bu eve araçla alıp getiren şahıs 30-35 yaşlarında biri idi. Kapıyı çaldığımızda kısa boylu, 40 yaşlarında bir erkek şahıs karşıladı. Bu şahıs beni tek olarak bir odaya aldı. Burada bana 'hoş geldin' şeklinde hal hatır sordu. Bundan sonra burada görüşürüz şeklinde konuşmalardan sonra namaz kıldık, dini sohbet ve normal sohbet ettik, bu arada bana bundan sonra uçuş devresinden hangi arkadaşınla grup olmak istersin diye isim istedi. Bende Benimle birlikte Uçuş okulunda okuyan ve Eğitimi gören Afyonkarahisarlı olan devrem arkadaşım [B.K.'nin] ismini verdim. Ve görüşmeden ayrıldım. Görüşmede bana hafta sonu bu evde buluşacağımızı söyledim.

Ertesi hafta ben yine ilk görüşmenin yapıldığı eve gittim. Bu evde benimle ilk görüşmeyi yapan 40 yaşlarındaki şahıs bulunuyordu. [B.K.] da bu eve benden sonra geldi. Burada şahıs bana [B.K.] ile birlikte hareket etmemi artık birlikte hareket edeceğimizi söyledi. Bu görüşmenin yapıldığı ve benim eve gittiğim zaman yine evde daha sonra bizden sorumlu olacak olan iki şahıs bulunuyordu. 40 yaşlarında olan şahıs ben ve [B.ye] bu şahısların artık bundan sonra bizlerden sorumlu olacağını söyledi. Şahıslar ile görüşmede tanıştık, şahıslar bizlere artık bu evde görüşeceklerini söylediler."

12. Başvurucu, E.Ö.yü tanımadığını ve beyanlarını kabul etmediğini ifade etmiştir. Başvurucu esas hakkında mütalayaaya karşı beyanında önceki savunmalarını tekrarıyarak isnat edilen suçu inkâr etmiştir. Başvurucu müdafii ise örgüt üyeliği suçunun gerçekleşmediğini, sanığın ByLock kullanıcı olmadığını, ByLock içeriğinin tespit edilemediğini, IP adresleri ile bağlantı kurulmasının programın kullanımı açısından yeterli bir delil olmadığını ileri sürmüştür.

13. Söz konusu oturumda hüküm açıklanmıştır. Mahkeme, başvurusunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 9 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Gerekçeli kararın ilgili kısmı şöyledir:

"-Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 03/03/2018 tarihli cevabı yazısı ekinde gönderilen şüpheli sıfatı ile ifadesi alınan [E.Ö.'nin] '...Beni bu eve araçla alıp getiren şahıs 30-35 yaşlarında biri idi. Kapıyı çaldığımızda kısa boylu, 40 yaşlarında bir erkek şahıs karşıladı. Bu şahıs beni tek olarak bir odaya aldı. Burada bana hoş geldin şeklinde hal hatır sordu. Bundan sonra burada görüşürüz şeklinde konuşmalardan sonra namaz kıldık, dini sohbet ve normal sohbet ettik, bu arada bana bundan sonra uçuş devresinden hangi arkadaşınla grup olmak istersin diye isim istedi' şeklindeki beyanı,

...

Yukarıda anlatılan deliller ve mahkememizce yapılan değerlendirmeler sonucunda; sanığın FETÖ/PDY silahlı terör örgütü lideri Fethullah Gülen'in çağrısından sonra başka bankadan daha yüksek faiz ile kredi çekip, çektiği bu krediyi daha düşük getiri ile Bank Asya'ya yatırarak terör örgütüne finansal destek sağlamaya çalışması, bu terör örgütünün her üyesine yüklenmeyen ByLock isimli programın sanığın telefonuna yüklenmiş ve sanık tarafından kullanılmış olması, sanığın örgüt içi tayine tabii elemanlardan olması, itirafçı beyanına göre harbe hazırlık eğitimi alan hava kuvvetleri mensubu suboya abillik yapacak ve istediği gruba yerleşirebilecek pozisyonda bulunan örgütsel konuma sahip bir kişi olması, sanığın çocuklarından birini FETÖ/PDY tribat/ititakı sebebiyle KHK ile kapatılan [Y.] Koleji'ne 2 yıl boyunca göndermiş olması ve FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün yaygın

organı Zaman gazetesine 2012 - 2016 yılları arası 3'er aylık periyotlarla abone olması hususları dikkate alındığında sanığın üzerine atılı FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olma suçunun sabit olduğu mahkememizce kabul edilmiş, sanığın tamamen inkara yönelik olan savunmasına yukarıda açıklandığı üzere delillerin mahiyeti ve ispat gücü anlamında mahkememizde bir tereddüt yaşanmadığından itibar edilmemiştir.

Sanığın, örgüt içi haberleşme programı olmasına rağmen her örgüt üyesinin telefona kurulmayan [ByLock] programını kurmuş ve kullanmış olması, örgütün ancak sadakatinden emin olduğu üyelere [ByLock] isimli programı kurduğunu tespiti edilmesi, FETÖ/PDY içerisinde tayine tabi eleman olarak çalışan bir kişi olması, sanığın başka bankadan yüksek faizle kredi çekip daha düşük getirisi olmasına rağmen örgüt menfaatlerini kendi menfaatlerinin üzerinde tutan bir kişi olması, [E.Ö.] isimli etkin pişmanlık kapsamında sanık aleyhinde beyanda bulunan kişinin ifadesinde sanığın 2014'te uçuş okulunda eğitim gören subayın abisi olduğu ve istediği gruba bu şahsı yerleştirebilecek komanda bir kişi olduğunun anlaşılması hususları nazara alındığında, kastının yoğunluğu ve suçun işleniş şekli göz önüne alınarak başkaca örgüt üyesiyle aynı seviye ve şartlarda değerlendirilmesinin adalete ve hakkaniyete aykırı olacağı kanaatine varılarak sanık hakkında ceza tayin edilirken alt sınırdan uzaklaştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır."

14. Başvurucu, istinaf ve temyiz dilekçelerinde diğerlerinin yanı sıra- tanık E.Ö.nm mahkeme huzurunda dinlenilmediğini ve kendisine tanığa soru sorma hakkının kullanılmadığını belirtmiştir. Hüküm, kanun yolu denetiminden geçerek 13/6/2019 tarihinde kesinleşmiştir. Yargıtay, onama kararında "sanığın çocuğunu örgüte mizahır okullara göndermesinin örgütsel bir eylem olarak değerlendirilemeyeceği" kabulüne yer vermiştir.

15. Başvurucu, nihai hükümü 6/11/2019 tarihinde öğrendikten sonra 25/11/2019 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

16. Adli yardım talebinin kabulüne Komisyonca karar verilmiştir.

## II. DEĞERLENDİRME

17. Başvurucu; gerekçeli kararda boyamına yer verilen tanığın huzurda dinlenilmesi için Mahkemenin herhangi bir girişimde bulunmadığını, kendisine tanıklara soru sorma imkânı tanımadığını, bu suretle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

18. Bakanlık görüşünde;

i. Başvurucunun tanık ifadesinin yüzüne okunmadığını iddia ettiği ancak E.Ö.nm ifadesinin duruşma sırasında kendisine okunduğu anlaşıldığından bu durumun başvuru hakkının köttüye kullanılması olup olmadığı hususunun Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakıldığı ifade edilmiştir.

ii. Derece mahkemesinin dava konusu maddi olay ve olguları, delilleri değerlendirmesini, hukuk kurallarını yorumlaması ve uygulamasını, uyumsuzlukla ilgili olduğu sonucu ve kullandığı takdir yetkisinin sebeplerini gerekçelendirdiği, bu nedenle başvurunun iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olup olmadığı öncelikle değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

iii. Başvurucuya 10/5/2018 tarihli oturumda hakkında beyanda bulunan E.Ö.nün ifadelerinin okunduğu, bu beyanlara karşı varsa itiraz ve savunmalarını sunmasının istendiği, başvuru ve müdafinin söz konusu tamk ifadesine yönelik savunmalarını Mahkemeye sundukları vurgulanmıştır. Mahkemeye söz konusu tamk beyarı dışında gerekçeli kararda yer verilen değerlendirmelerle başvuru hakkında mahkûmiyet hükmi kurulduğu ileri sürülmüştür.

iv. Somut olayda başvurunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası hakkında yapılacak incelemede ilgili mevzuat hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi içtihatları ile somut olayın kendine özgü koşulları gözönüne alınarak değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

19. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, başvuru formunda tamk E.Ö.nün ifade tutanağının kendisine okunmadığı yönünde bir iddiayı dile getirmediğini, Bakanlığın bu yöndeki görüşünü reddettiğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca itiraz ettiği hususun tanığın duruşmaya katılmaması nedeniyle kendisini aklama ve aleyhindeki delili çürütme imkânına sahip olamaması olduğunu dile getirerek başvuru formundaki iddiasını yinelemiştir.

20. Başvurucunun iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkı yönünden incelenmiştir.

21. Başvuru formunda başvurunun Mahkemenin Tanık İfade Tutanağı'nı kendisine okunmadığına ilişkin bir şikâyeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurunun istismar edici, yanıltıcı vb. nitelikteki davranışlarıyla başvuru hakkını kötüye kullandığına dair herhangi bir tespit yapılmamıştır. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

22. Somut olayda Mahkeme; ByLock haberleşme programı kullanımına ilişkin veriler, Bank Asya hesap hareketleri, örgüt içi tayine tabi bir eleman olduğuna dair kayıtlar ve E.Ö.nün beyanlarına istinaden mahkûmiyet sonucuna ulaşmıştır. Gerekçeli kararda ayrıca başvurunun çocuğunu örgüte ait okula iki yıl boyunca gönderdiğine ve 2012-2016 yılları arasında Zaman gazetesine abone olduğuna dair ikrarının aleyhe yan delil olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bu hüküm, Yargıtay tarafından başvurunun çocuğunu örgüte müzahir okullara göndermesinin örgütsel bir eylem olarak değerlendirilemeyeceği kabulu ile onanmıştır.

23. Mahkeme başvurunun örgütsel amaçla ByLock haberleşme programını kullandığı yönündeki kabule dosya kapsamında bulunan "Yeni ByLock CBS Sorgu Sonucu" başlıklı rapor ve başvurunun ByLock sunucularına yaptığı bağlantıları gösteren CGNAT kayıtlarına istinaden ulaşmıştır.

24. Yargıtay uygulamasına göre kişilerin Bank Asya nezdindeki mutat bankacılık işlemleri örgütsel faaliyet veya örgüte yardım olarak kabul edilmemektedir [birçok karar arasından bkz. (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 5/3/2019 tarihli ve E.2018/6408, K.2019/1447; 2/3/2021 tarihli ve E.2019/5505, K.2021/1793 sayılı kararları]. Bununla birlikte bu kişilerin örgüt liderinin talimatı üzerine örgütün amacına hizmet eden ve Bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemlerin örgüte üye olma suçu bakımından örgütsel faaliyet,

tek başına ise örgüte yardım etme olarak kabul edilebileceği anlaşılmıştır ((kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 15/1/2019 tarihli ve E.2018/4959, K.2019/145 sayılı kararı). Somut olayda Mahkeme tarafından başvurucunun Bank Asya hesap hareketlerine ilişkin kayıtlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır. Bu inceleme neticesinde düzenlenen 8/12/2017 tarihli bilirkişi raporunda söz konusu bankacılık işlemlerinin başvurucunun ekonomik çıkarları dışında farklı bir amacı gerçekleştirme saiki ile yapıldığı tespit edilmiştir.

25. Eski bir subay olan tanık E.Ö., başvurucu ile İzmir Çiğli Uçuş Okulundaki eğitimine başladığı 2014 yılı Haziran ayında bir örgüt üyesi vasıtasıyla tanıştığını, başvurucunun kendisine hangi arkadaşıyla grup olmak istediğini sorduğunu, kendisinin önceden tanıdığı B.K.nın ismini verdiğini, bir sonraki hafta başvurucu ile görüşmeye gittiğinde B.K.nın da orada bulunduğunu ifade etmiştir. Tanık E.Ö. ifadesinde ayrıca başvurucunun bir süre sonra kendisi ve B.K.yı kendilerinden sorumlu farklı kişilere devrettiğini belirtmiştir. Mahkemenin gerekçeli karar içeriğinden tanık E.Ö.nün "başurucunun harbe hazırlık eğitimi alan hava kuvvetleri mensubu subaya abilik yapacak ve istediği gruba yerleştirebilecek örgütsel konuma sahip olduğuna" ilişkin beyanının başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olduğu yönündeki kanaatin oluşmasında dikkate alındığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

26. Ağrı Cumhuriyet Başsavcılığı, duruşmanın ikinci oturumu öncesinde tanık E.Ö.nün ifade ve Teşhis Tutanaklarını dava dosyasına göndermiş; Mahkeme de ikinci oturumda hazır bulunan başvurucu ile müdafii bu tutanakları okumuştur. Başurucu anılan ifade ve Teşhis Tutanaklarına karşı savunmasında tanık E.Ö.yü tanımadığını, hiçbir askerî personelle ilişkisi olmadığını ve aleyhindeki anlatımları kabul etmediğini beyan etmiştir.

27. Somut olayda başvurucu, müdafinin de hazır bulunduğu celsede söz konusu ifade ve Teşhis Tutanaklarına itiraz etme imkânı bulmuştur. Ayrıca gerekçeli kararda mahkûmiyete esas alınan diğer deliller göz önüne alındığında başvurucunun tanık E.Ö.yü sorgulama imkânı bulamamasının yargılamayı bir bütün olarak adil olmaktan çıkarmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

28. Açıklanan gerçeklerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamıştır.

### III. HÜKÜM

Açıklanan gerçeklerle;

A. Tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Hasan Tahsin GÖKCAN ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından adli yardım talebi kabul edilen başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/2/2023 tarihinde karar verildi.

## KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu; duruşmada okunan beyan hükme esas alınan tanığın huzurda dinlenilmesi için Mahkemenin herhangi bir girişimde bulunmadığını, kendisine tanıklara soru sorma imkânı tanımadığını, bu suretle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca Bakanlık görüşüne karşı cevabında, başvuru formunda tanık E.Ö.nfn ifade tutanağının kendisine okunmadığı yönünde bir iddiayı dile getirmediğini, itiraz ettiği hususun tanığın duruşmaya katılmaması nedeniyle kendisini aklama ve aleyhindeki delili çürütme imkânına sahip olamaması olduğunu dile getirerek başvuru formundaki iddiasını tekrar etmiştir.

2. Maddi gerçeği yansıtmaya özelliği bulunan her şeyin delil olarak kullanılabilirdiği ceza yargılamasında tanık anlatımları şüphesiz önemlidir. Özellikle örgütsel yapıların sırlı dünyalarını açığa çıkarmak bakımından tanık anlatımlarının değeri açıktır. Bununla birlikte verilecek mahkûmiyet veya beraat kararının sanık ve müştekileri ve kamuoyunu ikna edebilmesi, meşruiyet kazanması için ceza yargılamasında adil yargılamaya ilişkin usul güvencelerine uygun bir yargılama yapılması en az o derece önemlidir. Başka deyişle adil yargılanma hakkı mahkemenin sonuçta ne karar vereceğiyle ilgili olmayıp, yargılama sürecinin adil yürütülmesini güvence altına alır. Dahası gerek Anayasanın 36. maddesi ve yargılama hukukumuzda, gerekse yargı yetkisini kabul ettiğimiz AİİS ve uygulamaları uyarınca yargılamanın adil yargılanma hakkı güvencelerine uygun yürütülmesi sanık yönünden sübjektif bir haktır. Bu bağlamda tanık ifadelerinin belge delili gibi değerlendirilemeyeceği ve daha önce başka bir davada o olayı da kapsayan bir anlatımı tutanağa kaydedilse dahi kural olarak tanığın bu davada hakim huzurunda sanığın sorgulama imkânı bulduğu aleni duruşmada beyanının alınması vazgeçilemez bir güvence olarak kabul edilmiştir.

### ANAYASAL DENETİMDE ÖZERK YORUM OLARAK TANIK SORGULAMA HAKKI

3. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında AİHM gibi *tanık* kavramını sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi şeklinde özerk olarak yorumlamış ve tanık sorgulama ile ilgili ilkeleri belirlemiştir (*Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014; *Selçuk Demir*, B. No: 2014/9783, 22/1/2015; *AZ M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015; *Baran Karadağ*, B. No: 2014/12906, 7/5/2015; *Orhan Güleriyüz*, B. No: 2019/30221, 28/12/2021). Buna göre bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çekirme hakkı vardır. Adil bir yargılama yapıldığının kabulü için, hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde sanığın tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sinama imkânına sahip olması gerekmektedir (bkz. *AZ M.*, par. 55).

4. Testin ilk aşaması yönünden tanık mahkemede hazır edilmemişse bu durum geçerli bir nedene dayanmalıdır. İkinci olarak sanığın sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı tanık tarafından verilen beyanın mahkûmiyetin dayandığı tek veya belirleyici delil olup olmadığı değerlendirilmelidir. Sorgulama veya sorgulatma imkânı tanımayan tanığın beyanının tek veya belirleyici delil olduğunun tespit edilmesi durumunda ise üçüncü aşama olarak savunma tarafının maruz kaldığı bu zorlukların telafi edilmesi amacıyla yeterli



düzeyde karşı dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütülüp yürütülmediği ortaya konulmalıdır (bkz. *Abdurrahim Balur*, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, par. 80; *Omur Urbay*, B. No: 2014/6222, 6/3/2019, par. 36, 40; *Zekerya Sevim*, B. No: 2018/18989, 16/6/2021, par. 44, 51). Bu kapsamda hükme ulaşılrken sorgulanmamış tank beyanım destekleyen başka doğrulayıcı delillere dayanılması telafi edici güvencelerden biri olarak kabul edilebilir (*Orhan Güleriyüz*, par. 39). Sorgulanmayan tanığın beyanının güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla savunma tarafına sağlanabilecek bir diğer telafi edici güvence, sanığa olayı kendi yönünden anlatma ve delillerini sunma imkânının tamlanmasıdır (*Orhan Güleriyüz*, par. 40).

5. Yukarıda belirtilen inceleme yöntemi açısından mevcut başvuruya ilişkin mahkeme kararında dayanan delillere değinilmelidir. İncelenen başvuruda mahkûmiyet kararının dayanağı olabilecek üç olgu ve delil görülmektedir. Bunlardan ilki başvuru Bank Asya nezdindeki hesap hareketleridir. Fakat bu delilin suç kanıtı olarak kabul edilmesi durumunda dahi Yargıtay uygulamalarına göre bu olgu örgüt üyeliği suçunun kanıtı için tek başına yeterli görülmemekte, bu eylemin örgüte yardım suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir (bkz. birçok karar arasında bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 5/3/2019 tarihli ve E.2018/6408, K.2019/1447; 2/3/2021 tarihli ve E.2019/5505, K.2021/1793 sayılı kararları).

6. İkinci delil Byloc kullandığı iddiasıdır. Yargıtay içtihatları uyarınca sanığın ByLock kullanıcı olup olmadığının silahlı terör örgütüne üye olma suçunun silbütü açısından belirleyici olması durumunda ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nın dosyaya getirilmesi gereklidir. Anılan tutanağın temin edilememesi hâlinde ise operatör kayıtları ile eşleştirme yapılmak üzere BTK'dan getirilen CGNAT kayıtları ile HTS sonuçlarının karşılaştırılıp belirtilen hat üzerinden sanığın ByLock kullandığı kullanmadığı yönünde bilirkişiden *teknik rapor alınarak* hüküm kurulması gerekmektedir [birçok karar arasında bkz. (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/6/2021 tarihli ve E.2020/2018, K.2021/4527; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 4/10/2022 tarihli ve E.2021/18943, K.2022/5428 sayılı kararları]. Somut olayda ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı dosyaya getirilmediği gibi Yargıtay içtihadında açıklanan *teknik bilirkişi raporu* da temin edilmemiştir. Dosyadaki gazete aboneliği ve çocuğun ilgisiz okula gönderilmesinin ise delil değeri olmadığı Yargıtay kararlarında belirtilmektedir.

7. Gereklili karar içeriği ve hükme esas alınan delillere ilişkin Yargıtay uygulaması gözönüne alındığında soruşturma evresinde alınan ifadesi duruşmada okunmakla yetinilen tank E.Ö.nün "başvurucunun harbe hazırlık eğitimi alan hava kuvvetleri mensubu subaya abillik yapacak ve istediği gruba yerleştirebilecek örgütsel konuma sahip olduğuna" ilişkin beyanının başvuru evresinde silahlı terör örgütü üyesi olduğu yönündeki kanaatin oluşmasında ve temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesinde önemli ölçüde dikkate alındığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Diğer bir ifadeyle sorgulama imkânı tanımayan tanığın anlatımının mahkûmiyet kararına götüren tek olmasa da *belirleyici nitelikte delil* olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

8. Bundan ayrıca bir mahkûmiyet kararı belirleyici ölçüde sanığın soruşturma veya kovuşturma evresinde sorgulama ya da sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ve buna karşı savunma imkanını dengeleyici güvenceler sağlayan bir usul öngörülmemiş ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (bkz. *Orhan Güleriyüz*, par. 35). Anayasa Mahkemesi tank sorgulama hakkıyla ilgili olarak verdiği kararlarında somut bir

yargılama öncesinde veya haricinde elde edilen tanık beyanlarının delil olarak kabulünün yargılamanın adillğine zarar verip vermediğini değerlendirmek için üç aşamalı bir test uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

9. Bütün bunlarla birlikte gerekçeli kararda, başvuruçunun örgütün asker yapılanması içinde yer aldığı ve harbe hazırlık eğitimi alan hava kuvvetleri mensubu subaya abilik yapacak pozisyonda olduğu yönündeki tanık beyanını destekleyen başka doğrulayıcı delillere dayanıldığına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Ayrıca 5271 sayılı CMK'nun 180. maddesinin " ... tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır." şeklindeki (5) numaralı fıkrasına rağmen Mahkemenin sözü edilen tanığı SEGBİS yoluyla neden dinlemediğine ilişkin bir bilgi ve belgeye de ulaşamamıştır. Sonuç olarak güvenilirliği ve doğruluğu test edilmemiş tanık beyanı belirleyici ölçüde hükme esas alındığı hâlde savunma tarafına karşılaştığı zorlukları telafi edecek, karşı dengeleyici güvencelerin tanımadığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda tanık E.Ö.nün duruşmada dinlenmemesinin bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

### CEZA YARGILAMA HUKUKU GÜVENCELERİ (KANUNLILIK) YÖNÜNDEN

10. Anayasal kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ceza yargılama hukukuna ilişkin somutlaştırıcı güvenceleri 5271 sayılı CMK hükümlerinde yer almıştır. CMK madde 210/1 uyarınca; "olayın delili bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez. Yine CMK madde 217/1 uyarınca "hakim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir." Yukarıda izah edildiği üzere incelenen başvuruda örgüt üyeliği suçuna ilişkin olarak kullanılan delillere ilişkin zafiyet karşısında tanık delilinin önemli ve hükme varmada belirleyici bir delil olduğu açıktır. Kanunun sözü edilen bu iki kuralı bir yönüyle hakimin tanık anlatımını bizzat müşahade etmesini, delille temas kurmasını, ikinci olarak da aleni duruşmada dinlenen tanığa karşı sanığın bu ifadelerin güvenilirliğini sorgulama ve tanığın dayandırdığı olgulara karşı diyeceklerini sunma imkanı tanıması yönüyle ceza yargılamasının temel unsurlarından biri niteliğindedir. Aleni duruşmada böyle bir imkan tanıdığına delillerin hakim önünde tartışıldığından ve yüzyüzelik ilkesinin yerine getirildiğinden söz edilebilir. Yoksa daha önce başka bir dosyada veya soruşturmada alınmış tanık ifadesinin okunması ve buna karşı diyeceklerinin sanığa sorulmuş olması adil yargılama hakkının gereklerinin yerine getirilmesi bakımından yeterli görülemez, dengeleyici güvence olarak da kabul edilemez. Diğer taraftan davanın hakimi yönünden de duruşmada dinlenmeyen tanık beyanını hükme esas almak en başta ceza yargılamasının yüzyüzelik/doğrudanlık ilkesine aykırıdır. Kanunun anılan maddesindeki, "hükümün huzurda tartışılmış delillere dayanabileceği" kuralı bu ilkeyi dile getirmektedir. İlke özünde hakkaniyetli yargılama ilkesiyle ve dolayısıyla adil yargılama hakkıyla bağlantılıdır.

11. Nitekim anılan CMK hükümlerinin adil yargılama hakkına ilişkin güvenceler niteliğinde olduğu doktrinde de ifade edilmektedir (bkz. Gökcoen/Balcı/Alşahin/Çakır, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2022, s. 307). Ayrıca kural olarak delil bir tanığın ifadesi ise tanığın yazılı ifadesinin okunması belge delili mahiyetinde kullanılamaz. CMK madde 210/1'deki "olayın delili bir tanığın açıklamalarından ibaret ise" ibaresi farklı yorumlamaya müsait gibi görünüyorsa da bu kuralın "tanık ifadelerinin her durumda duruşmada alınacağını" ifade ettiği biçiminde anlaşılması adil yargılama güvencelerine uygun bir yorum

olur. Aksi yönde yorumlanması tanık beyanlarını belge delillerine indirgemek anlamına gelir ki bu durum Anayasa'ya uygun bir yorum olmaz. Esasen Kanun tanık ifadesinin yazılı olduğu belgenin okunması imkanını iki olasılıkla sınırlandırmıştır. Bunun ilki istinabe veya naib hakim tarafından dinlenen tanığın ifadesine ilişkin tutanağın okunması (CMK m. 209/1), ikincisi ise daha önce dinlenen bir tanığın ölmesi, akıl hastalığına tutulması veya temin edilememesi veya delil değeri itibarıyla ağırlık taşımadığı için hazır bulunması gerekli görülmemesi tanığın önceki ifadesinin duruşmada okunmasına ilişkindir (CMK m. 211). Başvuru konusu olayda bu istisnalardan biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle istisna dışında tüm tanıkların hakim önünde ve aleni duruşmada dinlenmesi adil yargılanma hakkının ve Kanunun bir gereğidir.

12. Diğer taraftan adil yargılanma hakkı yönünden gerek AİHM ve gerekse Anayasa Mahkemesinin tanık sorgulama hakkına ilişkin otonom yorumlarında bu güvence daha sıkı koşullara bağlanmaktadır. Bu yorumlarda tanık delilinin tek delil olması değil, tek veya belirleyici delil olması durumunda tanığın mutlaka duruşmada dinlenmesi, bununla birlikte duruşmada hazır edilmesinde güçlük olması halinde elektronik bilişim sistemi (segbis) aracılığıyla dinlenmesi zorunluluğuna işaret edilmektedir (Bkz. AYM Atıla Oğuz Boyalı, B. No: 2013/99, 20.3.2014, p. 46; Gulan Kılıçoğlu Yüzbaşı, par. 38-41; Cezayir Akgül, par. 37-39. AİHM kararları için bkz. Delta/Fransa, B. No: 11444/85, 19.12.1990, par. 36-37; PS/Almanya, 20.12.2001, p. 30; Rachad/Fransa, p. 24; A.M./ İtalya, 14.12.1999, p. 25-26; Sadak ve diğ./Türkiye, p. 66; Solokow/Eski Makedonya C. 31.10.2001, p. 58).

13. Kanunların yorumunda farklı anlamların yüklenmesinin olası bulunduğu durumda anayasaya uygun yorumun temel alınması mahkemeler yönünden anayasal bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün dayanakları anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleri ile hakimlerin görevlerine ilişkin kural (AY m. 2, 11, 138/1) ile uyumsuzlukla ilgili temel hak güvencesidir (bu olayda AY m. 36). Doktrinde de delilin tanık açıklamalarından ibaret olduğunda duruşmada dinlenmesi gerektiğine ilişkin kuralın insan hakları hukukuna dair yorumlar doğrultusunda anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu görüş "CMK'da yer alan hükümün bu bağlamda AİHM içtihatları ışığında yorumlanması zorunludur. Önemli olan tanığın tek olması değil, tek veya belirleyici delil olmasıdır." sözleriyle ifade edilmiştir (Fahri Gökçen Taner, Çelişme ve Silahların Eşitliği, 2. B. Ankara 2021, s. 434). Öte yandan ceza muhakemesinin güvence işlevi karşısında doğrudan ifade almanın mümkün olduğu durumda CMK madde 210/1'in geçerli olmayacağına ve önceki yazılı ifadesinin okunmasıyla yetinilme kuralının uygulanamayacağına ilişkin doktrindeki değerlendirmeler de anayasaya uygun yorumu ifade etmektedir (bkz. Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, II, Ankara 11.B. 2021, s. 139). Bunlar doktriner görüşler ise de aşağıda değinileceği üzere Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

## TANIK SORGULAMA HAKKIYLA İLGİLİ YARGITAY UYGULAMASI

14. Nitekim Yargıtay kararlarının; CMK madde 210/1'de yer alan kuralın, hak ihlali kararlarında yapılan anayasal yorum doğrultusunda tanık beyanının belirleyici delil olması durumunda tanığın duruşmada dinlenmesi gerektiği yönünde olduğu görülmektedir. Örneğin; "Tanığın örgütün hiyerarşik yapısına organik bağ ile katılıp katılmadığına ilişkin maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortaya konulması bakımından, 5271 sayılı CMK'nın 210/1. maddesine de muhalefet edilerek beyan okunmakla yetinilen ve fakat ifadesi suçun sübutu açısından belirleyici delil niteliğinde olan Nesip Y.'nin, doğrudan aleni duruşmada sanığın huzurunda veya 5271 sayılı CMK'nın 180/1-2-5 maddesi gereğince SEGBİS kullanılmak ya da anılan Kanunun 181/1 maddesinde öngörülen usule riayet

edilmek suretiyle istinabe yoluyla dinlenip tüm beyan ve belgelerin CMK 217. maddesi gereğince duruşmada okunup tartışılmasından sonra tanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiğken, eksik araştırma ve yetersiz belgelere dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırı ... görülmüş olduğundan hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar verildi." Y. 3.CD. 29.11.2022, E. 2022/34717 – K. 2022/8801. Daire başka bir davada belirleyici tanık beyanı istinabe ile alınmasına ve ifade tutanağı duruşmada okunmasına karşın duruşmada dinlenmesi gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir: "Dosya kapsamına göre tanık Tayfun G.'nin beyanının suçun sübutu açısından belirleyici delil olması karşısında, tanığın duruşmaya getirilerek taraflara da soru sorma hakkı tanımak suretiyle beyanlarının tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmeyerek tanığın istinabe ile alınan beyanlarının okunmasıyla CMK'nın 210/1. maddesine muhalefet edilmesi, kanuna aykırı ... görülmüş olduğundan hükmün ... bozulmasına oybirliğiyle karar verildi." Y. 3.CD. 19.10.2022, E. 2021/9871 – K. 2022/6447.

15. Aynı Dairenin diğer bazı kararlarında ise tanık sorgulama hakkına üstünlük tanınmış ve istinabe ile beyanları alınan iki tanığın ifadelerinin okunmasıyla yetinilmeyip, duruşmada dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir: "Dosya kapsamına göre tanıklar Ahmet T. ve Necip U.'un beyanlarının suçun sübutu açısından ehemmiyet arzeder nitelikte olması karşısında, tanıkların duruşmaya getirilerek taraflara da soru sorma hakkı tanımak suretiyle beyanlarının tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, tanıkların istinabe ile alınan beyanlarının okunmasıyla yetinilerek CMK'nın 210/1 maddesine muhalefet edilmesi kanuna aykırı ... görülmüş olduğundan hükmün ... bozulmasına oybirliğiyle karar verildi." Y. 3.CD. 24.11.2022, E. 2021/20594 – K. 2022/8418. Aynı yönde bkz. 3.CD. 2.11.2022, E. 2022/6721 – K. 2022/7219.

16. Ne var ki bütün bunlara karşın incelediğimiz olayda yerel mahkemece olayın tek tanığın duruşmada dinlenmesine gerek görülmemiş, tanık sorgulama hakkı güvencesi yok sayılıp ceza yargılama usulleriyle bağdaşmayan bir tür pratik kestirimlerle yukarıda değinilen deliller çerçevesinde mahkumiyet hükmü kurulmuştur. Temyiz incelemesini yapan 16. CD ise yargılamada tanık sorgulama hakkının tanınmamasına ilişkin müdahaleyi dikkate almamış, telafi etmeye çalışmamıştır.

17. Bilindiği üzere adil yargılama hakkı güvenceleri sonucun (beraat-mahkumiyet) ne olduğuyla ilgili olmayıp, yargılama sürecinin adil olup olmamasıyla ilgilidir. Bu yönden verilen hak ihlalinin gereği, ihlali gideren yeni bir yargılama yapılmasıyla yerine getirilir. Dolayısıyla adil yargılamaya ilişkin hak ihlali kararları mahkemelerin daha önce verdiği kararların sonuçları hakkında bir yargıyı, değerlendirmeyi içermemektedir. Mahkememizin bu zamana kadar devam ettirdiği insan hakları standardını yansıtmayan bu katara belirttiğim gerekçelerle katılmıyorum.

Başkan  
Hasan Tahsin GÖKCAN

## KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Beyanları belirleyici ölçüde hükme esas alınan tanığın sanık (başvurucu) tarafından sorgulanmasına imkân verilmemesi nedeniyle tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin yapılan bireysel başvuruda başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediğine ilişkin çoğunluk kararına katılmamaktayım.

2. Başvurucu, hakkındaki mahkumiyete ilişkin gerekçeli kararda beyanına yer verilen tanık E.Ö'nün huzurda dinlenilmesi için Mahkemenin herhangi bir girişimde bulunmadığını, kendisine tanıklara soru sorma imkânı tanımadığını, bu suretle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

3. Esasen tanık sorgulama hakkı kanuni dayanakları bulunan bir haktır. Yargıtay da tanıklara soru sorma hakkının kısıtlanmasını bozma sebebi yapmaktadır. Bu konuda aşağıdaki kararlara bakılabilir:

*"Beyanları hükme esas alınan birden çok tanığın gizli olarak dinlenilmiş olmalarının yasal ve doyurucu gerekçesinin açıklanmaması ve CMUK'un 58. ve 201. maddeleri uyarınca sanıklar ile sanık savunmalarının doğrulan soru sorma hakları yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle önlenmesi suretiyle ... savunma haklarının kısıtlanması..."* (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 10/10/2012. E.2012/2043, K.2012/7392).

*"Dosya kapsamına göre tanık ... beyanının suçun sübutu açısından belirleyici delil olması karşısında, tanığın duruşmaya getirilerek taraflara da soru sorma hakkı tanınmak suretiyle beyanlarının tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmeyerek ..."* (Yargıtay 3. Ceza Dairesi 19/10/2022, E.2021/9871, K.2022/6447).

*"Sanık hakkında suçun sübutu açısından belirleyici delilin tanık beyanları olması karşısında, tanıkların duruşmaya getirilerek taraflara da soru sorma hakkı tanınmak suretiyle beyanlarının tespit edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, tanıkların hazırlık beyanlarının okunulmasıyla yetinilerek CMK'nun 210/1 maddesine muhalefet edilmesi suretiyle eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması ..."* (Yargıtay 3. Ceza Dairesi 26/10/2021, E.2021/1276, K.2021/9739).

4. Bunun yanında tanık sorgulama hakkı anayasal düzeyde de güvence altına alınmış bir haktır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde sanığın tanıklara soru yöneltilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınama imkânına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir (AZ. M., B. No: 2013/560, 16/4/2015, § 55). Diğer yandan bir mahkumiyet -tek veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulama imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış ve dengeleyici güvenceler sağlayan bir usul öngörülmemiş ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (Orhan Güleriyüz, B. No: 2019/30221, 28/12/2021, § 35).

5. Anayasa Mahkemesi, tanık sorgulama hakkıyla ilgili olarak verdiği kararlarında somut bir yargılama öncesinde veya haricinde elde edilen tanık beyanlarının delil olarak kabulünün yargılamanın adillğine zarar verip vermediğini değerlendirmek için üç aşamalı bir test uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre ilk olarak tanığın mahkemede hazır edilmemesi geçerli bir nedene dayanmalıdır. İkinci olarak sanığın sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı tanığın verdiği beyanın mahkûmiyette dayanan tek veya belirleyici delil olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Sorgulama veya sorgulatma imkânı tanımayan tanığın beyanının tek veya belirleyici delil olduğunun tespit edilmesi durumunda ise üçüncü aşama olarak savunma tarafının maruz kaldığı bu olumsuzluğun telafi edilmesi amacıyla yeterli düzeyde karşı dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütülüp yürütülmediğı ortaya konulmalıdır (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Abdurrahim Balur*, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 80; *Ömur Urbay*, B. No: 2014/6222, 6/3/2019, §§ 36, 40; *Zekeriya Sevim*, B. No: 2018/18989, 16/6/2021, §§ 44, 51). Bu kapsamda, hükme ulaşırlken sorgulanmamış tanığın beyanını destekleyen başka doğrulayıcı delillere dayanılması telafi edici güvencelerden biri olarak kabul edilebilir (*Orhan Güleriyiz*, § 39). Mahkemenin yargı çevresi dışındaki tanıkların -sanığın da onlara soru sormasına imkân sağlayacak ve sorulan sorulara verdikleri cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edecek şekilde- Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) gibi vasıtalarla dinlenmesi telafi edici bir güvence olabilir (bazı değişikliklerle birlikte *Uğur Özcan*, B. No: 2021/12137, 26/7/2022, § 40). Sorgulanmayan tanığın beyanının güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla savunma tarafına sağlanabilecek bir diğer telafi edici güvence ise sanığa olayın kendi versiyonunu anlatma ve delillerini sunma imkânının tanınmasıdır (*Orhan Güleriyiz*, § 40).

6. Dosya kapsamından derece mahkemelerince, tanığın duruşmada fiziken hazır edilmemesi veya görüntülü ve sesli iletişim tekniğı aracılığıyla uzaktan dinlenilmemesi konusunda geçerli bir neden ortaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Ancak geçerli bir nedenin ortaya konulmamış olması tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğinin kabul edilmesi için yeterli değildir. Bu durumda, hükümün tek başına veya belirleyici ölçüde başvuruçunun sorgulama veya sorgulatma imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadeye dayalı olup olmadığı ortaya çıkarılmalıdır.

7. Mahkeme, delil olarak başvuruçunun ByLock haberleşme programı kullanımına ilişkin verilere, Bank Asya hesap hareketliliğine ve tanık E.Ö.nün beyanlarına dayanarak mahkûmiyet sonucuna ulaşmıştır. Gerekçeli kararda ayrıca başvuruçunun çocuğunu örgütte ait okula iki yıl boyunca gönderdiğine ve 2012-2016 yılları arasında Zaman gazetesine abone olduğuna dair ikrarının aleyhe yan delil olarak kabul edildiğini belirtmiştir. Bu hüküm, Yargıtay tarafından başvuruçunun çocuğunu örgütte müzahir okullara göndermesinin örgütsel bir eylem olarak değerlendirilemeyeceğı kabulü ile onamıştır.

8. Yargıtay içtihadı uyarınca sanığın ByLock kullanıcıları olup olmadığına silahlı terör örgütüne üye olma suçunun sübutu açısından belirleyici olması durumunda ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nın dosyaya getirilmesi, anılan tutanağın temin edilememesi hâlinde operatör kayıtları ile eşleştirme yapılmak üzere BTK'dan getirilen CGNAT kayıtları ile HTS sonuçlarının karşılaştırılıp belirtilen hat üzerinden ByLock kullanan kişinin sanık olup olmadığı doğrultusunda bilirkişiden teknik rapor alınarak hüküm kurulması gerekmektedir [birçok karar arasından bkz. (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 30/6/2021 tarihli ve E.2020/2018, K.2021/4527; Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 4/10/2022 tarihli ve E.2021/18943, K.2022/5428 sayılı kararları]. Somut olayda ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı dosyaya getirilmediğı gibi Yargıtay içtihadında açıklanan teknik bilirkişi raporu da temin edilmemiştir. Dolayısıyla somut başvuruda teknik bilirkişi

raporu temin edilmeden başvuru hakkında ByLock haberleşme programı kullanımına ilişkin veriler başvuru hakkındaki silahlı terör örgütüne üye olma suçunun sübutu açısından belirleyici delil olarak kabul edilemeyecektir.

9. Yine Yargıtay uygulamasına göre kişilerin Bank Asya nezdindeki mutlak bankacılık işlemleri örgütsel faaliyet veya örgüte yardım olarak kabul edilmemektedir [birçok karar arasından bkz. (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 5/3/2019 tarihli ve E.2018/6408, K.2019/1447; 2/3/2021 tarihli ve E.2019/5505, K.2021/1793 sayılı kararları]. Bununla birlikte bu kişilerin örgüt liderinin talimatı üzerine örgütün amacına hizmet eden ve bankanın yararına yapılan ödeme ve sair işlemlerin örgüte üye olmak suçu bakımından örgütsel faaliyet, tek başına ise örgüte yardım etmek olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır [(kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 15/1/2019 tarihli ve E.2018/4959, K.2019/145 sayılı kararı]. Yargıtayın bu uygulamasına göre dosyada Bank Asya hesap hareketliğine ilişkin verilerin diğer koşullarının da bulunması kaydıyla- *örgüte yardım etme suçunun* tek başına delili olabileceksa de bu delilin terör örgütü üyeliği suçundan verilen mahkumiyette tek veya belirleyici delil olamayacağı açıktır.

10. Yargıtay, kişilerin örgütle bağlantılı gazete veya dergilere (bu kapsamda Zaman gazetesine) abone olmalarının örgütsel bir faaliyet olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir [birçok karar arasından bkz. (kapatılan) Yargıtay 16. Ceza Dairesinin E.2018/5167, K.2019/3211, 7/5/2019; E.2017/3174, K.2019/2244, 2/4/2019; E.2019/6400, K.2020/139, 13/1/2020 sayılı kararları].

11. Gerekçeli karar içeriği ve hükme esas alınan delillere ilişkin Yargıtay uygulaması göz önüne alındığında tanık E.Ö.'nin "*başvurucunun harbe hazırlık eğitimi alan hava kuvvetleri mensubu subaya abillik yapacak ve istediği gruba yerleştirebilecek örgütsel konuma sahip olduğuna*" ilişkin beyanının başvuru silahlı terör örgütü üyesi olduğu yönündeki kanaatin oluşmasında ve temel cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak tayin edilmesinde "*belirleyici delil*" olarak dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Gerekçeli kararda, duruşmada sorgulanmayan tanığın beyanını destekleyen başka delillere dayandığına ilişkin bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

12. Güvenilirliği ve doğruluğu test edilmemiş tanık beyanı belirleyici ölçüde hükme esas alındığı hâlde savunma tarafına karşılaştığı zorlukları telafi edecek, karşı dengeleyici güvenceler de sağlanmamıştır. Bu kapsamda CMK'nın 180. maddesinin "*... tanık veya bilirkişinin aynı anda görünülü ve sesli iletişim tekrarının kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır.*" şeklindeki (5) numaralı fıkrasına rağmen Mahkemenin sözlü edilen tanığı SEGBİS yoluyla neden dinlemediğine ilişkin bir bilgi ve belgeye de ulaşılammıştır.

13. Sonuç olarak, başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkını ihlal edildiği kanaatine ulaştığımdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmamaktayım.

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ