

## DANIŞTAY BAŞKANLIĞINA

### Yürütmenin durdurulması taleplidir!

DAVACI : 1-) GAZİANTEP BAROSU BAŞKANLIĞI  
İstasyon Caddesi Ticaret Sarayı K:2 Şahinbey/GAZİANTEP

VEKİLİ :Av. Bektaş ŞARKLI-Mucahitler mah. 52078 nolu sok.Avukatlar İş  
Merkezi K:1/1 Şehitkamil/GAZİANTEP

2-) Av.Bektaş ŞARKLI (18557017150 TC NO)

DAVALI : 1-EMNİYET GENEL MÜDÜRLÜĞÜ-ANKARA  
2-İÇİŞLERİ BAKANLIĞI-ANKARA

YAYIM TARİHİ : 27.04.2021

DAVA KONUSU : İçişleri Bakanlığı'na bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarih ve 2021/19 sayılı genelgesi , yetki, şekil, sebep, konu maksat yönlerinden hukuka aykırı olduğundan, öncelikle Yürütmesinin Durdurulmasına ve İPTALİNE karar verilmesi dava ve talebimizdir.

### DAVA KONUSU İŞLEM:

İptalini talep ettiğimiz işlem, İçişleri Bakanlığı'na bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün (ses ve görüntü kaydı alınmasını konu eden E-29367668-86168-(32068)-3895 sayılı genelgesi) ülke çapında uygulanacak bir düzenleyici işlemi niteliğindedir (EK-1). Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 27.04.2021 tarih ve 2021/19 sayılı dava konusu Genelge ile;

“...Tüm vatandaşlarımız açısından özel hayatın gizliliği ve kişisel veri ihlalinin söz konusu olduğu bu tarz durumlarla genel kolluk personelimiz de sıklıkla karşılaşmaktadır. Bazen görevin yapılmasını engelleyecek boyuta ulaşan bu ihlaller, zaman zaman personellerimizin veya vatandaşlarımızın kişilik haklarına veya güvenliğine zarar verir şekilde çeşitli dijital platformlarda yayımlanmaktadır...

...personellerimizin görevini ifa ederken bu tür ses ve görüntü alınmasına tevessül edecek davranışlara fırsat vermemeleri, eylemin veya durumun niteliğine göre kayıt yapan kişileri engellemeleri, kanuni şartları oluştuğunda adli işlem yapmaları gerektiği hususlarında tüm personelin bilgilendirilmesi...” talimatı verilmiştir.

Ülkemizde emniyet ve asayişin sağlanması ile güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesi, büyük ölçüde idari ve adli kolluk tarafından yerine getirilen faaliyetlerle sağlanır. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nın “adli kolluk ve görevi” ni düzenleyen 164. maddesinin birinci fıkrası hükmüyle de işaret edilmiş olduğu gibi ülkemizde genel kolluk; emniyet teşkilatı mensupları olarak polisler, jandarma teşkilatı mensupları olarak jandarmalar, gümrük teşkilatı mensupları olarak gümrük tekel zabıtalıları ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensuplarıdır.

Demokratik bir hukuk devletinde yetki ile donatılmış olan kolluk görevinin aynı zamanda şeffaf ve hesap verebilir olması son derece önemlidir. Bir kamu hizmeti sunan ve bu anlamda kamu düzenini korumak ve sağlamak maksadıyla çeşitli yetkilerle donatılmış olan ve üstelik bu yetkilerle temel hak ve özgürlüklere kolayca müdahale etme imkânı olan kolluk personelinin de denetlenebilir olması gerekir.

### BEYANLARIMIZ:

Düzenleme ile, hem temel insan hak ve özgürlükleri, hem ceza muhakemesi hukukunun yüzlerce yılda kazandığı hak arama ve delillendirme imkan ve usulleri, hem haberleşme hakkı, hem de savunma hakkı ihlal edilmektedir. Şöyle ki:

Kolluk personeline, kişisel verileri ve özel hayatın gizliliğini ihlal edecek ses ve görüntü alınmasının engellenmesi talimatı verilmesi bir yetki aşımıdır. Kişilerin rızası olup olmadığı anlaşılmeden, şikayete ve/veya tazminat hukuku usullerine başvuru kategorisindeki bir olguya dönük fiillerin niteliğini ve hukuksallığını anlamadan, özel kişilerin şikayeti olup olmadığına bakmadan idari kolluğun kendiliğinden engellemesini istemek, özel hukuka ya da şikayete tabi bir alanın resen kolluk tedbiriyle düzenlenmesi anlamına gelir ve hukuka aykırı olur. İdari kolluğun böyle bir “toplum mühendisliği” görevi yoktur.

Bu nedenle Emniyet Müdürlüğü genelgesi, bir yetki aşımıdır. Kolluk yetkisinin kötüye kullanılmasıdır.

Anayasamızın 36. Maddesi uyarınca, herkes meşru vasıtalarla hak arama hürriyetine sahiptir. Kişilerin hak arama hürriyetlerinin bir parçası olarak, işlenen suçta ispat amacı, kişisel veriler hukukunun istisnası olmanın ötesinde, hukuken korunması gereken bir üstün değerdir.

Öncelikle her bir yurttaş, üstelik de kamusal bir alanda gerçekleşen bir olayı, suç şüphesiyle delillendirmek ihtiyacı hissedebilir. Bu toplum halinde yaşamının ve dayanışmanın doğal bir sonucudur.

Özellikle kendisine ya da yakınındakilere yönelmiş bir suç eyleminin delillendirilmesi ise zaten hukuken korunma altındadır.

Ceza Muhakemesi alanında ilke, CMK 217. Maddesinde de düzenlendiği üzere, delil serbestisidir. Şöyle ki:

“Ceza muhakemesinde, meydana gelen bir olayla ilgili yapılan inceleme ve sonucunda yapılan muhakemede en önemli amaç, fiilin Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre suç olup olmadığının tespiti ile kim veya kimler tarafından gerçekleştirildiğinin ispatını sağlayacak delillere ulaşmak ve bu deliller ışığında karara ulaşmaktır. (Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı Ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı, Ferhat KARABULUT, Ersin KARAPAZARLIOĞLU, Hamza TOSUN, TBB dergisi, m2015-120-1517 (barobirlik.org.tr), syf 387)

“Yargılamanın gerçekleşmesi için öncelikle ceza kanunlarımızda suç olarak tanımlanan bir eylemin gerçekleşmesi ve ceza adalet sisteminin bu eylemden haberdar olması gerekmektedir.

Doğal olarak yargılama somut olay gerçekleştiğinden sonra yapıldığından, ceza muhakemesinde, meydana gelen olayın soruşturma ve kovuşturma evresinde elde edilen deliller vasıtasıyla tekrar canlandırılarak hâkimin karar vermesi sağlanmaya çalışılmaktadır” (Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (10. Bası) İstanbul, 2013 ss.204)

“Ceza muhakemesinde delillerin sınırlandırılması, meydana gelen somut olayın ispatını zora sokacak ve adaletin tecelli etmesine mani olarak sistemi işlemez hale getirecektir. Bu sebeple, ceza muhakemesinde meydana gelen olayın her türlü delil ile ispat edilebilmesine olanak tanınması zorunluluktur. Olay geçmişte meydana geldiğinden ispata yarayan delillerin kullanılmasında sınırlamayı ortadan kaldırmak ve adaletin yerine getirilmesini kolaylaştırmak maksadıyla, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun da hâkimin takdir yetkisini düzenleyen 217/2’nci maddesi “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” şeklinde düzenlenmiştir (KARABULUT, KARAPAZARLIOĞLU, TOSUN, a.g.y, 390).

Aynı hususta Toroslu ve Feyzioğlu ise ceza muhakemesi sırasında ispat edilecek olayın muhakemeden önce gerçekleşmiş olması, olayların ortaya çıkış zamanı ve şartlarının önceden bilinmemesi gibi nedenlerle ceza muhakemesinde “delil serbestisi” ilkesinin benimsendiğini belirtmektedir. (Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku (11. Bası) Ankara, 2013, s.173). Delil serbestisi ilkesine göre “(1) her şey kanıt olabilir, (2) İLGİLİLER KANIT İLERİ SÜREBİLİR, (3) yargıç kendiliğinden kanıt araştırabilir, (4) kanıt ileri sürmede zaman sınırlaması yoktur, (5) ispat külfeti sanığa yüklenemez, (6) kanıt belirlemede yargııcı bağlayan üstün kanıt yoktur” (a.g.y.)

Dolayısıyla Ceza muhakemesinde maddî gerçeğe ulaşarak adaleti sağlamak amaçlandığından, meydana gelen somut olayın ispatına yarayan her türlü vasıta delil olabilir ve hâkim bu vasıtalarından hangisini kabul edeceği hususunda takdir yetkisine sahiptir (KARABULUT, KARAPAZARLIOĞLU, TOSUN, a.g.y, syf. 390). Bu nedenle dava konusu idari işlem, doğrudan mahkemenin takdir ve kanaat alanına yönelerek, “İlgililerin” delil toplama hakkının özünü ortadan kaldırmaktadır. Bu hem bir yetki gaspı hem usul aykırılığı, hem de yöneldiği alan itibarıyla konu ve amaç sakatlığına tekabül etmektedir.

“Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik”te ise delil “Meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtası” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla davalı Emniyet Müdürlüğü, dava konusu genelgesiyle, bizatihi uygulaması gereken üst normu ihlal etmektedir.

3- Ses ve konuşmaların kayıt edilmesinin suç olarak değerlendirilebilmesi için öncelikle özel hayat ve özel hayatın gizliliği kavramlarının açıklanması gerekmektedir. TCK m.134’ün gerekçesinde “başka suretle başkaları tarafından görülmesi mümkün olmayan bir özel yaşam olayı” denilmektedir. Buna göre, herkes tarafından bilinebilecek durumdaki olayların ve olaylar esnasında yapılan konuşmaların ses kaydının alınması, özel hayatın ihlali suçunu oluşturmamaktadır.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2013/11860E., 2014/2963K. ve 10.02.2014 tarihli kararında; “Sanığın eyleminin TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu kapsamında değerlendirilebileceği; ancak, iddiaya konu konuşmaların aktarıldığı belge ve alınan beyanların içeriğine göre, sanık ile katılanın daha önce meydana gelen huzur ve sükunu bozma suçu olayıyla ilgili hadiselerden bahsettikleri, katılanla sanık arasında geçen konuşmaların, katılanın özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte bulunmadığı gözetilerek, atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı” şeklinde hüküm kurarak; Ses kaydı almanın TCK m.134 kapsamında suç olarak değerlendirilebileceği fakat ses kaydı içeriğinin özel yaşam alanına ilişkin olmaması durumunda özel hayatın ihlali suçunun oluşmayacağını belirtilmiştir.

Ayrıca bir suç durumunda başka türlü delil elde etme imkanı yok iken veya kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmalarının engellenmesi amacıyla ses kaydı alınması durumunda suçun oluşmayacağı Yargıtay kararları ile sabittir. Keza, Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2012/5-1270E., 2013/248K. ve 21.05.2013 tarihli kararında;

“...kendisine veya aile birliğine yönelen, onurunu zedeleyen, haksız bir saldırıyı önlemek için, kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyip, yetkili makamlara sunarak güvence altına almak amacıyla, saldırıyı gerçekleştiren tarafın bilgisi ve rızası dışında, özel hayata ait bilgileri okuma, konuşma ve haberleşme içeriklerini veya özel hayata ilişkin ses ve görüntüleri dinleme, izleme ya da kaydetme, kişisel verileri kaydetme, ele geçirme ve yayma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, yargı mercilerindeki iddialarını ispat etmek için başka türlü delil ibraz etme olanağının bulunmadığı hallerdeki bir takım eylemlerinin de haksızlık unsurunu içermeyeceği, esasen bu gibi hallerde, kişinin hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket ettiğinden de söz edilemeyeceği gözetildiğinde, katılanın özel hayatına ilişkin bilgileri, üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia da ileri sürülmeyle, hukuk mahkemesindeki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılacakla, ...” şeklinde hüküm kurularak bu durumda ses kaydı alınmasının suç oluşturulmayacağı ifade edilmiştir.

Görülebileceği üzere Yargıtay CGK, kazai içtihat niteliğindeki kararında iddialarını ispat etmek amacıyla yönelen SES VE GÖRÜNTÜ KAYDETME, KİŞİSEL VERİ KAYDETME, ÖZEL HAYATA İLİŞKİN SES VE GÖRÜNTÜLERİ DİNLEME, İZLEME YA DA

KAYDETME, KİŞİSEL VERİLERİ KAYDETME, ELE GEÇİRME eylemlerini hukuka uygunluk sebebi saymıştır. Açıkça Yargıtay, ceza usul hukukundaki delil-ispata hakkını, özel yaşam/kişisel veri olgusundan daha üstün değer olarak görmüştür.

Dava konusu idari işlemin ise, delil ve ispat kavramını tartışmak bir yana, özellikle kolluk eylemlerinin kendisine dönük delillendirme hakkını tümüyle ortadan kaldırmaya yöneldiği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Genelge, bütün halinde “Ceza Adalet Sisteminin yok sayılması” niteliğindedir.

4- Hukuka aykırılık fail değil, fiil hakkında bulunulan değersizlik yargısıdır ve objektif nitelik taşır (Jescheck / Weigend, s. 233; Maurach / Zipf, AT/1 § 24 kn. 14 f.; Özbek ve diğerleri, Genel Hükümler, s. 286-287) Hukuka aykırılığın esası, fiilin emir ya da yasak normunu ihlal etmesi, bir başka ifade ile kişinin emir ya da yasak normunun içinde mündemiç, yapma ya da yapmama şeklindeki yükümlülüğüne aykırı davranmasıdır. Tipik fiil hakkındaki hukuka aykırılık değerlendirilmesi tüm hukuk düzeni dikkate alınmak suretiyle yapılır. Bu, “hukuk düzeninin tekliği ve birliği” ilkesinin bir gereğidir. Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk düzeninin tüm alanlarında (örneğin medeni hukuk, idare hukuku, ceza muhakemesi hukuku vs.) yer alabilir. Bu nedenler sadece ilgili oldukları alanda değil, ceza hukuku alanında da fiilin hukuka aykırılığını bertaraf ederler. Bir hukuk disiplininde fiile izin veren bir normun varlığı, fiili tüm hukuk düzeni bakımından hukuka uygun kılar. Diğer taraftan, kaynağının sınırsız olması nedeniyle, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin kanunlarda düzenlenebilmesi mümkün değildir. Sosyal ilişkiler ve toplumda geçerli olan değer tahayyüllerinin değişmesi ile birlikte yeni hukuka uygunluk nedenleri ortaya çıkabilir veya mevcut bir hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkabilir yahut kapsamı daralabilir ya da genişleyebilir. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedenleri için yasal bir düzenleme gerekli değildir. Kanun yanında geleneklerden, hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilir. Bu, “nullum crimen sine lege scripta” ilkesini ihlal etmez. Çünkü, hukuka uygunluk nedenleri fiilin hukuka aykırılığını bertaraf etmelerine binaen failin ceza sorumluluğuna gidilmesini önledikleri için failin lehinedirler. Suçun yapısında fiilin hukuka aykırılığını önlemeleri şeklinde olumsuz bir fonksiyon icra ettikleri için, söz konusu ilke hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli değildir. “Nullum crimen sine lege” ilkesi, fiilin tipikliğini sağlayan unsurlar bakımından geçerlidir (Baumann / Weber / Mitsch, AT § 16 kn. 38, 45, 47 f.; Jescheck / Weigend, s. 327; Maurach / Zipf, AT/1 § 25 kn. 11 ff.; Krey / Esser, AT § 13 kn. 449 ff.; Bringewat, kn. 467 ff.; Rengier, AT § 17 kn. 3; Ebert, s. 67, 69; Heinrich, AT kn. 312, 327 ff.; Hilgendorf / Valerius, AT § 5 kn. 6 f.)

#### 5- Özel Hayat/Kişisel Veri Kavramı

İlk olarak Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan, Türkiye’nin de 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamakla taraf olduğu 108 sayılı “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”nin (Türkiye tarafından 28.1.1981 tarihinde imzalanan bu Sözleşmenin onaylanması 30.1.2016 tarihli ve 6669 sayılı Kanunla uygun bulunmuş, 29.2.2016 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanması kararlaştırılmış ve bu karar 17.3.2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) koruma kapsamında hem kamusal hem de özel sektör tarafından işlenen veriler bulunan Sözleşmenin temel amacı; her taraf ülkede, uyruğu veya ikametgâhı ne olursa olsun gerçek kişilerin, temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kendilerini ilgilendiren kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme tabi tutulması karşısında özel yaşam haklarını, kısaca kişisel verilerinin korunmasını güvence altına almaktır. Bu itibarla Sözleşme, hükümetlerin vatandaşlarını korumasına yönelik önemli bir araç niteliğindedir. (KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU (TCK m. 135) Prof. Dr. Mahmut KOCA, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ)

Anayasada kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece kişisel verilerin korunması devletin pozitif yükümlülüğü olarak kabul edilmiştir. Ancak bu yükümlülüğün dava konusu idarî işlem ile kapsamının daraltılması söz konusu olup, sözleşme ve sözleşmeye dayalı olarak getirilen kanun maddelerinin işlerliğinin de etkisizleştirilmesi söz konusu olacaktır.

Bu anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesinin bir gereği olarak 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ihdas edilmiştir. Bu Kanunla ülkemizde kişisel verilerin işlenmesi ve korunması hususunda etkin ve bütüncül bir mekanizma oluşturulması amaçlanmıştır. 6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin korunmasıyla ilgili ana kanun olması dolayısıyla, başta ceza hukuku olmak üzere diğer hukuk dallarında yer alan konuya ilişkin hükümlerin açıklanması ve yorumlanmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu suçun oluşabilmesi için kaydetme fiilinin hukuka aykırı olması gerekir. Nitekim maddede kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Kaydetme fiilini hukuka uygun hale getiren bir sebebin bulunması halinde fiil hukuka aykırı olmayacak ve dolayısıyla suç teşkil etmeyecektir. Anayasanın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmiştir. Kişisel verilerin toplanmasına, elde edilmesine ve bunların kaydedilmesine kanunun izin verdiği hallerde bu suç oluşmayacaktır. Zira Anayasa, kişisel verilerin korunması hakkına müdahalenin ancak kanunla yapılabileceğini öngörmektedir. Kanunun kişisel verilerin kaydedilmesine izin verdiği hallerin neler olduğunu belirlemek için ilk olarak konuya ilişkin özel kanun olan 6698 sayılı Kanuna ve “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”ye bakmak gerekir.

6698 sayılı Kanunun 5. maddesinde “Kişisel verilerin işleme şartları” başlığı altında, kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği belirtilmiştir. Bu maddede kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği kuralı getirilmiş, açık rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği diğer haller ise tek tek sayılmıştır. Kendisi de bir kanun olan 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında bu Kanunun öngördüğü hallerin neler olduğunun belirtilmesi yerinde olurdu. 6698 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasında ilgili kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesine izin verilen haller şunlardır:

- a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.
- b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.
- c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.
- ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.
- e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması.
- f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması. (HKİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU (TCK m. 135) □ Prof. Dr. Mahmut KOCA\*\* Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ\*\*\*)

Açıkça kanunun tanımladığı bu haller, dava konusu edilen genelgenin kanunun ve sözleşmenin hedeflediği korumanın doğrudan önüne geçmek maksadı taşıyan sakat bir irade ile hem toplumsal hem de bireysel korumayı bertaraf etmeyi kanunun kendisiyle sağlamaya çalışmaktadır. Örneğin; “Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması” hallerinde, hiçbir kolluk

kuvvetine bu hususun izahatının yapılması söz konusu olmayacağı gibi, toplumun suçun önlenmesine ilişkin gerek kanunlarca ve gerek toplumsal vicdan ile temin edilen dinamikleri, ve kamusal alan/kamusal menfaat tanımlarını işlevsiz kılacaktır.

“Ceza muhakemesinde delillerin sınırlandırılması, meydana gelen somut olayın ispatını zora sokacak ve adaletin tecelli etmesine mani olarak sistemi işlemez hale getirecektir. Bu sebeple, ceza muhakemesinde meydana gelen olayın her türlü delil ile ispat edilebilmesine olanak tanınması zorunluluktur. “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir” (KARABULUT, KARAPAZARLIOĞLU, TOSUN, a.g.y, 390). Kişisel alana dahil olmayan, kamusal alanda meydana gelen hak ihlalinin tespiti ve “kişisel olup olmayacağı” tartışılabilir durumda olan verilerin kaydedilmesi, Türk Ceza Kanunu lafzıyla da genelgenin ezberine dayanağını çürütmektedir.

TCK m.133 şu şekildedir;

“Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Katıldığı aleni olmayan bir söyleşiyi, diğer konuşanların rızası olmadan ses alma cihazı ile kayda alan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

Görüldüğü üzere, alenen gerçekleşen hak ihlali, aleni biçimde gerçekleşen vakaları izlemek ve tespit edilen hak ihlalini kaydetmek, hem 6698 sayılı Kanun hem de Türk Ceza Kanunu ile yasal olarak tanımlanmıştır. Yukarıda detaylı olarak mevzuat hükümleri yazılı olduğu üzere, genelgenin konu ettiği özel hayatın gizliliğini ihlal ya da 6698 sayılı Kanunla tanımlı ihlaller halihazırda Anayasa, TCK ve 6698 sayılı Kanun ile yaptırımlara tabi tutulmuş, suç unsurları da hem uygulamada hem doktrinde artık belirlenebilir şekilde tanımlanmış, ayrılmıştır. Adli makamlar, yasada tanınmış ihlallerin “takibi şikayete tabi olmaksızın” re’sen soruşturma ve kovuşturmasını gerçekleştirmekte, idari yaptırımları uygulayabilmektedir.

Genelge, yasal tanımlamaları ve belirlemeleri yok saymış, kamusal ve özel alan zeminini İdare Hukuku anlamında belirleyememiştir. Bunun dışında kalan hallerde yasaların mecburen uygulanacağı alanda idarenin düzenleyici işlem tesis etmesi yukarıda izah edildiği üzere açıkça “yetki aşımıdır”, hukuka aykırıdır.

Diğer emsal Yargıtay kararları:

“...sanığın üzerindeki cep telefonu ile gizlice kayıt yaptığı, eylemi başka türlü ispat etmesinin mümkün olmadığı yönündeki savunması ile bu savunmayı doğrulayan bilirkişi raporuna göre, sanığın başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde iken toplantıda kendisine yönelik hakaret içerikli konuşmayı kayda aldığı, sanığın eyleminin hukuka aykırı olmadığı, bu nedenle sanığın kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun oluşmadığı kabul edilmelidir.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi – 2014/10205 karar).

“...sanıkların, sabit ev telefonundan katılanlarla yaptıkları görüşmeyi, hakaret ve tehdit vari sözlerin sarfi üzerine teyp cihazı yardımıyla katılanların rızası dışında kasete kaydedip, elde ettikleri teyp kasetini, katılanlar aleyhine tehdit ve hakaret suçlarından açılan ve kendilerinin şikayetçi olarak yer aldıkları davada, vekilleri marifetiyle, mahkemeye delil olarak sunmaları şeklinde gelişen eylemlerinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu işleme kastları yoktur.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi -2012/18217 karar).

“...katılanın, tartışmada sanığa yönelik hakaret ve tehdit suçlarını oluşturabilecek sözler sarfettiğinin anlaşılmasına göre, ses kayıtlarını başkalarına verdiği veya yaydığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, kaybolma olasılığı bulunan delilin muhafazasını sağlamak ve boşanma davasındaki katılanla geçimsizlikleri olduğu yönündeki iddialarını ispat etmek amacı taşıyan eyleminde hukuka aykırı davrandığı bilinciyle hareket etmediği, atılı

özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluşmadığı anlaşılmıştır.” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi - Karar : 2014/24858).

“...İşlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen ... kayda alınması halinin hukuka uygunluğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur. Belirtilen ve meşru bir amaca dayanan bu hal dışında, faili kışkırtarak, tuzağa düşürerek, iradesini sakatlayarak, önceden planlanmış yöntemler, kurgu ... kanıtlar ise hukuka uygun kanıt niteliğinde kabul edilemez.”(Yargıtay 4. C.D. 2017/1889 E. 2020/20924 K.)

“... Sanığın müşteki ile resmi evli oldukları ancak ayrı yaşadıkları, olay günü sanığın müştekinin ayrı yaşadığı ikametine gittiğinde cep telefonu ile özel hayatını ilgilendiren konuşmalarını ve evinin görüntülerini kayıt ederek bunları müşteki ile aralarında devam eden boşanma davasında delil olarak sunduğu, bu eylemlerini aynı kasıt altında birden fazla gerçekleştirdiği, bu şekilde müştekinin özel hayatının gizliliğini ihlal etmek suçunu işlediği” (Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2019/4369 E. 2019/8633 K.)

“...sanığın kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen bir olaydan da söz edilememesi hususları birlikte değerlendirildiğinde,sanığa atılı TCK'nın 132. Maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir.”(Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.06.2011 t. ve 187-131 sayılı karar)

“...mahkemece katılan tarafından ibraz edilen ses kaydının, sanığın bilgisi ve rızası dışında yasal olmayan yollardan kaydedildiği gerekçesiyle, yasal delil olarak kabul edilmemiş ise de, kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda, karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.” (Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/31545 E., 2016/17859 K.)

7- SAVUNMA HAKKI bağlamında ayrıca ifade etmek gerekir ki; “Savunmanın Delil Bulup Kullanması Savunmanın delil bulup mahkemeye sunmasının vazgeçilemez bir hak olduğu, bunun karar verilene kadar yapılabileceği konusunda görüşülen tüm hâkimlerimiz hemfikirdir. Bunun aksinin olması kişinin savunma hakkının elinden alınmasıdır ki bu durum bir insan hakları ihlalidir, Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus da savunmanın hakkının zedelenmemesi adına avukatların delil toplaması ile ilgili önlerindeki bürokratik engellerin kaldırılması için yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğudur” (KARABULUT, KARAPAZARLIOĞLU, TOSUN, a.g.y, syf. 414).

Görülebileceği üzere doktrin, SAVUNMANIN DELİL TOPLAMA HAKKINA dönük böylesi bir müdahaleyi bütüncül insan haklarının bir ihlali olarak görmekle kalmayıp, düzenlemelerin iyileştirilmesini önerirken, dava konusu düzenleme bundan geriye gidiş yönünde bir Anayasa 36. Madde ihlaline delalet etmektedir.

Doktrin aynı makalesinde, bu bağlamda Avukatlık Kanunu'nun yetersizliğine işaret etse de, mer'î 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. Ve 2. Maddeleri ile CMK 271/2 birlikte gözönüne alınarak, avukatın delil toplama hakkı tartışmasızdır. Ancak dava konusu genelge bu yönde de bir ayırım yapmadığından ve uygulamada “belirlilik”, “öngörülebilirlik” ilkelerine cevap vermeyecek bir oran ve sınırsızlıkta “müdahale”/“engelleme” emri içerdiğinden; Avukatın delil toplama yetkisine de yöneldiği, bu itibarla Avukatlık Kanunu'nun lafzı ve amacına da aykırı olduğu görülmelidir.

#### 8- Haberleşme ve Basın Hakkı

Kolluk kuvvetleri, kamu düzenini korumakla görevlendirilmiş, hem suçtan önce suçun oluşmasını engellemek hem de oluşmuş bir suçun hasarını indirgemek ve bozulan kamu düzenini tekrar tesis etmek üzere vardır. Ancak kolluk, faaliyetlerini gerçekleştirirken temel

hak ve özgürlüklerimiz ile yakın teması sebebiyle sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile korunmakta olan temel hak ve özgürlüklerimize doğrudan müdahale etme gücünde olan kolluk kuvvetinin sınırları ve denetimi üzerinde durmak, idarenin hukuk kuralları ile bağlılığı, denetlenebilirliği ve bu bağlamda hukuk devletinin tesisi bakımından elzemdir.

Anayasa'nın 2'inci maddesinde tanımlandığı üzere, demokratik bir hukuk devletinde, ufacak bir yetki ile dahi donatılmış olan herkesin işlemlerinin şeffaf olması, bu kişilerin hesap verebilir ve bu kişilerden hesap sorulabilir olması gerekmektedir. Bu durumda, temel hak ve özgürlüklerimize müdahale bakımından son derece önemli yetkilerle donatılmış olan kolluk görevlilerinin şeffaf, hesap verebilir, hesap sorulabilir, denetlenebilir olmaları evleviyetle şarttır.

ŞEFFAFLIK ise, genelgede bahsedilen özel hayatın gizliliği ilkesi ile çelişir. Kamu adına faaliyette bulunan kolluk görevlisinin her türlü eylem ve işleminin ŞEFFAF olması Anayasa ile güvence altına alınmış olan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Genelgede bahsedildiği üzere, "personelin görevini ifa ederken bu tür ses ve görüntü alınmasına tevessül edecek davranışlara fırsat vermemeleri" şüphesiz Anayasa'nın 2'inci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin ihlalidir. Bunun yanında, iptali istenen genelge halkın haber alma hakkını ihlal etmektedir.

**BASIN HÜRDÜR, SANSÜR EDİLEMEZ.** Anayasa'nın "Basın hürriyeti" başlıklı 28'inci maddesi bu şekilde başlamaktadır.

Dava konusu idari işlem, Basın ve Haberleşme hak ve hürriyetini de gözetmemiş ve buna ilişkin istisna tarif ya da düzenlemesi ihtiva etmemiştir. Bu haliyle kamuya açık alandaki, kamuyu ilgilendirdiğini düşünen toplumsal olaylarda gerek yurttaşın haberleşme hakkı, gerekse basın emekçilerinin basın özgürlüğü tehlikeye girmektedir. Nitekim genelgenin açıklanmasıyla birlikte kolluk güçlerinin, muhabirler elindeki cep telefonlarını alarak görüntü almalarını engelledikleri ve dayanak olarak dava konusu genelgeyi gösterdikleri, 01.05.2021 tarihinde Ankara Kızılay'daki 1 Mayıs gösterilerini haberleştirmek isteyen muhabirlerin yaşadığı olaydır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "İfade Özgürlüğü" başlıklı 10'uncu maddesi ise, "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarını müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar." şeklindedir.

Bu durumda, tarafımızca iptali istenen genelge, içerikten de anlaşıldığı üzere kamu görevlilerinin görevleri esnasında denetlenebilirliğini azaltmayı amaçladığından veya dolaylı veya doğrudan şekilde buna sebep olacağı açık olduğundan Anayasa'nın 2'inci maddesine; haber alma ve verme hürriyetine sansür getirme saiki olduğundan 28'inci maddesine; haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü ihlal ettiğinden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10'uncu maddesine açıkça aykırıdır.

9- Dava Konusu işlem, muhtevası itibarıyla düzenleyici işlem olmasına rağmen, form olarak düzenleyici işlem gereklerini karşılamamaktadır. Uygulaması, sınırları, tanımlar gibi kategori ve ölçütlerden yoksun, ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK ve BELİRLİLİK ilkelerinden uzaktır.

Herhangi bir yurttaşın görüntü almasını "kolluk görevlerinin engellenmesi" olarak adlandıran işlem, yaşamın olağan akışına aykırı bu tümcesinin hukuksal gerekçelerini ortaya koymamakta, bu "tevessül"lere "müdahale etme" sınırsız emri vermekte, kolluk işlemlerinin ve kolluğun zor kullanmasının; yurttaş hak ve özgürlüklerine müdahalesinin orantısız biçimde önünü açmakta ve bu yönelimini bir form dizgesi yokluğu içinde günlük bir pejoratif dille ortaya koymaktadır. Bu yalnızca bir linguistik sorun değil, hukuksal belirsizlik ve keyfîlik sorununa tekabül ettiğinden, bir dava konusu ve iptal sebebidir.

Anayasa Mahkemesi, 13.06.1985 gün ve 1984/14 E., 1985/7 K. Sayılı kararında; "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak

önlemlerin objektif nitelik taşıması ve idarenin keyfî uygulamalarına sebep olacak geniş takdir yetkisi vermemesi gerektiği” ne vurgu yapmıştır. Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen, öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfî uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa’ya aykırı olabilecektir. Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa’nın 13’üncü maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır. İnsan Hakları Mahkemesi, öngörülebilirlik/belirlilik olmamasını, Sözleşmenin 5. Maddesinin ihlali olarak değerlendirmektedir. Strazbourg organlarına göre öngörülebilirlik ilkesi uyarınca “yurttaşların, davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, kanun olarak kabul edilemez.

“ Yurttaşlar, belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmanlık ile öngörebilmelidir.” (Steel ve diğerleri/Birleşik Krallık, İHAM, 23/09/1998, § 54; Baranowski/Polonya, İHAM, 28358/95, 28/03/2000, § 52-56; Creangă/Romanya, İHAM, 29226/03, 23/02/2002, § 120.)

Mahkeme’ye göre bu konuda genel geçer bir standart ortaya koymak mümkün değildir; çünkü “öngörülebilirlik kavramının kapsamı, söz konusu metnin dikkate değer düzeyde içeriği, muhataplarının sayısı ve statüsü ile kapsadığı alana bağlıdır. İlgili kişi, bir eylemin neden olacağı durumların ve sonuçların belli bir düzeyde makul olup olmadığını değerlendirmek için uygun bir hukuksal danışmanlık almak zorunda olsa bile kanun, öngörülebilirlik gerekliliğini sağlıyor olabilir. Bu, belli meslekî faaliyetleri yerine getiren ve mesleklerinin devam için bu normlara yüksek düzeyde dikkat göstermesi gereken kişiler yönünden özellikle doğrudur.” (Sunday Times/Birleşik Krallık, İHAM, 6538/74, 26/04/1979)

“Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.” (Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 gün ve E.2013/67, K2013/164)

“Hukuk devletinin unsurları, doktorinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi “hukuki güvenlik” ve “belirlilik” ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvelliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ve insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür. Dava konusu genelge hukuk devletinin asli unsurlarından olan belirlilik, öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik gereksinimlerinden yoksundur.” (Anayasa Mahkemesi, 14.10.2015 tarih ve 2015/94 E. , 2016/27 K.)

#### 10- YÜRÜTMENİN DURDURULMASI TALEBİMİZ

Genelge, Ceza Adalet Sistemini ilgilendiren delillerin yok olmasına yahut toplanamamasına sebep olacak oranda telafisi imkansız sonuçlar taşımaktadır. Açıkça hukuka aykırı olduğu ise yukarıda anlatılanlardan sonra ortaya çıkmıştır. Diğer yandan denetlenecek işlem genelge olup yayımlanmış ve tamamlanmıştır. Bu sebeplerle davalı idarenin cevap dilekçesini beklemeden ve ivedi olarak YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARI VERİLMELİDİR.

Nitekim, Genelge yayımlandıktan hemen sonra 1 Mayıs’ta İstanbul Taksim’e çıkmak isteyen eylemcilere orantısız şiddeti görüntüleyen muhabirin polis şiddetini kayda aldığı sırada Genelge hatırlatılarak görüntü alınması engellenmiştir. Bu olay diğer hak ihlallerinin habercisidir.

Yine son günlerde tüm dünya kamuoyunun dikkatine getirilen George Floyd davasında, Amerika'nın Mineapolis Kentinde 25 Mayıs 2020 tarihinde siyah Amerikalı George Floyd'u öldürmekle suçlanan beyaz polis memuru Derek Chauvin'in eylemi şayet video kayıtları olmasa idi ne yargılama konusu olabilecek ne de fail bilinecekti! Ülkemizin yakın tarihinde de maalesef kamu görevlisi polis memurlarının haksız müdahalesine maruz kalan vatandaşlarımızın maddi manevi zararları ancak video kayıtları ile ispat edilebilmiş ve yargılama konusu yapılabilmıştır. Bu anlamda devletin kamu görevlisinden önce vatandaşını koruma refleksi önem arz eder. Vatandaş, silahsız, yetkisiz ve güçsüz taraftır. Devletin, egemenlik alanında yaşayan ve kontrolü altında bulunan kişilerin, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkına yönelen her türlü müdahaleyi önleme, önlenememiş müdahalelerde ETKİLİ soruşturma, kovuşturma ve faileri tespit etme ve cezalandırma Yükümlülüğü vardır. Şiddetin devlet kaynaklı olması veya özel hukuk kişilerinden doğması bu anlamda devletin pozitif yükümlüğünü ETKİLEMEZ! Devlet her hal ve şartta vatandaşını her türlü haksız müdahale karşısında korunmakla yükümlüdür.

Günümüzde kitle iletişim araçlarının yaygınlaşması ile birlikte kamuoyu ve medya kavramları da kolluk faaliyetleri açısından birer denetim aracı haline gelmiştir. Halkın, kendisini ilgilendiren bir konu hakkındaki genel kanaat ve düşüncesi anlamına gelen kamuoyu, bir başka ifadeyle toplum hayatının çeşitli güçlük ve problemleri karşısında belirli bir zaman, yer ve insan grubu arasında yaygın ve hâkim olan düşünce ve bakış açılarını anlatan bir kavram olarak tanımlanabilir. Sosyal medya aracılığı ile kamuyu olaylardan haberdar eden, halkın bilgilendirilmesinde ve toplumsal sorunlar üzerinde fikir yürütmesinde tartışma platformları oluşturabilen gazete, televizyon, internet gibi kitle iletişimini sağlayan araçlar vasıtası ile bir çok olayda kamuoyu tepkisi oluşarak, ivedi önlemler alınması, şüphelinin zaman kaybetmeksizin yargı önüne getirilmesi ve soruşturma ve kovuşturmanın titizlikle yürütülmesine katkı sağlanmıştır.

Bugün sosyal medya, güçlü bir yönlendirme aracı ve demokratik ülkelerde demokrasinin dördüncü ayağı olarak görülebilir. Kolluk faaliyetleri, devletin vatandaşıyla yüz yüze geldiği, vatandaşına temas ettiği ve zaman zaman onun çeşitli temel hak ve özgürlüklerine de müdahale edebildiği bir alan olması sebebiyle sık sık medyada ve sosyal medyada yer almaktadır. Bu sayede, kolluk faaliyetlerinden haberdar olan toplumda konuya ilişkin bir kamuoyu oluşmaktadır. Bu husus yeri gelip kolluk görevlisine yapılan bir haksız eylemin de göz önüne getirilip yine toplum baskısı ile ivedi yargılama konusu olabilmektedir. Kolluk faaliyetleri daha önce de ifade edildiği gibi, nitelikleri gereği temel hak ve özgürlüklere ve dolayısıyla insan haklarına müdahale özelliği taşıyan ve hukuka uygun bir şekilde kullanılmadığı zaman yargıya konu olabilen faaliyetlerdir. Bu sebeple kolluk faaliyetlerinin gerek uluslararası gerekse de iç hukukta insan hakları açısından denetlenmesi ve değerlendirilmesi özel önem arz eder.

Bu nedenlerle yürütmenin durdurulması, dava konusu Genelge için özel bir önemi haizdir ve ivedilikle davalı idarenin savunması alınmaksızın karar verilmelidir.

#### 11- GAZİANTEP BAROSU'NUN DAVA VE MENFAAT EHLİYETİ

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. Maddesi uyarınca avukatlık, bir yandan kamu hizmeti, bir yandan da serbest bir meslektir. Kamusal ve serbestlik unsurlarını bir aradığı avukatlık mesleğinin hem toplumsal yönü hem de savunmayı temsil etmesi itibariyle bağımsız ve özgür olması gerekliliği ile açıklanabilir. Dolayısıyla bu iki unsurun birlikteliği avukatlık mesleğine özgüdür. Nitekim aynı maddenin 2. Fıkrası, “ Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.” hükmünü içerir. Tam da bağımsız yargının kurucu unsuru olarak keza bağımsız savunmanın temsilcisi olarak serbest ve özgür olması gerekir. Avukatlık, serbest ve özgür olabildiği oranda kamusaldır. Yine Türk Ceza Kanunu'nun 6/d bendi, avukatları “yargı görevlisi” olarak tanımlar.

Barolar ise, avukatlık mesleğinin temsili, düzeni, disiplini, deontolojisi ve örgütlenmesi noktalarında münhasıran yetkili, bağımsız kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Barolarla ilgili temel düzenleme olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. ve 95/21 maddelerinde, Barolara hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak görevi ve yetkisi verilmiştir.

Yasa Koyucunun, Avukatlık Kanunu ile Barolara "hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma" görevini yüklemesi, mesleğin iç işleyişinin ve mesleki gelişiminin düzenlenmesinin yanı sıra Baroların bağımsızlığı ve özgürlüğünü vurgulaması yönünden de önemlidir.

Baroların dava ehliyeti ile ilgili Yasa Koyucu TBMM'nin bu düzenlemeyi yaparken taşıdığı iradeyi, kanunun yapılış amacı ve ruhunu iyi tespit edebilmek için 4667 sayılı Kanun hakkındaki Meclis görüşme tutanaklarına bakmak gerekir. 01.05.2001 günü 21. Dönem 3.

Yasama Yılı'nın 94. Birleşimi'nde şu ifadeler yer almaktadır:

"Barolar ve Barolar Birliği'nin şu ana kadar avukatlık tarihimizde üstlenmediği bir görev veriliyor kendilerine; o da, insan haklarının korunması ve insan haklarının Baro bakımından ve o araçla üstünlüğünün korunması için gerekli önlemlerin alınması görevi. Bu görev gerçekten, bu yasaya reform mührünü veya damgasını vurdurtacak önemli bir yeniliktir. İnsan haklarının ihlal edildiği hallerde –ceza olsun hukuk davası olsun, diğer davalar olsun, eylem olsun, hatta yasa olsun- Baro'nun ve Barolar Birliği'nin doğrudan müdahale hakkı ortaya konulmaktadır. O hakla, o yetkiyle donatılmış olmaktadır ki, Türk insan hakları, bizim insan hakları rejimimizin dönüştürmesini sağlayacak önemli manivelalardan, dinamiklerden birisidir..." AHMET İYİMAYA-Amasya Milletvekili

"Bugün görüşmekte olduğumuz yasa tasarısı, toplum tarafından ve Mecliste mevcut bütün siyasi parti gurupları tarafından bir mutabakat içerisinde anlayışla karşılanmış ve hakikaten, Türkiye için bir gereklilik olarak kabul edilmiştir ve bunun neticesi olarak da, Meclisimizde,90'ın üzerinde madde temel yasa olarak görüşülmeye başlanmıştır..." DENGİR MİR MEHMET FIRAT – Adıyaman Milletvekili

"Barolar, Avukatlık mesleğinin gelişimini, mesleğin disipline dilmesini, mesleğin etik değerlerinin ve mesleki kuralların uygulanmasını, mesleğin özenle, doğruluk ve dürüstlük içinde yapılmasını ve denetlenmesini sağlayan örgütler olduğu gibi demokratik topluma, toplumun modernleşmesine katkılar sağlayan baskı gurubudur da. Bu özelliği ile çağdaş demokratik ülkelerde Barolar, savunma hakkının, hak arama özgürlüğünün hukukun üstünlüğünün, hukukun evrensel kurallarının etkin bir biçimde uygulanmasının en büyük takipçisi ve güvencesidir..." BEYHAN ASLAN-Denizli Milletvekili

"Aynı zamanda beş siyasi parti, bu tasarının böyle bir özel gündemle görüşülmesini de kabul etmiştir; bu da uzlaşmanın güzel bir örneğidir..."BÜLENT ARINÇ –Manisa Milletvekili

"Tasarı, ülkemizde sadece avukatları ilgilendirmiyor. Bu tasarı, aslında herkesi ilgilendiriyor; çünkü her insan, hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Her insan hakkını aramak zorunda kalabilir, yargılanmak durumunda kalabilir. İşte o zaman, insanı savunacak olan avukattır.... Avukatlar, müvekkillerini savunurken aynı zamanda inan haklarını savunmaktadırlar... Bu tasarının önemi, evvela bütün gurupların ittifakıyla gündeme gelmiş olmasındandır ve bir temel yasa olarak kabul edilmesinden kaynaklanıyor. Belli ki, içerisine, muhtevasına baktığımızda buradaki düzenlemeler önemli bir ihtiyacı karşılayacak.... Şimdi buradan meslek kuruluşu olan Baroya ve Barolar Birliği'ne bir iki hususu ifade etmek istiyorum. Bugün mecliste gurubu bulunan beş parti, bunu bir temel yasa kabul etmiş öneminden dolayı. İttifak halinde yasa tasarısını geçiriyorlar. İnşallah bu kuruluşlar, bu ittifakın kıymetini bilir, kendi tatbikatlarında, aynen buradaki birlik ve beraberlik havası içerisinde yansıtmaya çalışırlar. Tasarının 46. maddesinde Barolara yüklenen görevler var; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının

birbirleri ve iş sahipleriyle olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak... diye başlayan bir görev maddesidir.” HİKMET SAMİ TÜRK- Adalet Bakanı

“Ayrıca bu tasarıyla, Barolar, Barolar Birliği yeterli olmasa da, eskiye nazaran daha güçlendirilmektedir. Baroların güçlendirilmesi demek, mülkün temeli olan adaletin güçlendirilmesi demektir. Zira Barolarımız yansız organlardır, meslektaşlarına eşit mesafededir, ideolojilerin yanında veya karşısında değil, hukukun yanında kuruluşlardır. Barolarımız, bulunduğu kentin temel sorunlarıyla yakından ilgilenen, çevre korumacılarının yanında yer alan, çevre ihlallerine karşı çıkan, imar yolsuzluk ve yağmalamalarına karşı çıkan, kültür mirasımızın gelecek kuşaklara bozulmadan kalmasını sağlamayı kendisine görev edinen kuruluşlardır.”SALİH ÇELEN- Antalya Milletvekili

“Görüşmekte olduğumuz bölümle ilgili olarak söyleyebileceğim şey, özellikle 55 ve 59. maddelerde ifadesini bulan “hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak “ gibi bir görev avukatlara, Barolara ve Barolar Birliği’ne tanınmaktadır.Bu tanınmış olan hakların çok doğru ve isabetli bir şekilde kullanılacağına inanıyorum ve önemli bir değişiklik olduğunu düşünüyorum.”YAHYA AKMAN-Şanlıurfa Milletvekili

Yüksek Mahkeme kararları, kanuni düzenlemeler, TBMM görüşme tutanakları açıkça göstermektedir ki; Baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunma, koruma ve bu kavramlara işlerlik kazandırma görevinin bir gereği olarak, Baroların bağımsız bir temsil ehliyeti bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, yargı fonksiyonu içinde;

\*Bağımsız savunmayı,

\*Hukukun üstünlüğünü,

\*İnsan haklarını

Savunmak ve temsil etmek münhasıran Baroların yetki, görev, ehliyet ve menfaatidir. Bu münhasır vazifesini yerine getirmesi hukuk devletinin oluşması için olmazsa olmazdır. Bu cümlenin tersi (mefhumu muhalifi) yorumuyla; Baroların bu vazifesine yürütme organından gelecek bir müdahale, hukuk devletinin hayata geçmesine engel olur.

#### EMSAL KARARLAR

Ankara 9. İdare Mahkemesi, 2013/ 1333 E., 2013/1254 K. sayılı 19.09.2013 tarihli kararı:

“ Baronun 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 76 ve 95/21 maddeleri uyarınca mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu, söz konusu davada Baromuzun dava açma ehliyeti ve menfaat bağının bulunduğu...”

Danıştay 10. Daire, 20.11.2012 gün ve 2012/703 E. 2012/5849 K. sayılı kararı :

“...Sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, Anayasa’da gerçek-tüzel kişi ayrımı gözetilmeksizin herkes için tanınmış ve Çevre Kanunu ile meslek kuruluşlarının da herkes kavramı içerisine dahil oldukları hususu açıkça ifade edilmiştir. Böylelikle Anayasa’nın çevre hakkı ve çevrenin korunması ile ilgili hükümleri, yasa koyucu tarafından da bütüncül ve kapsayıcı bir şekilde yorumlanıp anlamlandırılarak... yasa metninde ifadesini bulmuştur. Dolayısıyla kuruluş belgelerinde yazılı olmasa dahi her bir meslek kuruluşunun, çevreyi ilgilendiren konularla ilgili olarak aynen gerçek kişiler gibi subjektif dava ehliyetine sahip olduğu açıktır. Bu durumda Anayasa ile Çevre Kanunu’nun yukarıda belirtilen hükümleri karşısında ehliyetli olduğu anlaşılan kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan davacı Baro tarafından açılan davanın esasının incelenmesi gerekirken ehliyet yönünden reddi yolunda verilen Mahkeme kararında hukuksal isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. ”

Danıştay 13. Dairesinin 16.04.2014 tarih ve 2011/185 E., 2014/1436K. sayılı kararı:

“...hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde

meslek kuruluşu olan davacının, dava konusu yönetmeliğin iptalini istemekte ehliyeti bulunduğu oycokluğuyla karar verilerek uyuşmazlığın esasına geçildiği” belirtilmiştir ve “...ayrıca, davacı tarafından dava konusu düzenleme ile topluma yeni bir yaşam biçimi getirilmeye çalışıldığı savıyla açılan davanın, bu özelliği itibarıyla genel kamu yararı ile ilgili bulunduğu açıktır, Bu nedenle düzenlemenin değinilen niteliği ve hukukun üstünlüğünü koruma görevi ve yükümlülüğü bulunan davacı baronun dava açma ehliyeti bulunduğundan...” cümlelerine yer verilmiştir.

“...1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinin 21. bendinde, Yönetim Kurulu'nun hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlendiği, dolayısı ile hukukun üstünlüğü ve insan haklarını savunmakla görevli olan Baronun dava konusu işlemle menfaat ilgisinin açık olduğu...” gerekçesiyle İstanbul Barosu'nun dava ehliyetini kabul etmiştir.”(DİDDK., 7.4.2005 gün ve E. 2003/417, K. 2005/234.)

4)DİDDK'in, 07.04.2005 tarihli ve 2003/417 E., 2005/234 K. sayılı kararı:

“...Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlandığı, yine aynı Kanunun Baro Yönetim Kurulunun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinin 21. bendinde de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğunun belirlenmiş olduğu, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla görevli bulunan Baronun, dava konusu Yönetmelik hükümleri ile Anayasanın eşitlik ilkesinin, kişinin dokunulmazlığı ilkesinin, özel hayatın gizliliği ilkesinin, kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesinin, temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ilkesinin ihlal edildiğini, öğrenim özgürlüğünün engellendiğini öne sürerek bakılan davayı açtığı gözönünde bulundurulduğunda, iptalini istediği Yönetmelik hükümleri ile menfaat ilgisinin bulunduğu açık olduğu...”

5) DİDDK'in 14.09.2001 gün, 2001/176 E. 2001/624 K. sayılı kararı:

“...2872 sayılı Çevre Kanununun 30. maddesinde yer alan, çevreyi kirleten ve bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan gerçek ve tüzel kişilerin idari makamlara başvurarak bu faaliyetin durdurulmasını isteyebilecekleri yolundaki hüküm karşısında; davacılar tarafından uyuşmazlık konusu bölgede faaliyette bulunan şirketin çevreyi, tarım arazilerini, orman alanlarını ve ... Çayını olumsuz etkilediği iddia edilerek yapılan başvuru üzerine açılan davada, gerek 2577 ve gerekse 2872 sayılı yasaların birlikte değerlendirilmesi sonucunda, Baro'nun menfaat ilgisinin varlığı görülmekle...”

6)Danıştay 6. Daire 2007/545 E. ve 20.05.2008 tarihli kararı:

“Muğla-Bodrum yarımadasının Bakanlar Kurulu Kararı ve Eki Kroki İle Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişme Bölgesi Olarak Belirlenmesinin İptali ile Yürütülmesinin Durdurulması istemi ile Baro Başkanlığı'nın ehliyeti bulunduğu”

7) DİDDK'in 10.12.2009 tarihli, 2009/1005 E. sayılı kararı:

“Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları, iptal davası yoluyla idari yargı önüne getirmelerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıyla "Hukuk Devleti" nin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği; soruna bu açıdan bakıldığında, idari yargıya özgü bir dava türü olan "iptal davası" nı açan gerçek veya tüzel kişilerin, dava açmakla ulaşmak istediği amaç bakımından klasik anlamda "davacı" dan farklı olduğu tartışmasızdır.

...

Bir idari faaliyet ile, dava açma ciddiyetini sağlamaya yetecek ölçüde muhatap olup, menfaat ilgisini kuran kişi ve kuruluşlar, söz konusu faaliyetle ilgili idari işlemlerin iptali istemiyle dava açabilirler.

...

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde; baroların avukatlık mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, avukatlık mesleğinin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak amacıyla kurulmuş meslek kuruluşları olduğu belirtilmiş iken 10.5.2001 günlü, 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4667 sayılı Yasa ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinde değişiklik yapılarak; Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak, meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olarak tanımlanmış, aynı Yasanın Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin düzenlendiği 95. maddesine yine 4667 sayılı Yasayla eklenen 21. bentte de, yönetim kurulunun, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu belirtilmiştir.

1136 sayılı Yasa'nın 76. ve 95/21. maddelerinde yapılan ve yukarıda açıklanan yasal değişiklikten sonra Baroların; mesleki bir örgüt olmanın ötesinde hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak gibi bir işlev yüklenmesi nedeniyle diğer meslek örgütlerinden farklı bir konuma sahip olduğu açıktır.”

8) DİDDK'in 06.02.2017 gün ve 2016/4670 E. 2017/385 K. sayılı kararı:

“Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının menfaat ilgisini kurdukları idari tasarrufları, iptal davası yoluyla idari yargı önüne getirmelerinin, idarenin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin sağlanmasıyla "Hukuk Devleti" nin gerçekleştirilmesine hizmet edeceği; soruna bu açıdan bakıldığında, idari yargıya özgü bir dava türü olan "iptal davası" nı açan gerçek veya tüzel kişilerin, dava açmakla ulaşmak istediği amaç bakımından klasik anlamda "davacı" dan farklı olduğu tartışmasızdır.

...

Bu itibarla, Davacı Gaziantep Barosu Başkanlığı'nın hukuka aykırılık iddiaları da dikkate alındığında, temel hak ve özgürlükleri etkileyen dava konusu düzenlemenin iptalini istemekte, davacı Baronun menfaatinin bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.”

9) ANAYASA MAHKEMESİ, 15.1.2009 gün ve 2007/16 E. 2009/147 K. sayılı kararında; avukatlığın mahiyetini,

“Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. “Güçlü ve bağımsız savunma mesleği, hukukun üstünlüğünün hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup, bu değerler, mesleğinde yetkin, bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır.” cümleleri ile anlatmıştır.

**SONUÇ VE İSTEM** :Yukarıda açıklandığı üzere;

1-Genel olarak bireylerin savunma haklarını, avukatların haklarını doğrudan ilgilendiren, hukuk devleti ilkesini zedeleyen, hukuka aykırı emir ve talimat veren İçişleri Bakanlığı'na bağlı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 27.04.2021 tarih ve 2021/19 sayılı genelgesinin, yetki,

şekil, sebep, konu maksat yönlerinden hukuka aykırı olması nedeniyle öncelikle ve ivedilikle Yürütmesinin Durdurulmasına ve İPTALİNE,  
2-Yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davalı idare üzerinde bırakılmasına karar verilmesini saygıyla vekaleten arz ve talep ederiz. 03.05.2021

Davacı Gaziantep Barosu Başkanlığı  
Vekili  
Av. Bektaş ŞARKLI  
Davacı asil Av. Bektaş ŞARKLI

Ekler: 1- 27.04.2021 tarih ve 2021/19 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü Genelgesi  
2- Vekaletname sureti.