



NORM DENETİMİ
SEÇME KARARLAR
(2020-2021)



NORM DENETİMİ
SEÇME KARARLAR
(2020-2021)

Ankara, 2022



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-605-2378-86-1

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020-2021)

© 2022, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan kararlar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
e-posta : ayam@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Telefon : (0312) 394 48 63
Faks : (0312) 394 48 65
Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Mart, 2022

ÖNSÖZ

Anayasa yargısının temelinde Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi yatar. Buna göre anayasa normlar hiyerarşisinin tepesinde yer alır ve en üstün norm olarak yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi gereğince kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz.

Anayasa mahkemeleri anayasanın üstünlüğü fikrini etkili bir şekilde hayata geçirmek için kurulmuştur. Bu kapsamda Türk Anayasa Mahkemesi, kuruluşundan bugüne Yüce Divan yargılaması, siyasi partilerin denetimi gibi diğer bazı görevlerinin yanında esas olarak kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevini yerine getiren bir yüksek yargı organıdır. 2017 Anayasa değişikliği ile de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin görev alanı, yasama işlemlerinin yanında yürütmenin ilk elden düzenleyici işlemi mahiyetinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini de içine alacak şekilde genişletilmiştir.

Anayasa yargısının temel alanlarından biri olan norm denetiminde gerek kanunların gerek Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluğu incelenirken kuralların yorumlanması kaçınılmazdır. Norm denetiminde yorum, bir yandan ilgili Anayasa hükmünün anlamını ortaya koymayı diğer yandan da denetlenen normun ne anlama geldiğini belirlemeyi gerektirmektedir. Bu bağlamda norm denetimi kararlarının gerekçeleri büyük bir önem arz etmektedir. Bu çalışma, anayasa yargısına yön veren norm denetimi kararlarını hukukçu ve akademisyenlerin istifadesine sunmayı amaçlamaktadır.

Elinizdeki kitap Anayasa Mahkemesinin 2020 ve 2021 yıllarında norm denetiminde verdiği bazı kararları içermektedir. Kitapta yer verilen kararların seçiminde söz konusu kararların içtihadın gelişimi açısından taşıdığı önem ve emsal niteliğinde olması ile kamuoyu tarafından yakından takip edilmesi gibi hususlar gözetilmiştir.

Kitabın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Mart 2022

Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

Anayasa yargısı, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri temelinde ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda anayasa yargısının en temel alanı kanunların Anayasa'ya uygunluğuna ilişkin norm denetimidir. Anayasa Mahkemesi de kurulduğu günden bu yana diğer görevlerinin yanı sıra kanunların anayasallık denetimini gerçekleştirmektedir.

23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanan bireysel başvuru sisteminin kabul edilmesi de Türk anayasa yargısı bakımından önemli bir gelişmedir. Anayasa Mahkemesi soyut ve somut norm denetiminin yanı sıra bireysel başvuru ile birlikte anayasal hak ve özgürlüklerin korunmasında daha etkin bir rol üstlenmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin her iki alandaki içtihadı birbiriyle etkileşim içinde gelişmiştir. Bu etkileşim doğrultusunda norm denetimi kararlarında da hak temelli bir yaklaşımın benimsendiği söylenebilir.

2017 Anayasa değişikliği ile de Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimi getirilmesiyle norm denetiminin alanı, yasama işlemlerinin yanında yürütmenin ilk elden düzenleyici işlemi mahiyetinde olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimini de içine alacak şekilde genişlemiştir. Anayasa Mahkemesi değişiklikten bu yana yeni anayasal sistemin nasıl işleyeceğine ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin anayasallık denetimine ilişkin çok önemli kararlar vermiş, bu konudaki yol haritasını ortaya koymuştur.

"Norm Denetimi Seçme Kararlar" başlıklı bu kitap, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi içtihadının bilinirliğinin artırılmasının sağlayacağı yararlar göz önünde bulundurularak bu alanda öne çıkan kararlara herkes tarafından daha kolay ve derli toplu bir şekilde ulaşılabilmesi amacıyla hazırlanmıştır. Kitapta 2020 ve 2021 yıllarında verilen kararlar, tarihleri dikkate alınarak sıralanmıştır. Kitabın dijital kopyasına Anayasa Yargısı Araştırmaları Merkezi internet sayfasından ulaşılabilir.

Mart 2022

**Anayasa Yargısı
Araştırmaları Merkezi**

NORM DENETİMİ SEÇME KARARLAR (2020-2021)

2020 YILI KARARLARI

1. E.2019/31, K.2020/5, 23/01/2020 3
Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimine İlişkin İlkelerin Belirlendiği İlk Karar
2. E.2018/163, K.2020/13, 19/02/2020 29
Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yapmakla Görevli Birimlerin Kişisel Verilere Ulaşmasını Öngören Kuralın İptali
3. E.2018/122, K.2020/14, 19/02/2020 37
Yetki Kanunu'na Dayanmayan ve Temel Haklar Konusunda Düzenleme Öngören Kanun Hükmünde Kararname Kuralının İptali
4. E.2018/155, K.2020/27, 11/06/2020 55
Kanun Metninde Değişiklik Yapılmasını Öngören CBK Kuralının İptali
5. E.2018/119, K.2020/25, 11/6/2020 63
CBK Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Kadrolarının CBK'yla İhdas Edileceğini Öngören Kuralın Anayasa'ya Aykırı Olmadığı
6. E.2020/16, K.2020/33, 25/06/2020 115
1/1/2020 İtibarıyla Kovuşturma Evresine Geçilmiş Dosyalarda Basit Yargılama Usulünün Uygulanamayacağını Öngören Kuralın İptali
7. E.2018/31, K.2020/38, 16/07/2020 129
15 Temmuz Darbe Teşebbüsüne Karşı Koyan Sivillerin Bu Eylemleri Nedeniyle Sorumluluklarının Bulunmamasına İlişkin Kuralın Anayasa'ya Aykırı Olmadığı

8.	E.2019/40, K.2020/40, 17/07/2020	141
	Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının Belirlenmesinde Yürütmeye Yetki Veren Bazı Kuralların İptali	
9.	E.2020/44, K.2020/41, 17/7/2020	175
	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Yapılan Düzenlemenin Şekil Bakımından Anayasa'ya Aykırı Olmadığı	
10	E.2020/12, K.2020/46, 10/9/2020	251
	Şehirlerarası Karayollarında Gösteri Yürüyüşleri Düzenlenemeyeceğini Öngören Kuralın İptali	
11.	E.2019/21, K.2020/51, 24/09/2020	269
	POLSAN'a Zorunlu Üyeliğe İlişkin Kuralın Reddi/Boğaziçi Öngörünüm Bölgesindeki İmara Aykırı Yapılar Hakkında Verilen Yıkım Kararlarının ve İdari Para Cezalarının İptal Edilmesini Öngören Kuralların İptali	
12.	E.2020/21, K.2020/53, 01/10/2020	301
	İdari Para Cezasına İtiraz Üzerine Verilen Mahkeme Kararlarının Kesin Olduğunu Belirten Kuralın İptali	
13.	E.2020/60, K. 2020/54, 1/10/2020	319
	Aynı İlde Birden Fazla Baro Kurulmasına İmkân Tanıyan Kuralların Anayasa'ya Aykırı Olmadığı	
14	E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020	401
	Danıştay ve Yargıtay Üyelerinin Görev Süreleriyle İlgili Kuralların İncelenmesi	
15.	E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020	589
	Millî Güvenliğe Tehdit Oluşturduğu Tespit Edilen Oluşumlarla İlişkili Medya Kuruluşlarının İlgili Bakanın Onayıyla Kapatılması ve Mallarına El Konulmasını Öngören Kuralın İptali	

16. E.2019/71, K.2020/82, 30/12/20200 677

**İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı
Kararnamesi'nin Bazı Kurallarının İptali**

17. E.2020/57, K.2020/83, 30/12/2020 701

**Taraf Sendika Üyesi Olmayan İşçilerin Toplu İş Sözleşmesi
Hükümlerinden Yararlanmalarını Engelleyen Kuralın İptali**

2021 YILI KARARLARI

18. E.2019/104, K.2021/3, 14/01/2021 715

**Çalışan Sigortalının Yaşlılık Aylığı Talebi İçin İşten
Ayrılmasını Gerektiren Kuralın İptali**

19. E.2018/134, K.2021/13, 03/03/2021 723

**KHK ile Düzenlenen Konuda Düzenleme Yapan CBK
Kuralının İptali**

20. E.2020/35, K.2021/26, 31/03/2021 785

**Yargı Yetkisinin Mahkemelere Ait Olması İlkesi ve Masumiyet
İlkesini İhlal Eden Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Kuralın
İptali**

21. E.2019/13, K.2021/31, 29/04/2021 811

**Devlet Hizmetinden Çıkarılan Doktorların Belirli Bir Sürenin
Bitiminde Mesleklerini İcra Edebilmelerini Öngören Kuralın
İptali**

22. E.2020/71, 2021/33, 29/4/2021 861

**Üniversite Öğretim Elemanlarının Kadrolarının
Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Düzenlenmesine İlişkin
Kuralın İptali**

23. E.2020/9, K.2021/37, 3/6/2021 869

**Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında
Kanun'un İptali İstenen Kurallarının İncelenmesi**

24. E.2019/114, K.2021/36, 03/06/2021	907
Yurt Dışına Çıkma Özgürlüğüne Sınırlama Getiren Kuralların İptali	
25. E.2018/81, K.2021/45, 24/06/2021	927
Kamu Görevinden Çıkarma ve İlave Tedbirleri Düzenleyen Kurallara İlişkin Karar	
26. E.2020/91, K.2021/73, 13/10/2021	1023
Sağlık Çalışanlarına Karşı Görevleri Nedeniyle İşlenen Suçlarda Ceza Artırımını ve Hapis Cezasının Ertelenmemesini Öngören Kuralların Anayasa'ya Aykırı Olmadığı	
27. E.2019/4, K.2021/78, 04/11/2021	1037
Kaçakçılık Suçu ve Vergi Kabahatlerine Dair Yargılamada Diğerini Etkileyebilecek Unsurların Dikkate Alınmasını Sağlayacak Güvencelere Engel Olan Kuralın İptali (Ne Bis In Idem İlkesine Aykırı Kuralın İptali)	
28. E.2021/30, K.2021/82, 4/11/2021	1085
Özel Güvenlik Görevlilerinde Bulunması Gereken Koşulu Düzenleyen Kuralın Anayasa'ya Aykırı Olmadığı	
29. E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021	1121
Kamu Hizmetlerinde Bulunmanın da Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı Kapsamında Olduğuna İlişkin Karar	
30. E.2021/59, K.2021/90, 16/12/2021	1147
Dernek Tesislerinin İşletilmesinin ve Kapatılmasının Yönetmelikle Düzenlenmesini Öngören Kuralın İptali	
31. E.2021/52, K.2021/97, 16/12/2021	1155
Tasarrufun İptali Davasında Karinenin Aksini İspatlamaya İmkan Tanımayan Kuralın İptali	
32. E.2021/17, K.2021/103, 30/12/2021	1169
Kovuşturma veya Yargılamanın Tamamlanması İçin Hedef Süre Öngören Kuralın Anayasa'ya Aykırı Olmadığı	

***2020 YILI
KARARLARI***

Esas Sayısı : 2019/31
Karar Sayısı : 2020/5
Karar Tarihi : 23/1/2020
R.G. Tarih – Sayı : 13/5/2020 – 31126

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın,

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 8., 104., 128. ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALLARI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK);

1. 2. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen, iptali talep edilen (2) numaralı fıkra şöyledir:

“(Ek:RG-18/1/2019-30659-CK-28/2 md.) (2) Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurtdışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak

olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması halinde, sözleşmesinde belirtilerek, Kültür ve Turizm Bakanının onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabilir. Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağı ayrıca belirtilir. Ön ödemeye ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

2. 3. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen ve iptali talep edilen kuralların da yer aldığı (2) numaralı fıkra şöyledir:

"(2) (Ek:RG-18/1/2019-30659-CK-28/3 md.) Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir. Koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabilir. Hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetleri koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütülür. İhtiyaç halinde her bir hastanede idari ve mali hizmetler müdürlüğü hariç olmak üzere müdürlükler kurulabilir. Bu şekilde yönetim organizasyonu kurulan hastanelerin yönetimine ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça belirlenir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun katılımlarıyla 10/4/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Taylan BARIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralları, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükümet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükümet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"* adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükümet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına

ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde *“Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin”* CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72,

6/6/2013). Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK'ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. CBK'nın 2. Maddesiyle 1 Numaralı CBK'nın 287. Maddesine Eklene (2) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; idareye yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenme tutarının tamamına kadar *bütçe dışı avans* olarak ön ödeme yapabilme yetkisi veren, bu ödemeye ilişkin usul ve esasların da idarenin çıkaracağı bir yönetmelikle düzenlenebilmesine imkân sağlayan dava konusu kuralın, Anayasa'nın 161. maddesine göre bütçenin uygulanması kapsamında olması nedeniyle münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği, sınırları kanunlarla çizilmiş bir alanda kanunların ötesine geçerek yeni bir düzenleme yaptığı, dolayısıyla dava konusu kuralla yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunların üstünlüğüne aykırı olarak kullanıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 8., 104. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 161. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kuralla Türkiye'nin tanıtımına yönelik olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması hâlinde -sözleşmesinde belirtilerek- Kültür ve Turizm Bakanı'nın (Bakan) onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceği, bu ödemeye ilişkin Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağının ayrıca belirtileceği, ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Kültür ve Turizm Bakanlığınca (Bakanlık) çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği öngörülmektedir.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde *"Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz"* denilmiştir. Buna göre öncelikle CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.

18. Dava konusu CBK kuralı, Türkiye'nin tanıtımı konusunda yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında, Bakan'ın onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceğini düzenlemektedir. Kural aynı zamanda, yapılacak ön ödeme için teminat alınıp alınmayacağının Bakan onayında belirtilmesi ile ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesini hüküm altına almaktadır.

19. Bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartları genel olarak 5018 sayılı Kanun'un "Ön ödeme" başlıklı 35. maddesinde düzenlenmiş olup anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*" denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlemektedir.

20. Buna göre dava konusu CBK kuralının olmaması durumunda Türkiye'nin tanıtımına ilişkin olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında anılan Kanun hükmünün uygulanacağı açıktır. Bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır.

21. Öte yandan Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*" denilmektedir. Anayasa'nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisini tanımadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun anılan şekilde bir yetki tanınması söz konusu olamaz. Bu nedenle CBK hükümlerini saklı tutan kanun hükmü yukarıda tespit edilen aykırılığı Anayasa'ya uygun hâle getirmemektedir.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden kuralın ayrıca konu bakımından yetki yönünden aynı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden içerik yönünden incelenmemiştir.

C. CBK'nın 3. Maddesiyle 1 Numaralı CBK'nın 372. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın Birinci, İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

23. Dava dilekçesinde özetle; aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için koordinatör başhekim adı altında bir yöneticinin görevlendirilebilmesine ilişkin kuralların, Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken ve daha önce kanunda açıkça düzenlenen bir konuyu düzenlediği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralların Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

24. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralların Anayasa'nın 128. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

25. Anayasa'da olağan dönemde CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konuların Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için öngörülen sınırlamalara tabi olmayacağına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında CBK'lar için getirilen sınırlamalar, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konular için de geçerlidir. Bununla birlikte söz konusu sınırlamalar Anayasa'nın CBK'lara ilişkin diğer hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.

26. Kurallarda aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği, koordinatör başhekime bağlı olarak, her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği, hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetlerinin koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütüleceği öngörülmektedir.

27. Kurallar Sağlık Bakanlığının teşkilatı içinde yer alan hastanelerin yönetimine ve teşkilatlanmasına dair hükümler içermekte olup Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında *yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu* düzenlemektedir.

28. Öte yandan kurallar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilen *Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin bir düzenleme* de içermemektedir.

29. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.

30. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir."* Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir"* denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması yönünden CBK'larla düzenleme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

31. Bu bağlamda Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir.

32. Bu çerçevede kuralların, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında CBK ile düzenlenmesi özel olarak öngörülen konulardan biri

olan bakanlıkların teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira kurallarla Sağlık Bakanlığının taşra teşkilatı içinde yer alan hastanelerin aynı yerleşke içinde birden fazla olması durumunda hizmet birimlerinin nasıl örgütlenebileceği konusunda düzenleme yapılmıştır. Bu itibarla kuralların Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

33. Öte yandan, kuralların Anayasa'nın 128. maddesiyle bağlantılı olarak da 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir"* denilmiştir. Kurallarla esas itibarıyla bir koordinatör başhekimlik ve buna bağlı başhekimlikler ile müdürlüklerin kurulması ile bunların görev ve yetkileri düzenlenmektedir. Kurallarda, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde kanunla düzenleneceği öngörülen memurların ve diğer kamu görevlilerinin *"nitelikleri", "atanmaları", "görev ve yetkileri", "hakları ve yükümlülükleri", "aylık ve ödenekleri"* ile *"diğer özlük işleri"* yönünden düzenleme yapılmamıştır. Fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"Aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebilir"* hükmünden hareketle atama yönünden bir düzenleme yapıldığını söylemek de mümkün değildir. Zira kurallarla esas olarak Sağlık Bakanlığı bünyesinde bir taşra teşkilatı kurulmasına izin verilmekte, bunun doğal sonucu olarak da bir koordinatör başhekim görevlendirilebilmesine imkân tanınmaktadır. Bu yönüyle kuralların koordinatör başhekimin görevlendirilmesinin usul ve esaslarını düzenleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Dolayısıyla kurallar Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memurların ve kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin bir husus öngörmemektedir.

34. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun

açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Koordinatör başhekimliğe ilişkin olarak karşılaştırmaya esas olabilecek şekilde herhangi bir kanunda düzenleme olduğu tespit edilememiştir. Dolayısıyla kuralların anılan cümleyi ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.

35. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe farklı gerekçeyle katılmışlardır.

b. Kuralların İçerik Yönünden İncelenmesi

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

37. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

38. Hukuk devleti ilkesi gereği CBK'lar kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. Kuralın kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırılık söz konusudur.

39. Öte yandan Cumhurbaşkanı, Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği öngörülen konularda Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla CBK çıkarma yetkisini haiz olup düzenlemelerde kamu yararının bulunup

bulunmadığını takdir etme yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde Cumhurbaşkanı'nın kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılmış olup olmadığı incelenebilir. Diğer bir anlatımla bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kuralın kamu yararı amacıyla çıkarılıp çıkarılmadığının denetimiyle sınırlıdır (kanunlar yönünden benzer değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2016/140, K.2017/92, 12/4/2017, §§ 6,7; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, §§10,11).

40. 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *"İptal davalarında Mahkemece esasın incelenmesine karar verilmesi hâlinde, dava dilekçesi ile ekleri Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Cumhurbaşkanlığı ile iptal davası açmaya yetkili siyasi parti gruplarına gönderilir. Bu makamlar, iptal davasıyla ilgili yazılı görüşlerini değerlendirilmek üzere Mahkemeye bildirebilirler."* denilmektedir. CBK'ların gerekçelerine herhangi bir ortamda yer verilmemesi karşısında CBK kurallarının getiriliş amacının tespiti bakımından 6216 sayılı Kanun'un anılan hükmüne istinaden Cumhurbaşkanlığınca dosyaya sunulan görüş yazıları önem arz etmektedir.

41. Cumhurbaşkanlığının dava konusu kuralların düzenlenme sebebine yer verilen görüş yazısında özetle, kamu-özel işbirliği finansman modeli kapsamında yaptırılarak faaliyete geçen hastanelerin yönetiminde, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasının mevcut hastaneler arasında koordinasyonun sağlanmasıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir.

42. Kuralların objektif anlamı ve düzenlenme sebebi gözönünde bulundurulduğunda kurallarla hastanelerin yönetimi bağlamında verilen görev ve sorumlulukların gereği gibi yerine getirilmesinin, dolayısıyla sağlık hizmetlerinin etkin bir biçimde sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralların kamu yararı dışında düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

43. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptalleri talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

44. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasına yönelik yürürlüğünün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine yönelik iptal talepleri 23/1/2020 tarihli ve E.2019/31, K.2020/5 sayılı kararla reddedildiğinden bu cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

23/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

B. 3. maddesiyle (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin konu bakımından yetki ve içerikleri itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

23/1/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yurt dışından yapılacak mal ve hizmet alımlarında yüklenicilere bütçe dışı avans olarak ön ödeme yapılabileceğine ilişkin iptal istemine konu kural (28) no'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin- CBK-2.Md. ile 1 No'lu CBK'nın 287. Md. ne eklenen 2 no'lu fıkra) sayın çoğunlukça Anayasa'nın 104/17 maddesinin dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptali yoluna gidilmiştir.

Kuralın Anayasa'nın104/17 maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır. Dördüncü cümle yönünden ise her ne kadar sayın çoğunlukça kuralın kanunda açıkça düzenlenen konuda hüküm getirmesi nedeniyle anılan cümleye aykırı olduğu kabul edilmiş ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *"Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir."* denilerek bütçe dışı avans konusunda düzenleme yapılmış ise de aynı fıkranın ikinci cümlesinde *"İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır."* hükmüne de yer verilerek bu konuda CBK ile düzenlenme alanı saklı tutulmuştur. Dolayısıyla CBK'nın Kanun ile aynı konuda düzenleme getirdiği söylenemez.

Öte yandan, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrası ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun "istisnalar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan açık düzenlemelere göre; Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri ile idarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal ve hizmet alımları ile yapım işleri'nin 4734 sayılı Kanundan müstesna olduğu hususları yasa koyucu tarafından saklı tutulmuş olup; iptal istemine konu kural da, yurt dışından temin edilecek mal ve hizmetlere ilişkin olarak yabancı firmaların sözleşme bedelinin tamamının ödenmemesi halinde mal ve hizmet vermemeleri gerekçesine dayalı olarak yürürlüğe konulduğundan, ölçülü ve kamu yararına uygun bir düzenleme öngörmektedir. Zorunlu bir ihtiyaçtan kaynaklanan ve uzun yıllardır fiilen gerçekleşen bir uygulamaya dayanan kuralın kamu yararı, hizmet gerekleri ve bütçede tasarruf ilkeleriyle de uyum içinde olduğu görülmektedir. Diğer yandan, ülke tanıtımı gibi büyük önem taşıyan bir alanda, Bakana verilen takdir yetkisinin keyfiliğe yol açan bir

yönü de bulunmamaktadır. Kuralın, yukarıda işaret edilen yasal düzenlemelerin verdiği izin kapsamında ve kamu yararını gerçekleştirmek maksadıyla öngörüldüğü ve yetkili ita amirine (Bakana) bu konuda tanınan takdir yetkisinin de hukuka aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamadık.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunca, 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 2. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı CBK'nın 287. maddesine eklenen (2) numaralı fıkrasının konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmiştir. Aşağıda belirtilen gerekçelerle, kuralın, gerek konu bakımından gerekse içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaştığımızdan çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

2. Anayasa'da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, esas itibarıyla ve genel anlamda 104. maddenin onyedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında dört ayrı Anayasa hükmünde daha, Anayasa tarafından belirlenmiş bazı konularda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkaracağı ayrıca ve özel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır.

3. Bu bağlamda, Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına bakıldığında ise, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilirken, kanunlardan farklı olarak, bu yetkiye ilişkin olarak konu bakımından bazı sınırlamalar öngörüldüğü; bu sınırlamaların fıkranın ilk dört cümlesinde düzenlendiği görülmektedir.

4. Hal böyle olunca, bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kuralın içerik yönünden denetlenmesinden önce konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Bu denetimin nasıl yapılacağı kararın "A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi" başlığı altında açıklanmıştır. Söz konusu denetimin, CBK'lara ilişkin olarak Anayasa'da yer alan düzenlemelerin birlikte ele alınması ve mümkün olduğu ölçüde Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorum yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

5. Kuşkusuz anılan başlık altında ifade edilen Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalar, Anayasa'nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirilmiş olup, bunların aynı şekilde Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak (ayrıca) belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Zira Anayasa'da CBK ile düzenleneceği açıkça ve özel olarak düzenlenen konulara ilişkin kuralların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kimi kurallardan ayrılan hükümler öngördüğü açıktır.

6. Bu itibarla bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde konuya ilişkin tüm Anayasa hükümlerinin birlikte gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

7. Burada incelenen dava konusu kuralda Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda bir düzenleme yapılması söz konusu değildir. Dolayısıyla bu kural yönünden, anılan özel hükümlerin ve özel hükümlere ilişkin yukarıda yapılan açıklamaların gözetilmesini gerektiren bir husus bulunmamaktadır. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen tüm sınırlamalar yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

8. Kuralla, Türkiye'nin tanıtımına yönelik olarak yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımlarında alım yapılacak olan ülkedeki piyasa şartlarının gerektirmesi ve önemli fiyat avantajı sağlanması hâlinde -sözleşmesinde belirtilerek- Kültür ve Turizm Bakanı'nın (Bakan) onayı ile yüklenme tutarının tamamına kadar yükleniciye bütçe dışı avans

olarak ön ödeme yapılabileceği, bu ödemeye ilişkin Bakan onayında teminat alınıp alınmayacağına ayrıca belirtileceği, ön ödemeye ilişkin usul ve esasların Kültür ve Turizm Bakanlığınca (Bakanlık) çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği öngörülmektedir.

9. Görüldüğü üzere kuralda, yürütmenin yetki ve görevi kapsamında, Türkiye'nin tanıtımına yönelik yurt dışında yapılacak mal ve hizmet alımının koşulları düzenlenmekte olup düzenlemenin yürütme yetkisine ilişkin bir konuya ilişkin bulunduğu kuşku bulunmamaktadır.

10. Kuralla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin düzenlenmediği de ortadadır.

11. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

12. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir.

13. Dava dilekçesinde kuralın bütçenin uygulanmasına ilişkin olduğu, Anayasa'nın 161. maddesi uyarınca bütçenin uygulanmasına ilişkin hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu çerçevede Anayasa'nın 161. maddesi bağlamında kuralın 104. maddenin anılan hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

14. Bütçenin uygulanması, temelde bütçe kanununa bağlı gelir ve gider cetvellerinin uygulanması anlamına gelip bu cetvellerde değişiklik sonucu doğuran düzenlemeler bütçe uygulaması kapsamında kalmaktadır. Anılan cetvellerde değişiklik sonucu doğurmayan işlemler ise bütçenin uygulanmasına yönelik verilen yetkilerin kullanılması bağlamında değerlendirilmelidir.

15. Kurala konu bütçe dışı avans, bütçe sınırları içinde kalmak kaydıyla bütçede yer alan ödeneklerle bağlantısı kurulmaksızın yapılan ön ödemeleri ifade etmektedir. Ödeneklerle bağlantısı kurulmayan bu türden avanslar da bütçe kanunu ile ilgili kuruma tahsis edilen bütçe sınırları içinde kalmaktadır. Bir başka deyişle, bütçe dışı avansla, ilgili kuruma bütçe kanunuyla tahsis edilmiş bulunan harcama miktarının

aşılması mümkün değildir. Bakanlığın bütçesinin yıllık merkezî yönetim bütçe kanunlarında düzenlenmesi ve bütçe dışı avansın bütçenin uygulanmasına yönelik olarak verilen yetkilerin kullanımı kapsamında bulunması nedeniyle kuralın “*Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamaz.*” hükmüne aykırılık oluşturmadığı anlaşılmaktadır.

16. Diğer taraftan çoğunluk, bütçe dışı avans ödenebilmesinin hüküm ve şartlarının genel olarak 5018 sayılı Kanun’un “*Ön ödeme*” başlıklı 35. maddesinde düzenlendiğini, anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde “*Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir*” denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceğinin ve ancak teminat karşılığında ödenebileceğinin hüküm altına alındığını, bu hükmün CBK kuralının ilişkili olduğu Bakanlık da dahil olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarının yurt içi ve yurt dışı bütçe dışı avans ödemelerinin hüküm ve şartlarını düzenlediğini, bu çerçevede kanunun açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralının Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı düzenleme getirdiğini kabul etmiştir. Ayrıca çoğunluk, Anayasa’nın kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarma yetkisi tanımadığını, dolayısıyla, kanun koyucunun “*İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır*” demek suretiyle bir yetki tanımasının söz konusu olamayacağını da belirtmiştir.

17. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde “*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*” denilmiştir. Buna göre Anayasa’da CBK ile özel olarak düzenleneceği öngörülen konular dışında kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaması gerekmektedir. Ancak Anayasa’nın anılan maddesiyle amaçlanan husus, kanunla düzenlenmiş bir konuda farklı hükümler getirebilecek bir CBK’nın çıkarılmasına izin vermemek suretiyle aynı konuya ilişkin iki norm türü arasında oluşabilecek hüküm çatışmasının önlenmesidir.

18. Aksi takdirde, -“konu”- geniş bir kavram olduğundan, bir konuya ilişkin herhangi bir hususun kanunla düzenlenmesinden sonra aynı konuda başka bir hususun CBK ile düzenlenemeyeceğini kabul etmek gerekir ki bu durum yürütme yetkisine ilişkin olup kanunların herhangi

bir şekilde az veya çok temas ettiği hiçbir konuda CBK ile hiçbir şekilde düzenleme yapılamayacağı anlamına gelir. Bu bağlamda yürütme yetkisine ilişkin olarak yürürlükte bulunan kanunların sayı ve kapsamına bu anlamda bakıldığında, kanunların düzenleme yapmadığı bir konunun tespit edilmesinin neredeyse imkânsız olduğu görülür. Anayasa koyucunun böyle bir sonucu murat ettiği düşünülemeyeceğine göre, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarıldığından söz edilebilmesi için CBK kuralının kanunun düzenleme alanına girerek onun hüküm ve sonuçlarından farklı bir düzenleme öngörmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekir.

19. 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *"Sözleşmesinde belirtilmek ve yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçmemek üzere, yüklenicilere, teminat karşılığında bütçe dışı avans ödenebilir."* denilerek bütçe dışı avansın yüklenme tutarının yüzde otuzunu geçemeyeceği ve ancak teminat karşılığında ödenebileceği hüküm altına alınmakla birlikte, aynı fıkranın ikinci cümlesinde *"İlgili kanunların veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleri saklıdır."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesiyle getirilen kural CBK'nın bütçe dışı avans ödenmesine ilişkin hükümleriyle düzenlenen konular dışındaki alanlarda hüküm ve sonuç doğurmakta olup, bunun CBK'yla düzenlenmesi saklı tutulan konuda düzenlenmiş bir kural olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

20. Bu çerçevede 5018 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle genel olarak bütçe dışı avans ödemeleri konusunda bir düzenleme yapılmış ise de bazı konularda anılan hükümde belirtilen koşulların kategorik olarak uygulanmasının uygun olmayabileceği değerlendirilmiş ve somut olayın koşullarına göre farklı karar alınması gereken konularda düzenleme yapılmayarak bu konunun düzenlenmesi CBK'ya bırakılmıştır. Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınması karşısında, kanun koyucunun söz konusu alanda düzenleme yapma yetkisini kullanmayı tercih etmeyip bu konuda CBK koyucuya alan bırakmasında herhangi bir anayasal kural ve ilkenin ihlal edilmesi söz konusu değildir.

21. Bir başka ifadeyle, Anayasa'da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olmadığından ve Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki halinden farklı olarak yürütmeye ilişkin

konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisi, kanunun yanı sıra CBK'ya da tanınmış olduğundan buradaki düzenlemenin, Anayasa tarafından CBK'ya tanınmayan bir yetkinin kanun koyucu tarafından tanınması olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

22. Elbette ki Anayasa koyucunun CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konular dışındaki hususlarda Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konularda CBK'ya bir alan bırakması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Ancak dava konusu kuralla Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği belirtilen konuda bir düzenleme yapılmadığı yukarıda tespit edildiğinden kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaşılması gerekir.

23. Öte yandan Türkiye'nin tanıtımına yönelik düzenlenen kuralın kamu yararı amacıyla düzenlendiği hususunda bir kuşku bulunmadığı gibi kuralın hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal eden bir yönü de bulunmamaktadır.

24. Bu itibarla kuralın içerik bakımından da Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığını değerlendirdiğimizden iptal talebinin reddedilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

FARKLI GEREKÇE

1. Mahkememizce, 17/1/2019 tarihli ve (28) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 3. maddesiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı CBK'nın 372. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin, konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın anılan hükmüne aykırı olmadığı sonucuna katılmakla birlikte, bu sonuca, söz konusu fıkranın dördüncü cümlesi yönünden, Mahkememiz çoğunluğunca dayanan gerekçelerle değil aşağıda belirtilen farklı gerekçelerle iştirak ediyoruz.

2. Anayasa'da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, esas itibarıyla ve genel anlamda 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında dört ayrı Anayasa hükmünde daha, Anayasa tarafından belirlenmiş bazı konularda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkaracağı ayrıca ve özel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır.

3. Bu bağlamda, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına bakıldığında ise, Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilirken, kanunlardan farklı olarak, bu yetkiye ilişkin konu bakımından bazı sınırlamalar öngörüldüğü; bu sınırlamaların fıkranın ilk dört cümlesinde düzenlendiği görülmektedir.

4. Hal böyle olunca, bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kuralın içerik yönünden denetlenmesinden önce konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

5. Bu denetimin nasıl yapılacağı kararın “A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi” başlığı altında açıklanmıştır. Bununla birlikte kararın 25. paragrafında da belirtildiği üzere söz konusu denetimin, CBK'lara ilişkin olarak Anayasa'da yer alan düzenlemelerin birlikte ele alınması ve mümkün olduğu ölçüde Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorum yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

6. Kuşkusuz anılan başlık altında ifade edilen Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalar, Anayasa'nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirilmiş olup, bunların Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak (ayrıca) belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Zira Anayasa'da CBK ile düzenleneceği açıkça ve özel olarak düzenlenen konulara ilişkin kuralların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kimi kurallardan ayrılan hükümler öngördüğü açıktır.

7. Bu itibarla bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde konuya ilişkin tüm Anayasa hükümlerinin birlikte gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

8. Dava konusu kurallarda aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda, bu hastanelerin müşterek yönetimi için bir koordinatör başhekim görevlendirilebileceği, koordinatör başhekime bağlı olarak her bir hastanenin tıbbi hizmetleri ile eğitim ve araştırma faaliyetlerini yürütmek üzere başhekimlikler oluşturulabileceği, hastanelerin idari ve mali, sağlık bakım ve diğer destek hizmetlerinin koordinatör başhekime bağlı müdürlüklerce ilgili hastane başhekimliği ile işbirliği içerisinde yürütüleceği öngörülmektedir.

9. Kararda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da bir konunun kanunla düzenleneceği öngörülmüşse bu konuda CBK çıkarılamayacağı, bununla birlikte Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörülmüş Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda ise başka bir maddede kanunla düzenlenmesi öngörülmüş olsa bile CBK'yla düzenleme yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede, kurallarla Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında yer alan *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."* biçimindeki kural kapsamında Sağlık Bakanlığının teşkilatı konusunda düzenleme yapıldığından, anılan özel hüküm nedeniyle kuralların Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

10. Bir başka ifadeyle Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca idarenin kanunla kurulması gerektiği yönündeki hükme rağmen 106. maddenin on birinci fıkrasında bakanlıkların teşkilatının CBK'yla düzenleneceği yönündeki özel hüküm nedeniyle 104. maddenin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın geçerlilik kazanmayacağı kabul edilmiştir.

11. Belirtilen gerekçeye katılmamak mümkün değildir. Zira aksinin kabulü halinde, Anayasa'nın CBK'yla düzenlenmesini özel olarak öngördüğü konularda CBK çıkarılması mümkün olmayacak, bir başka ifadeyle CBK'ya özel olarak düzenleme alan ve yetkisi veren söz konusu özel anayasal hükümlerin bir anlamı kalmayacaktır.

12. Bununla birlikte, Mahkememiz çoğunluğunca, dava konusu kurallarla Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Anayasa'da özel olarak CBK'yla düzenleneceği belirtilen konuda düzenleme yapıldığı kabul edilmesine ve bu çerçevede Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki sınırlamanın uygulama alanı bulamayacağı değerlendirilmesine rağmen, aynı anlayış on yedinci fıkranın dördüncü cümlesi yönünden kabul edilmeyerek dava konusu CBK kurallarıyla düzenlenen konunun kanunda açıkça düzenlenip düzenlenmediği konusunda inceleme yapılmıştır.

13. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki kural yönünden yapılan değerlendirmede, Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda, Anayasa münhasıran kanunla düzenlenme koşulu öngörse bile CBK ile düzenleme yapılabileceği kabul edilirken; yapılan değerlendirmenin (aynı anlayışın) Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen "*Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.*" kuralı yönünden kabul edilmemesi bir çelişki oluşturacaktır.

14. Zira eğer Anayasa koyucu bir konunun özel olarak CBK'yla düzenleneceğini öngörmüş ise artık bu konuda Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen sınırlama uygulama alanı bulamayacağı gibi, aynı anlayış ve gerekçelerle dördüncü cümlesindeki sınırlama da uygulama alanı bulamayacaktır.

15. Dolayısıyla, dava konusu bir kuralın Anayasa'da CBK ile düzenleneceği belirtilen bir konuya ilişkin olduğu tespit edildikten sonra,

artık bu konuda ayrıca bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının araştırılması gerekli değildir. Zira söz konusu ölçüt, sadece Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca çıkarılan genel yetki kapsamındaki CBK'lar için geçerlidir. Bir başka ifadeyle Anayasa'da CBK'yla düzenleneceği özel olarak belirtilen konulara ilişkin özel hükümler karşısında Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki genel hükümde yer alan sınırlamanın, üçüncü cümlede yer alan koşula ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle uygulanması mümkün değildir. Nitekim Anayasa'nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca bu hükümlerin yürürlüğe girmesinin ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

16. Buna göre yapılan denetim neticesinde Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında Sağlık Bakanlığı'nın teşkilatını düzenlediği tespit edilen kurallarla ilgili olarak ayrıca bir kanun hükmü bulunup bulunmadığı yönünde bir inceleme yapılmaması gerektiği görüşüyle kuralların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki sonuca anılan farklı gerekçeyle katılıyoruz.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2018/163
Karar Sayısı : 2020/13
Karar Tarihi : 19/2/2020
R.G.Tarih-Sayı : 28/4/2020-31112

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 138 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 18/10/2018 tarihli ve 7148 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesiyle 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasa'nın 2., 7., 12.,13.,17., 20., 38., 40., 70. ve 129. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un iptali talep edilen 29. maddesiyle ikinci fıkranın eklendiği 4045 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

“Madde 1- Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması; kamu kurum ve kuruluşlarında, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile Genelkurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ve ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel hakkında yapılır.

(Ek:18/10/2018-7148/29 md.) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, güvenlik soruşturması ve arşiv

araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma sonuçlarını, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkilidir.

Devletin güvenliğini, ulusun varlığını ve bütünlüğünü iç ve dış menfaatlerinin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgeler ile gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, birim ve kısımların tanımlarının yapılması, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak merciler ve üst kademe yöneticilerinin kimler olduğu Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmelik ile düzenlenir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 17/1/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1. Anlam ve Kapsam

3. Dava konusu kural, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimlerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, 4/12/2004

tarhli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesinin (5) ve 231. maddesinin (13) numaralı fıkraları kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütölen soruşturma sonuçlarını, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkili olduklarını hükme bağlamaktadır.

4. 5271 sayılı Kanun'un 171. maddesi Cumhuriyet savcısının kamu davasını açmadaki takdir yetkisini düzenlemektedir. Bu kapsamda Cumhuriyet savcısı bazı koşullar altında kamu davasının açılmasının ertelenmesine de karar verebilmektedir. Bu yetkinin kullanılması hâlinde ise anılan maddenin (5) numaralı fıkrası gereğince kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararların bunlara mahsus sisteme kaydedilmesi zorunludur. Söz konusu kayıtların ise ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi mümkündür.

5. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca, hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilenlerin belirlenen erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlememesi hâlinde söz konusu soruşturma kovuşturmayaya yer olmadığına kararıyla sonuçlandırılır. Bu itibarla kamu davasının açılmasının ertelenmesi, fail hakkında kamu davasının açılmasına yetecek şekilde suç işlediğine dair var olan şüphenin belirli bir süre denetime tabi olmak koşuluyla askıya alınmasını öngörmektedir.

6. Kanun'un 231. maddesinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Bu durumda da verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar da ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenebilir ve istenen kayıtlar bu amacın dışında kullanılamaz.

7. Belirlenen denetim süresi içinde kasıtlı bir suçtan mahkûm olunmaması ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlölöklere uygun davranılması hâlinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilir. Bu bağlamda sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı mahkûmiyet hükmü olarak kabul edilemez.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

8. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması faaliyeti kapsamında kamu idaresine, kamu görevine girme hakkını kullanmak isteyen kişiye ait kişisel verilere sınırsız bir şekilde erişme ve bu verileri toplama, sınıflandırma, işleme ve değerlendirme imkânı verdiği, kişisel verilere ilişkin kanunların kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine, bilgilerin silinmesi ve değiştirilmesine, kötüye kullanımının engellenmesine yönelik birtakım güvenceleri içermesi ve hukuki belirliliğe sahip olması gerektiği, yapılan güvenlik soruşturması sonucunda kişilerin kamu görevine girmesinin engellenebileceği ya da mevcut kamu görevinden çıkarılmasının mümkün olabileceği, bu itibarla düzenlemenin kamu hizmetine girme hakkına öngörülemez bir sınırlama getirdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 17., 20., 38., 40., 70. ve 129. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."* denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.

10. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

11. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında belirtildiği üzere *"...adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya*

koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler...” kişisel veri olarak kabul edilmektedir (AYM, E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015; E.2015/32, K.2015/102, 12/11/2015).

12. Bu bağlamda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen veriler kişisel veri niteliğindedir. Dava konusu kural, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler tarafından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişilerin kişisel veri niteliğindeki özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınmasına, hakkındaki suç işlediğine dair iddiaların değerlendirildiği Cumhuriyet savcılığı, hâkim veya mahkeme kararlarının tutulduğu kayıtlara ulaşılmasına ve bu kayıtların kullanılmasına imkân tanınması nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirmektedir.

13. Anayasa’nın 20. maddesi uyarınca kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Anayasa’nın 13. maddesinde de *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* hükmüne yer verilerek temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Anayasa’nın 13. ve 20. maddeleri uyarınca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını sınırlamaya yönelik kanuni bir düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

14. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki

güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

15. Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Belirtilen husus gözetilerek kamu görevinde çalıştırılacak kişiler bakımından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması yönünde düzenlemeler getirilmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ancak bu alanda düzenleme öngören kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve muhtemel kötüye kullanmalara karşı yeterli güvenceleri sağlaması gerekir.

16. Kuralda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu kapsamda kişisel veri niteliğindeki bilgilere ulaşması öngörülmüşken Kanun'da bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin, kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu soruşturma ve araştırma kapsamında kişisel veri niteliğindeki bilgileri almakla yetkili oldukları belirtilmiştir.

17. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin alınmasına, kullanılmasına, işlenmesine yönelik güvenceler ve temel ilkeler kanunla belirlenmeksizin bunların

alınmasına ve kullanılmasına izin verilmesi Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleriyle bağdaşmamaktadır (benzer yönde bkz. AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, §§ 171, 172; *Fatih Saraman* [GK], B. No: 2014/7256, §§ 89, 90; *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, § 88).

18. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kural Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 7., 12., 17., 38., 40., 70. ve 129. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

19. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

18/10/2018 tarihli ve 7148 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesiyle 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesine eklenen ikinci fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin koşulları oluşmadığından REDDİNE 19/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

18/10/2018 tarihli ve 7148 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 29. maddesiyle 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

1. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE 19/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Hasan Tahsin GÖKCAN	Recep KÖMÜRCÜ

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM

Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

Üye	Üye	Üye
M. Emin KUZ	Kadir ÖZKAYA	Rıdvan GÜLEÇ

Üye	Üye
Recai AKYEL	Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye	Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU	Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2018/122
Karar Sayısı : 2020/14
Karar Tarihi : 19/2/2020
R.G. Tarih – Sayı : 11/5/2020 – 31124

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onikinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "...6 aydan fazla..." ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sözleşmenin işe giriş koşullarının kaybedildiği gerekçesiyle feshedilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALI

Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) itiraz konusu kuralın da yer aldığı 7. maddesi şöyledir:

"İşe Alınacaklarda Aranılacak Şartlar

Madde 7- Sözleşmeli olarak işe alınacak personelin;

a) Kamu haklarından mahrum bulunmamaları,

b) 18 yaşını tamamlamış olmaları,

c) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamaları,

d) Görevlerini yapmalarına engel olabilecek akıl hastalığı veya bedensel engel ile engelli olmamaları,

e) En az ortaokul mezunu olmaları,

f) (Ek: 2/1/2017-KHK-680/84 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/82 md.) Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak, gerekir.

Ancak, ortaokul mezunları arasından personel temininin mümkün olamaması halinde ilkokul mezunlarının da istihdamı mümkündür.

Sözleşmeli statüde çalıştırılacak personelde aranılacak diğer özel şartlar teşebbüs veya bağlı ortaklık yönetim kurullarınca çıkarılacak bir yönetmelikle tespit olunur.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in katılımlarıyla 25/9/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Gülbin AYNUR tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu KHK kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca kamu görevlisi statüsünde istihdam

edilebilmek için kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmama koşulu aranmaktayken KHK kapsamındaki sözleşmeli personel yönünden kuralla altı aydan fazla hapis cezasıyla hükümlü bulunmama koşulunun öngörüldüğü, bu durumda aynı kurumda görevli olan ve aynı işi yapan iki kamu görevlisinden 657 sayılı Kanun'a tabi olan, on ay hapis cezası alması durumunda görevini yapmaya devam edebilecekken KHK kapsamında istihdam edilen sözleşmeli personelin aynı cezaıyla cezalandırılması hâlinde sözleşmesinin feshedileceği, bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. KHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde; sözleşmeli olarak işe alınacak personelin taksirli suçlar hariç olmak üzere ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamaları gerektiği düzenlenmiştir. Anılan bentte yer alan "...6 aydan fazla..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

1. Ön Mesele

5. Kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde öncelikle Anayasa'nın KHK'ların hukuksal rejimini düzenleyen mülga 91. maddesinin ölçü norm olarak esas alınıp alınamayacağı, Anayasa Mahkemesince anılan madde uyarınca yapılan denetim sonucunda verilen ret kararı üzerine aynı kuralın söz konusu Anayasa maddesi yönünden yeniden denetlenip denetlenemeyeceği ve Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen on yıllık başvuru yasağının mülga 91. madde yönünden yapılacak denetimler bakımından da geçerli olup olmadığı sorunları görülmüştür.

6. Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) daha önceki hükûmet sisteminde yer alan Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebileceğini hükme bağlayan ve KHK'ların hukuksal rejimini düzenleyen Anayasa'nın 91. maddesi 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9/7/2018 tarihinde yürürlüğe giren 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, böylece KHK çıkarılabilme imkânına anayasal olarak son verilmiştir.

7. Buna karşılık 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'ya eklenen geçici 21. maddenin (F) fıkrasının birinci cümlesinde *“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür”* denilmek suretiyle Anayasa'nın 91. maddesinin yürürlükten kaldırılma tarihine kadar çıkarılmış ve yürürlükte bulunan KHK'ların geçerliliklerini sürdürmeye devam edeceği hükme bağlanmıştır.

8. Anılan fıkranın ikinci cümlesinde ise *“Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu cümlede KHK'ların iptal davası yoluyla Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesine ilişkin Anayasa'nın 150. ve 151. maddelerine açıkça yer verilmemiş ise de anılan hükmü yorumlayan Anayasa Mahkemesi iptal davası yönünden de olağan KHK'lara ilişkin yargısal denetim yetkisinin devam ettiğini kabul etmiştir (AYM, E.2018/114, K.2018/91, 25/9/2018, §§ 8, 9).

9. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hâlinde Anayasa Mahkemesinin KHK'ların Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetleyeceği kurala bağlanmıştır. 2017 yılında yapılan söz konusu Anayasa değişikliği ile KHK rejimine son verilmeden önce Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın mülga 91. maddesini de ölçü norm olarak esas almış ve anılan madde uyarınca KHK'ları yetki kanununa dayanıp dayanmadığı, yetki kanununun kapsamında olup olmadığı ve yasak alan içinde kalıp kalmadığı hususlarında denetime tabi tutmuştur.

10. Anayasa'nın geçici 21. maddesinin (F) bendinin ikinci cümlesi, KHK'larla ilgili denetim yetkisinin devamını öngörmekle birlikte söz konusu denetimde mülga normların ölçü norm olarak dikkate alınıp alınamayacağı hususunda bir hüküm içermemektedir. Bu hususun Anayasa Mahkemesince yorum kuralları çerçevesinde belirlenmesi ve bu kapsamda mülga normların niteliğinin dikkate alınması gerekmektedir.

11. Anayasa yargısında kuralın içerik bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi gereğince denetimin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan normlar ölçü olarak alınır (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.1981/13, K.1983/8, 28/4/1983). Bununla birlikte anayasa yargısı denetimine tabi bir norm, oluşturulduğu süreçte geçerli olan *yetki* kuralları esas alınarak vücut bulduğundan bu unsura ilişkin denetimin -yürürlükten kalkmış olsa dahi- o tarihteki kurallar esas alınarak yapılması gerekmektedir. Zira geçerliliğini sürdüren ve yetki unsuru bakımından da anayasal denetime tabi olan KHK'ların çıkarılması sırasındaki anayasal yetkinin kaynağını, ilga edilmiş olsa da Anayasa'nın 91. maddesi teşkil etmektedir. Bu itibarla KHK çıkarma yetkisinin Anayasa'ya uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı yönünden yapılacak denetim, ancak söz konusu anayasal yetkinin tanımlandığı, konu yönünden kapsam ve sınırlarının çizildiği normun ölçü alınması suretiyle gerçekleştirilecek bir inceleme ile mümkün olabilecektir. Bu inceleme her türlü işlem ve eylemin hukuka uygun olarak tesis edilmesini gerektiren hukuk devleti ilkesinin ve hiçbir kişi veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağının hüküm altına alındığı Anayasa'nın 6. maddesinin gerektirdiği bir zorunluluktur.

12. Açıklanan nedenlerle mevcut KHK'ların ve dolayısıyla itiraz konusu kuralın Anayasa'nın mülga 91. maddesine uygunluğunun denetlenmesi gerekir.

13. İtiraz konusu kuralın, daha önce de iptal davası açılması suretiyle Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırı olduğunun ileri sürülmesi üzerine Anayasa Mahkemesince yapılan incelemede; kuralın bir yetki kanununa dayandığı, yetki kanunu kapsamında olduğu ve yasak alanda düzenleme içermediği gerekçesiyle anılan maddeye aykırı olmadığına karar verilmiş, buna ilişkin ret kararı 13/8/1991 tarihli ve 20959 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Aynı kararda kural içerik yönünden de incelenmiş ve Anayasa'ya aykırı görülmemiştir (AYM, E.1990/12, K.1991/7, 4/4/1991).

14. KHK'ların Anayasa'nın mülga 91. maddesine uygun olup olmadığına ilişkin denetimin bir defayla sınırlandırılmayacağı açıktır. Zira böyle bir sınırlandırma KHK'ya ilk denetiminden sonra söz konusu Anayasa hükmü karşısında dokunulmazlık tanınması anlamına gelmektedir. Bu ise her şeyden önce temel amacı normların Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması ve Anayasa'ya aykırı olan kuralların

hukuk sisteminden ayıklanması olan anayasa yargısının belirtilen amacı ile bağdaşmamaktadır.

15. Öte yandan KHK'ların çoğu kez, henüz uygulanmadığı bir dönemde, soyut ve genel olarak ele alındığı iptal davası yoluyla Anayasa'nın mülga 91. maddesi yönünden yapılan denetiminde varılan sonuçlar ile yıllar içinde gerçekleşen somut uygulamaları üzerine uyumsuzluklarla bağlantılı olarak itiraz yoluyla gerçekleştirilen denetiminde varılacak sonuçların birbirinden farklı olabileceği dikkate alındığında yeniden böyle bir denetim yapılabilmesi aynı zamanda bir gereklilik olarak da ortaya çıkmaktadır. Zira bazı kuralların dinamik toplumsal yaşamdaki değişim ve gelişmelere uygun olarak iptal davasında öngörülenden farklı bir anlam ve kapsam kazanması ve özellikle KHK'lar için yasak alan teşkil eden ilgili Anayasa maddelerinin, bu maddelerdeki kavram ve müesseselerin zaman içinde farklı yorumlanabilmesi, bunun da Anayasa'nın mülga 91. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmelerin değişmesine neden olması ihtimal dâhilindedir. Dolayısıyla anılan madde yönünden sadece bir kez denetim yapılabileceğinin kabulü Anayasa'ya aykırılığı (örneğin yasak alanda düzenleme içerdiği, yetki kanununa dayanmadığı) çok açık bir şekilde görülebilen bir KHK kuralının hukuk düzeninde sonuç doğurmaya devam etmesine yol açabilecektir.

16. Ayrıca bilindiği gibi aynı kanun hükmünün Anayasa'nın aynı maddesine aykırılığı iddiasıyla mahkemelerce yeniden başvuruda bulunulabilmesinin ve bu hususta Anayasa Mahkemesince yeniden inceleme yapılabilmesinin önünde -işin esasına girilerek verilen ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl süre geçmiş olması şeklindeki başvuru şartı hariç- anayasal bir engel bulunmamaktadır. Nitekim böyle bir denetimin yeniden yapılabilmesindeki gereklilik kanunların zamanla ihtiyaçları karşılayamayacak hâle gelmesi ya da durum ve koşulların değişmesi ihtimalinden kaynaklanmaktadır. Bu itibarla aynı madde yönünden aykırılık iddialarının yeniden ileri sürülebilmesi ya da incelenebilmesi bakımından Anayasa'nın mülga 91. maddesinin diğer maddelerinden ayrı tutulmasını hukuken haklı ve gerekli kılan bir sebep olmadığı gibi bunun anayasal bir dayanağı da bulunmamaktadır.

17. Bu itibarla itiraz konusu kuralın Anayasa'nın mülga 91. maddesi yönünden daha önce denetlenmiş olması aynı madde uyarınca yeniden denetlenmesine engel teşkil etmemektedir.

18. Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiştir. Anılan hüküm ile anayasa koyucu aynı kanun hükmünün anayasallık denetimi konusunda on yıllık bir denetim yasağı öngörmüştür. Söz konusu yasağın amacının mahkeme kararlarında istikrarın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun anılan fıkra ile ilişkin gerekçesinde denetim yasağının önerilmesinde hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesinin de gözönüne alındığı ifade edilmiştir.

19. Bu bağlamda on yıllık süre yasağının Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca yapılacak denetimler yönünden de geçerli olması hukuki istikrarın sağlanması açısından gereklidir. Anayasa'nın hangi maddesi yönünden denetim yapıldığı hususu, amacı hukuki istikrarı sağlamak olan söz konusu yasağın uygulanması bakımından bir önem arz etmemektedir. Öte yandan belirtilen denetim yasağı yönünden Anayasa'nın mülga 91. maddesinin diğer maddelerinden ayrı değerlendirilmesini gerektiren bir sebep de bulunmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin bir KHK kuralı hakkında işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kuralın Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırılığı iddiasıyla başvuru yapılamaz.

20. Bu noktada ayrıca KHK'ların anayasallık denetiminde işin esasına girilerek verilen kararların kapsamının da ortaya konulması gerekmektedir. Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne "...işin esasına girerek..." ibaresinin eklenme gerekçesi olarak Anayasa Mahkemesinin ret kararlarının bazılarının usule ilişkin olması gösterilmiştir. Nitekim maddenin Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu değişiklik gerekçesinin ilgili kısmı "*Anayasa Mahkemesinin red kararlarının bazı hallerde usule ilişkin olduğu gözönünde tutularak, bunlar hariç bırakılmak amacıyla işin «esasına girerek» ibaresi eklenmiş[tir]*" şeklindedir.

21. Anayasa yargısı bakımından işin esasına girilmesi, denetime konu edilen kuralda öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığına incelenmesi anlamına gelmektedir. Klasik anlamda norm denetimi bir kuralın içerik itibarıyla, bir başka ifadeyle maddi hukuk dünyasında yarattığı değişiklik bakımından Anayasa'ya aykırı olup

olmadığının denetimini ifade etmektedir. Bu bağlamda söz konusu denetimde kuralla ilgili ve gerekli görülen tüm hukuki müesseseler de irdelenmek suretiyle düzenlemenin Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir.

22. Anayasa Mahkemesi 11/9/2014 tarihli ve E.2013/116, K.2014/135 sayılı kararında, KHK'ların yasak alan ya da yetki kanunu yönünden incelenmesinin kuralın içeriğine girilmeksizin yapılan bir inceleme olması nedeniyle bu kapsamda verilen kararların Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen işin esasına girilerek verilen kararlardan olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi Anayasa'nın mülga 91. maddesinde KHK'lara bir düzenleme sınırı çizilmiştir. Buna göre KHK'ların anılan maddede belirtilen yasak alanlarda düzenleme içermemesi, bir yetki kanununa dayanması ve yetki kanunu kapsamında olması onların taşıması gereken anayasal bir nitelik, dolayısıyla bir Anayasa'ya uygunluk kriteridir. Bir başka ifadeyle KHK'ların Anayasa'ya aykırı olmaması için, sadece içerik değil aynı zamanda anılan nitelikleri itibarıyla da Anayasa'ya aykırı olmaması gerekmektedir. Bu ise KHK'ların Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın mülga 91. maddesindeki anılan ölçütler ve içerik yönünden olmak üzere iki aşamada gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır.

23. Bu itibarla KHK'ların yetki kanunu ve yasak alan yönünden yapılan denetimi de Anayasa'ya uygunluk denetiminin bir parçasıdır. Bu bağlamda söz konusu denetimde de kuralın -henüz içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın- yetki kanunu ve yasak alan yönünden Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tespit edilmektedir. Dolayısıyla KHK'ların içerik yönünden denetimi sonucunda verilen kararların yanı sıra Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca yetki kanunu ve yasak alan yönünden denetimi üzerine verilen kararlar da Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında işin esasına girilerek verilen karar kapsamındadır.

24. Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu kuralla ilişkin yukarıda değinilen 4/4/1991 tarihli kararında kuralın hem Anayasa'nın mülga 91. maddesindeki ölçütler hem de içerik yönünden denetime tabi tutulduğu ve bu hususlara ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarının reddedildiği görülmektedir. Yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu kuralla ilişkin söz konusu kararı işin esasına girilerek verilmiş bir ret kararıdır.

25. Somut başvuruda itiraz konusu kurala ilişkin anılan ret kararının 13/8/1991 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmasının üzerinden on yıldan fazla süre geçmiş olması karşısında kuralın Anayasa’nın mülga 91. maddesi yönünden incelenmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

2. KHK’ların Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

26. Anayasa’nın mülga 91. maddesinde düzenlenen KHK’lar işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan bu kuralların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anılan maddede KHK’ların Anayasa’ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte olup Anayasa’ya uygunluk denetiminin içine KHK’nın yetki kanunu kapsamında olup olmadığının denetimi de girmektedir. Çünkü Anayasa’nın mülga 91. maddesinde Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içinde KHK çıkarma yetkisinin verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK’yı Anayasa’ya aykırı duruma getirir. Dolayısıyla yargısal denetimde KHK’nın yetki kanunu kapsamında olup olmadığı sorununun da çözülmesi gerekir.

27. Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa’dan alan olağanüstü hâl KHK’larından farklı olarak olağan dönemlerdeki KHK’ların bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle KHK’lar ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. KHK’nın yetki kanunu ile olan bağı, KHK’yı aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. KHK’nın Anayasa’ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkarılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK’ların içeriği Anayasa’ya aykırılık oluşturmaya bile bunların Anayasa’ya uygunluğundan söz edilemez.

28. KHK’ların Anayasa’ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa’nın 11. maddesinde “*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz*” denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadığı saptanır. KHK’lar ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa’ya uygun olmak zorundadır.

29. Anayasa’nın mülga 91. maddesinde kimi konuların KHK’larla düzenlenmesi yasaklanmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında “...

sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez” denilmiştir. Bu kural uyarınca TBMM, Bakanlar Kuruluna ancak KHK ile düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir.

30. Anayasa’nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun Anayasa’nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa’nın mülga 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz.

3. Kuralın Anayasa’nın Mülga 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

31. 399 sayılı KHK, 12/3/1986 tarihli ve 3268 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu; 9/4/1987 tarihli ve 3347 sayılı 12/3/1986 Tarih ve 3268 Sayılı Kanun ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilatlarında Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu; 12/10/1988 tarihli ve 3479 sayılı 3268 Sayılı Kanun ile 3347 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması 2954 Sayılı Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 1/6/1989 tarihli ve 3569 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’a dayanılarak çıkarılan KHK’lardandır.

32. 3268 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkililiği artırmak ve kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini temin etmek maksadıyla idari, mali, sosyal haklarında iyileştirmeler yapmak üzere kapsam maddesinde belirtilen çerçeve dâhilinde Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. 3347 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle 3268 sayılı Kanun’un 2. maddesi değiştirilerek kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlarla diğer kamu görevlilerinin idari, mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak (A) bendinin on üç alt bendinde sayılan kanun ve KHK’ların yanında kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmalarına ilişkin olarak birimlerinin görev, yetki ve yükümlülüklerine ait genel esaslarla teşkilat

ve kadrolarında düzenleme yapılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca anılan Kanun'un 4. maddesiyle 3268 sayılı Kanun'un 19/3/1988 tarihinde sona eren süresi 31/12/1988'e kadar uzatılmıştır. Daha sonra kabul edilen 3479 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 3268 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yapılan değişiklikle KHK'yla değiştirilebilecek düzenlemelerin kapsamı genişletilmiş ve KHK ile yeni bakanlık kurulabilmesi mümkün kılınmıştır. Öte yandan anılan Kanun'un 2. maddesiyle 3268 sayılı Kanun'un süresi 31/12/1990 tarihine kadar uzatılmıştır. Ayrıca 1/6/1989 tarihinde kabul edilen 3569 sayılı Kanun'la da 3268 sayılı Kanun'un amaç ve kapsam maddelerinde değişiklik yapılmak suretiyle 3268 sayılı Kanun'un kapsamı genişletilmiştir.

33. 399 sayılı KHK'nın kabul tarihinin 22/1/1990 olduğu gözetildiğinde anılan KHK'nın 3268 sayılı Kanun'un 3479 sayılı Kanun uyarınca uzatılan süresi içinde çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

34. 3479 sayılı Kanun Anayasa Mahkemesinin 1/2/1990 tarihli ve E.1988/64, K.1990/2 sayılı kararı ile iptal edilmiş olup söz konusu karar 21/4/1990 tarihli ve 20499 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

35. Anayasa Mahkemesi 3479 sayılı Kanun'un iptal edilmiş olması nedeniyle 399 sayılı KHK'nın dayanaksız kalıp kalmadığı hususunu, KHK'nın tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülerek iptali talebiyle açılan davada incelemiş ve anılan Kanun'un iptal edilmesi nedeniyle KHK'nın Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırı hâle gelmediği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin 4/4/1991 tarihli ve E.1990/12, K.1991/7 sayılı kararında; KHK'ların yaygınlaştırılmaması, ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda çıkarılması, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da izlenimini verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmaması gerekliliğinin Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında vurgulandığına fakat Anayasa'da açıkça yer almamakla birlikte Anayasa'ya uygun bir yorumla getirilen *önemli, ivedi ve zorunlu olma* ölçütlerine ilk defa 3479 sayılı Kanun ile 20/10/1988 tarihli ve 3481 sayılı İdarî Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu'nun iptali kararlarında Anayasa'ya aykırılık nedeni olarak yer verildiğine dikkat çekilmiştir. Bu ölçütlerin ancak anılan kararların Resmî Gazete'de yayımlanması ile bağlayıcı etkisini göstereceği, dolayısıyla bundan önce yürürlüğe girmiş olan KHK'ları etkilemesinin düşünülemeyeceği, yetki kanununun Anayasa'da sayılan ögelerden birine

aykırı olması nedeniyle iptali durumunda ise buna dayanan KHK'ların iptalinin gerekeceğinin kuşkusuz olduğu vurgulanan kararda Anayasa Mahkemesince ilk defa yetki kanunu denetiminde uygulanan yorumla getirilen söz konusu ölçütlerin Anayasa Mahkemesi kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından önce çıkarılan KHK'lara uygulanmasının ve bu KHK'ların anılan ölçütlere göre Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilmesinin istikrarsızlık, kararsızlık ve güvensizlik yaratacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala da aykırı olacağı ifade edilmiştir.

36. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, çıkarılma tarihi itibarıyla dayandığı 3479 sayılı Kanun iptal edilmiş olmasına rağmen 399 sayılı KHK'nın yukarıda yer verilen gerekçeyle dayanaksız kalmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak işin doğası gereği yetki kanunlarının Anayasa'ya aykırılığı iddialarının incelenmesinin belli bir süre alacağı açıktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesince yetki kanunu sonradan iptal edilse bile iptal kararı yayımlanuncaya kadar çıkarılan KHK'ların bundan etkilenmeyeceğinin, bir başka ifadeyle yetki kanununa dayanmamasına rağmen hukuken geçerliliğini koruyacağını kabulü, Anayasa'nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasının KHK çıkarılmasını TBMM tarafından Bakanlar Kuruluna bu konuda yetki verilmesi koşuluna bağlayan hükmü ile bağdaşmaz. Bu itibarla her ne gerekçeyle olursa olsun dayandığı yetki kanunu iptal edilen ve bu sebeple artık dayandığı bir yetki kanunu bulunmayan KHK'ların -içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile- Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın da yer aldığı KHK, dayandığı 3479 sayılı Kanun'un iptal edilmiş olması karşısında geçerliliğinin ön koşulu olan bir yetki kanununa dayanma koşulunu taşımamaktadır.

37. Öte yandan Anayasa'nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasında sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK'larla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir.

38. "*Siyasî Haklar ve Ödevler*" başlıklı Dördüncü Bölümde yer alan "*Hizmete girme*" başlıklı 70. maddenin birinci fıkrasında her vatandaşın kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre

Anayasa'nın İkinci Kısımının "*Siyasî Haklar ve Ödevler*" başlıklı Dördüncü Bölümünde yer alan ve 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına ilişkin olarak KHK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

39. Anayasa'nın 70. maddesinin Danışma Meclisince kabul edilen gerekçesinde "*kamu hizmetine alınacak memur ve diğer kamu görevlileri*" ifadesine yer verildiği gözetildiğinde anılan maddede sadece memurların değil daha geniş bir kavram olan kamu görevlilerinin kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim kamu hizmetine girme hakkı Anayasa'nın 70. maddesinde düzenlenirken bu hizmetleri görece *kamu hizmeti görevlileri* ile ilgili genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 128. maddesinde de bu görevlileri ifade etmek üzere "*memurlar ve diğer kamu görevlileri*" ibaresine yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 70. maddesi sadece memuriyete girme hakkı ile sınırlı bir düzenleme olmayıp diğer kamu görevlilerinin de kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen bir hükümdür.

40. Anayasa Mahkemesi itiraz konusu KHK'ya ilişkin 4/4/1991 tarihli kararında, 399 sayılı KHK'ya tabi sözleşmeli personelin Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri kapsamında olmadığını belirtmiştir. Ancak zaman içinde Anayasa Mahkemesinin içtihadında değişiklik olmuş ve anılan personelin de kamu görevlisi olduğu kabul edilmiştir (AYM, E.2008/19, K.2010/17, 28/1/2010; E.2008/24, K.2010/115, 16/12/2010). Buna göre 399 sayılı KHK'ya tabi olarak görev yapan sözleşmeli personel Anayasa'nın 70. ve 128. maddeleri bağlamında diğer kamu görevlileri kapsamında yer almaktadır.

41. İtiraz konusu kuralda, sözleşmeli olarak işe alınacak personelin taksirli suçlar hariç olmak üzere 6 aydan fazla hapis cezası ile hükümlü bulunmamaları gerektiği hükme bağlanmıştır.

42. Kamu hizmetine girme ve hizmete alınmada hangi nitelik ve şartların aranacağı Anayasa'nın 70. maddesi kapsamındadır. İtiraz konusu kural, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kamu görevlisi olarak istihdam edilme şekillerinden biri olan 399 sayılı KHK'ya tabi sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılmak için aranan şartlara ilişkin olduğundan kamu hizmetlerine girme hakkının uygulanmasına dair bir düzenleme niteliği taşımakta ve Anayasa'nın mülga 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kalmaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle yetki kanununun iptal edilmesi nedeniyle dayanaksız kalan, ayrıca yasak alanda düzenleme içeren kural Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

Kural, Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca içerik yönünden incelenmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

44. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

45. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasının önceki hâlinde KHK'lara da yer verilmiş iken 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 209. maddesiyle fıkra da yer alan “...kanun hükmünde kararnamenin...” ibareleri “...Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin...” şeklinde değiştirilmiştir.

46. Anılan değişikliğin “Anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda ibare değişiklikleri yapılması amaçlanmaktadır” biçimindeki gerekçesi, Anayasa'da 6771 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler kapsamında KHK çıkarılabilme imkânına anayasal olarak son verildiği ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'da geniş biçimde yeniden düzenlendiği gözetildiğinde 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikle ulaşılmak istenen amacın Anayasa Mahkemesinin KHK'lara ilişkin anılan fıkra kapsamındaki görev ve yetkisinde herhangi bir değişiklik yapmak olmayıp KHK çıkarılabilme imkânına son veren ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesince yapılmasını öngören Anayasa değişikliğine uyum sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa'ya 6771 sayılı Kanun'la eklenen geçici 21. maddenin (F)

fıkrasının “Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152 nci ve 153 üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur” hükmünü içeren ikinci cümlesinde “...devam olunur” ibaresine yer verilmesi de KHK'lara ilişkin yargısal denetim görev ve yetkisinin söz konusu Anayasa değişikliği öncesinde mevcut olduğu şekliyle devamının amaçlandığını göstermektedir.

47. Bu bağlamda kanun koyucu da Anayasa Mahkemesinin KHK'lara ilişkin görev ve yetkisinin kapsamının var olduğu şekliyle aynen devamını sağlamak amacıyla 6216 sayılı Kanun'a 703 sayılı KHK ile eklenen geçici 2. maddenin (4) numaralı fıkrasında “Mahkemenin kanun hükmünde kararnamelere ilişkin görev ve yetkileri devam eder” hükmüne yer vermiştir. Mahkemenin KHK'lara ilişkin görev ve yetkisinin KHK kurallarının iptalinin diğer bazı KHK hükümlerinin uygulanmaması sonucunu doğurması durumunda onların iptalini de içerdği açıktır. Bu çerçevede 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası, geçici 2. maddenin (4) numaralı fıkrasıyla birlikte yorumlandığında Anayasa Mahkemesinin, KHK'nın belirli kurallarının iptali sonucunda uygulanma imkânı kalmayan diğer bazı hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verme görev ve yetkisinin de aynen devam ettiğinin kabulü gerekir.

48. 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan “...6 aydan fazla...” ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan, anılan ibareden önce gelen “...veya...” ile bu ibareden sonra gelen “...hapis...” ibarelerinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.

V. HÜKÜM

22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan;

A. “...6 aydan fazla...” ibaresinin Anayasa'nın mülga 91. maddesine aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

B. Anılan ibareden önce gelen “...veya...” ile bu ibareden sonra gelen “...hapis...” ibarelerinin 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE

19/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Hasan Tahsin GÖKCAN	Recep KÖMÜRCÜ

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM

Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

Üye	Üye	Üye
M. Emin KUZ	Kadir ÖZKAYA	Rıdvan GÜLEÇ

Üye	Üye
Recai AKYEL	Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye	Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU	Selahaddin MENTEŞ

FARKLI GEREKÇE

399 sayılı KHK'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "...6 aydan fazla..." ibaresinin Anayasanın mülga 91. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde -diğer nedenlerin yanında- KHK'ların Anayasaya uygun bir yetki kanununa dayanması gerektiği, yetki kanununa dayanmadan çıkarılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK'ların -içerikleri Anayasaya aykırılık oluşturması bile- Anayasaya uygunluğundan söz edilemeyeceği, itiraz konusu kuralın da yer aldığı 399 sayılı KHK'nın dayanağını oluşturan yetki kanununun iptal edilmiş olması sebebiyle, geçerliliğinin ön koşulu olan bir yetki kanununa dayanma şartını taşımadığı belirtilmiştir.

Bilindiği gibi, Anayasanın, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebileceğini ve yetki kanununda, çıkarılacak KHK'nın amacı, kapsamı, ilkeleri, yetkinin süresi ile bu süre içinde birden fazla KHK çıkarılıp çıkarılmayacağını gösterileceğini hükme bağlayan mülga 91. maddesine göre KHK'nın Anayasaya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön şartıdır. Bununla birlikte bu ön şartın, Mahkememizin 657 sayılı Kanuna 527 sayılı KHK ile eklenen bir hükmün iptali hakkındaki kararına ilişkin karşıoy gerekçemde ayrıntılı olarak açıkladığım sebeplerle (bkz. 12/10/2016 tarihli ve E.2016/27, K.2016/162 sayılı Karara ilişkin karşıoy gerekçem), KHK'nın çıkarıldığı an itibarıyla aranması gerekmektedir.

KHK'nın çıkarıldığı tarihte (dayandığı) yetki kanunu yürürlükte ise, KHK'nın Anayasaya uygunluk denetiminin yapıldığı tarihte yetki kanununun (başka bir kanunla) yürürlükten kaldırılmış veya (Anayasa Mahkemesince) iptal edilmiş olması, KHK'yı bir yetki kanununa dayanmadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı hâle getirmeyeceği gibi -Anayasanın 91. maddesinin yürürlükten kaldırılmış olmasının, daha önce çıkarılan KHK'nın Anayasanın bu maddesine aykırılık iddiasının incelenmesine engel olmamasına benzer şekilde- KHK'nın dayanağını oluşturan, ancak çıkarılmasından sonra iptal edilen yetki kanunu gözönünde bulundurularak Anayasaya uygunluk denetimi yapılmasına da engel oluşturmaz.

Bu sebeple, çoğunluğun iptal gerekçesinin bu kısmının isabetli olmadığını düşünüyorum.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Buna karşılık, incelenen kuralın kamu hizmetine girme ve hizmete alınmada aranacak nitelik ve şartların düzenlenmesine ilişkin olmasından dolayı Anayasanın 70. maddesi kapsamında bulunması sebebiyle, mülga 91. madde uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek yasak alan içinde kaldığı gerekçesine ve bu gerekçeyle iptal kararına katılıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2018/155
Karar Sayısı : 2020/27
Karar Tarihi : 11/6/2020
R.G. Tarih - Sayı : 23/7/2020-31194

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 128 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10/10/2018 tarihli ve (19) numaralı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'in sonuna eklenen sıraların Anayasa'nın 7., 104. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) iptali talep edilen 1. maddesiyle 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) Sayılı Cetvel'e eklenen sıralar şöyledir:

“57) (Ek: RG-11/10/2018-30562-C.K.-19/1 md.) Devlet Arşivleri Başkanlığı

58) (Ek: RG-11/10/2018-30562-C.K.-19/1 md.) İletişim Başkanlığı

59) (Ek: RG-11/10/2018-30562-C.K.-19/1 md.) Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı

60) (Ek: RG-11/10/2018-30562-C.K.-19/1 md.) Strateji ve Bütçe Başkanlığı”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 20/12/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralı, dayanan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükûmet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na *"Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi"* adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı Anayasa'da belirlenen yetki

çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde “*Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin*” CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa’da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK ile düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK’ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa’ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK’ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK’ların içerik yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. Anlam ve Kapsam

14. Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’e Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Milli Saraylar İdaresi Başkanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığının eklenmesini öngörmektedir.

15. Kurala konu Devlet Arşivleri Başkanlığı ile Millî Saraylar İdaresi Başkanlığı 16/7/2018 tarihli ve 30480 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (11) numaralı Devlet Arşivleri Başkanlığı Hakkında ve (12) numaralı Millî Saraylar İdaresi Başkanlığı Hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Strateji ve Bütçe Başkanlığı 23/7/2018 tarihli ve (13) numaralı Strateji ve Bütçe Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İletişim Başkanlığı da 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kurulmuştur.

16. Bütçe kavramı 5018 sayılı Kanun’un 3. maddesinde *“Belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belge...”* şeklinde tanımlanmıştır.

17. Söz konusu Kanun’un 12. maddesinde ise bütçe türleri ve bunların kapsamı belirlenmiştir. Anılan maddeye göre merkezî yönetim bütçesi, Kanun’a ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşmaktadır. Genel bütçe ise devlet tüzel kişiliğine dâhil olan ve Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’de yer alan kamu idarelerinin bütçesidir.

18. Bununla birlikte Kanun, CBK’larla kurulan idarelerin Kanun’a ekli cetvellerden hangisinde yer alacağını ilgili CBK’da belirtileceğini ek 5. maddede hüküm altına almıştır. Bu kapsamda dava konusu kuralla Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’e Devlet Arşivleri Başkanlığı, İletişim Başkanlığı, Millî Saraylar İdaresi Başkanlığı ile Strateji ve Bütçe Başkanlığının eklenmesi öngörülme suretiyle anılan idarelerin bütçeleme ve denetim esaslarının genel bütçe kapsamında değerlendirilmesi sağlanmaktadır.

C. İptal Talebinin Gerekçesi

19. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın CBK ile kurulmuş olan dört başkanlığın malî yönetimi, bütçeleme ve denetim işlemlerinin hangi usul ve esaslara tabi olarak yapılacağını belirlenmesi amacıyla 5018 sayılı Kanun’a hüküm eklenmesini öngördüğü, bu durumun ise bir kamu kurumunun kuruluşunu düzenlemediği, kurulmuş bir kamu kurumunun kamu hizmeti sunması için uyması gereken malî usul ve şartlar ile denetimlerinin nasıl yapılacağını belirlenmesi sonucunu

doğurduğu, idarenin kanuniliği ilkesinin Anayasa’da belirtilen istisnalar dışında yürürlükte olduğu, kuralın bu istisnalara girmediği, kanunla düzenlenmiş bir konuda CBK ile değişiklik yapıldığı, bunun yanı sıra kuralın Anayasa’nın 161. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ve kanunla düzenleme yapılması gereken bir alanda düzenleme öngördüğü, söz konusu düzenleme alanının yürütme yetkisinin içinde bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa’nın 7., 104. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Ç. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

20. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa’nın 123. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK’ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

21. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde “Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılamaz.

22. Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) görev ve yetkileri genel olarak Anayasa’nın 87. maddesinde belirtilmiştir. Anılan maddede kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak TBMM’nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Bu itibarla kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak *yasama yetkisine ilişkin konular* kapsamında kalmaktadır.

23. Dava konusu kural 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) Sayılı Cetvel’e bazı eklemeler yapmak suretiyle *kanun metninde* değişiklik yapılmasını öngörmektedir. Kanunları değiştirmenin TBMM’nin görev ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine değil *yasama yetkisine* ilişkin olduğu açıktır. Dolayısıyla kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesiyle bağdaşmamaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden kuralın ayrıca konu bakımından yetki yönünden aynı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca içerik yönünden incelenmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

25. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

10/10/2018 tarihli ve (19) numaralı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'in sonuna eklenen sıralara yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE 11/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10/10/2018 tarihli ve (19) numaralı Yeni Kurulan Bazı İdarelerin Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa Ekli Cetvellere Eklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (I) Sayılı Cetvel'in sonuna eklenen sıraların konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE 11/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2018/119
Karar Sayısı : 2020/25
Karar Tarihi : 11/6/2020
R.G. Tarih – Sayı : 9/11/2020 – 31299

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 139 milletvekili

DAVANIN KONUSU: 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Karamamesi’nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa’nın 2. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin (CBK) 5. maddesinin iptali talep edilen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in katılımlarıyla 17/10/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Cengiz ERTEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralı, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükûmet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların da CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde *"Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin"* CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun

kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı’nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK’yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK’ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa’ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK’ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK’ların içerik yönünden Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; Anayasa’nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunun ve kanunla düzenleneceğinin hükme bağlandığı, *idare* kavramının belli bir amacın gerçekleştirilmesi için kurulan örgüt veya bu amaca ulaşmak için yürütülen planlı insan faaliyeti olarak tanımlandığı, Anayasa’nın anılan maddesinde yer verilen *idarenin* ise devletin bir organı olduğu, idare hukukuna göre idare organının, yürütme organının Cumhurbaşkanı ve bakanlar dışında kalan kısmı ile devlet dışındaki diğer kamu tüzel kişilerini kapsadığı, idareyi oluşturan temel unsurlardan birisinin de kadrolar olduğu, kuruluşu kanunla gerçekleştirilmesi gereken devlet idare organının kadrolarının da yine kanunla belirlenmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu, Anayasa’nın söz konusu hükmü uyarınca devlet kurumlarında istihdam edilecek personele ilişkin kadro ve pozisyonların ihdası ile bunlara ilişkin temel ilke ve esasların kanunla belirlenmesi gerektiği, buna karşın dava konusu kural ile devletin idare organını

oluşturan CBK kapsamındaki tüm kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların CBK'yla ihdas edilmesine imkân tanındığı, kadro ihdasına ilişkin bu yetkinin yasama organınca herhangi bir temel ilke ve kurala bağlanmadan, çerçevesi belirlenmeden yürütme organı tarafından kullanılmasının hem devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliğini ortadan kaldırdığı hem de takdir yetkisinin keyfî olarak kullanılmasına yol açtığı, diğer yandan kadro ve pozisyonların yürütme organınca keyfî olarak belirlenebilecek olmasının bireylerin hukuka olan güvenlerini de zedeleyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 123. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kural, (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edileceğini öngörmektedir.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi *"Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir."* hükmünü öngörmektedir. Bu durumda ilk olarak dava konusu kuralın düzenlediği hususun *yürütme yetkisine ilişkin konular* kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

18. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası başka bir deyişle kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bir kararında konuyla ilgili olarak *"Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününü kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur."* denilmektedir (AYM E. 1965/32, K. 1966/3, 4/2/1966).

19. Kadro ihdasının kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğu ve kural ile (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralın *yürütme yetkisine ilişkin konulardan* olduğu anlaşılmaktadır.

20. Belirtmek gerekir ki Anayasa'da CBK ile düzenleme yapılabilecek konular yürütme yetkisine ilişkin hususlarla sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir. Kuralla da genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kuralda kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarından söz edildiğinden buradaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

21. Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK'yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK'yla ihdas edilmesini içerdığı anlaşılmaktadır.

22. Bu bağlamda CBK'nın 2. maddesinde CBK'nın 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan ve yukarıda anılan kurumların da yer aldığı genel bütçeli kamu idarelerine de uygulanacağı belirtilmiş ve yine 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroların (II) sayılı cetvelde gösterileceği öngörülmüş ise de söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir. Buna göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları

içermediği anlaşılan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

23. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise CBK ile düzenlenemeyecek konular *Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler* olarak belirtilmiştir. (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören kural, sayılan konulara ilişkin bir düzenleme de içermemektedir.

24. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak belirtilen konularda CBK'larla düzenleme yapılması mümkündür.

25. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir."* Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."* denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenebileceği özel olarak belirtilen konular kapsamında kalmaktadır.

26. Bu bağlamda Anayasa'nın CBK tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü yukarıda belirtilen idarelerin kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı, merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması ile düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir.

27. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında da *"Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur."*

denilmesi ve kurulma yetkisinin doğası itibarıyla düzenlemeyi de içermesi nedeniyle Anayasa'da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzel kişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılması mümkündür. Aynı şekilde Anayasa'nın 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatının CBK ile düzenleneceği açıkça belirtildiğinden anılan konularda Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılabilir.

28. Bu çerçevede kuralın, Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci, 118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere kadro ile teşkilat arasında yakın bir ilişki olup kadro belirlenmeden bir kurum ve kuruluşun teşkilatlanmasından söz edilmesi zordur. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle bağlantılı olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

29. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde *"Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz."* denilmiştir. Buna göre CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde öncelikle karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce kabul edilmiş bir kanun hükmünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun hükmü varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuya ilişkin olup olmadığı belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Dava konusu kural kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadroların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usulleri düzenleyen 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9/7/2018 tarihinde yürürlüğe giren geçici 9. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olup anılan geçici maddede 190 sayılı KHK'nın eki cetvellerde yer alan kadroların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yeniden düzenlenerek genel kadro ve usulüne ilişkin ilgili CBK'ya ekleneceği öngörülmüştür.

Bunun dışında da kuralın kapsamına giren konuda kanunla yapılan herhangi bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Bu itibarla kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

30. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe, ek gerekçeyle katılmıştır.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

2. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

31. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

32. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri *belirlilik* ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/6/2019, § 15; E.2018/70, K.2019/54, 26/6/2019, § 10; E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 31; E.2018/1, K.2018/83, 11/7/2018, § 12).

33. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceği, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini

mümkün kılacak bir normun varlığı olduğu vurgulanmıştır.

34. Anılan ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Kuralın hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve öngörülebilir olduğu açık olduğundan belirsiz olduğu söylenemez.

35. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

36. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telifisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına yönelik iptal talebi 11/6/2020 tarihli ve E.2018/119, K.2020/25 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra ile ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 11/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

A. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11/6/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu, (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 5. maddesinin “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir*” şeklindeki (1) numaralı fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılma imkânı olmamıştır.

A.Kuralın anlam ve kapsamı

2. Öncelikle dava konusu kuralla hangi kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle (CBK) ihdas edileceğinin ortaya konulması gerekir. Zira çoğunluk ile görüş ayrılığının bir kısmının kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı yorumdan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

3. Bilindiği üzere anayasa yargısında yorum işin doğası gereği iki yönlüdür. Öncelikle denetlenen normun anlam ve kapsamının, ardından da ölçü norm olarak kullanılan anayasa hükmünün yorumlanması gerekmektedir. Normun yorumlanarak anlam ve kapsamının doğru şekilde belirlenmesi anayasallık denetiminde isabetli karar vermenin de ön şartıdır. Bu anlamda anayasa yargısında denetlenen normun doğru anlamlandırılması, gömleğin ilk düğmesinin doğru iliklenmesi gibidir. Kuşkusuz doğru iliklenen ilk düğme sonraki düğmelerin de doğru iliklenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Lakin ilk düğme yanlış iliklendiğinde sonrakilerin doğru olma ihtimali yoktur. Bu nedenle, sağlıklı bir anayasallık denetimi daha ilk başta denetlenen kanun ya da kararname hükmünün anlam ve kapsamının isabetli şekilde belirlenmesini zorunlu kılmaktadır.

4. Mahkememiz çoğunluğu kuralın anlam ve kapsamını belirlerken iki temel tespit yapmaktadır. Birincisi dava konusu kural “*genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğini*” öngören ve “*sadece Anayasa gereği CBK’yla düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının*” ihdasına yönelik bir kuraldır (§ 21). Çoğunluğun ifadesiyle “*kuralın, Anayasa’nın 106. maddesinin on birinci, 118. maddesinin altıncı ve 123. maddesinin üçüncü fıkralarında CBK ile düzenlenmesi öngörülen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır*” (§ 28). Dolayısıyla dava konusu kural, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yargı organlarında yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarını kapsamayan bir düzenlemedir (§ 21).

5. Çoğunluğun, birincisiyle bağlantılı ikinci tespiti ise şu şekildedir: Dava konusu kuralın da içinde bulunduğu CBK’nın diğer hükümlerinde (CBK’nın 2. maddesi ile 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde) ihdasa konu kadrolar arasında yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarına da yer verilmişse de “*söz konusu hükümler dava konusu olmayıp bu hükümlerin bakılmakta olan davada incelenmesi mümkün değildir*” (§ 22).

6. Kuralın anlam ve kapsamına dair bu tespitlere katılmak mümkün değildir. Evvela kuralın sadece CBK ile düzenlenebilecek idarelerin kadrolarını içerdiğine yönelik tespitin pozitif dayanağını bulmak zordur. Burada en fazla “*olması gereken*”den bahsedilebilir. Çoğunluğa göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadroları CBK ile ihdas

edilemeyeceği için “*Anayasa gereği*” bunlar kuralın kapsamında olamaz. Kuralın kapsamı bu şekilde belirlenince Mahkemenin denetlediği CBK kuralı ile Anayasa’ya uygun bulunduğu kural başkalaşmaktadır. Elbette bir kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesi belli ölçüde yorumu gerektirebilir. Ancak yorum, eldeki kuralı başkalaştırma sonucunu doğuracak boyuta taşınmamalıdır.

7. Diğer yandan, birinci tespit kuralın anlam ve kapsamını belirlerken CBK’nın diğer hükümlerinin dava konusu olmadığı için incelenemeyeceğine dair ikinci tespiti beraberinde getirmiştir. Belirtmek gerekir ki iptali istenen bir kuralın anlam ve kapsamını belirlerken, kuralın içinde bulunduğu kanunun veya kararnamenin diğer hükümlerini dikkate almak çoğu kez kaçınılmazdır. Bu amaca yönelik olarak dava konusu olmayan kuralların da *incelenmesi* bu kuralların *Anayasa’ya uygunluğunun incelenmesi* anlamına gelmemektedir.

8. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetiminde sıklıkla kuralın anlam ve kapsamını ayrı bir başlık altında incelemekte, anayasallık denetimine geçmeden önce ibare veya cümle(ler)den oluşan kuralın anlamını ve kapsamını ortaya koymaktadır (bkz. AYM, E. 2019/40, K. 2020/40, 17/7/2020, §§ 21-25; AYM, E.2018/88, K. 2020/24 11/6/2020, §§ 3-10). Dahası bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi kuralın anlam ve kapsamını belirlemek için iptali istenmeyen başka kanun veya kararname hükümlerini de dikkate alabilmektedir. Örneğin Mahkeme, 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “*ilave tedbirler*” ibaresinin ne anlama geldiğini açıklamak için 672, 675 ve 677 sayılı OHAL KHK’larının ilgili hükümlerine de başvurmuştur (AYM, E. 2018/74, K. 2019/92, 24/12/2019, §§ 24, 25, 26).

9. Kararın sonuçları bakımından da denetlenen kuralın yorum yoluyla kapsamının daraltılması suretiyle verilen bir red kararı, muhtemel bir iptal kararından çok daha sakıncalı olabilir. Bu durumda kapsam dışında görülen yargı kurumları başta olmak üzere üniversiteler ve Kamu Denetçiliği Kurumu gibi kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası hususunda uygulamada belirsizlik yaşanabilecektir. Ayrıca çoğunluğun yargı yetkisi kullananların kadrolarının ihdası ve iptali hususunun CBK ile düzenlenemeyeceğine, ancak bu yöndeki CBK

hükümlerinin dava konusu olmadığı için *incelenemeyeceğine* yönelik tespiti de Anayasa'ya aykırılığı incelenmeden *zımnen* kabul edilen CBK hükümlerinin uygulanmasını tartışmalı hale getirebilecektir.

10. Eldeki davada kuralın anlam ve kapsamını ortaya koyabilmek için kuralda yer alan *“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların”* neler olduğunun diğer hükümlere de bakılarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu da (2) numaralı CBK'nın özellikle 2., 3. ve 4. maddelerine bakılmasını zorunlu kılmaktadır. CBK'nın *“Kapsam”* kenar başlıklı 2. maddesine göre *“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanır”*. CBK'nın 2. maddesi gereğince Yargıtay ve Danıştaydan bakanlıklara, Hakimler ve Savcılar Kurulundan Meteoroloji Genel Müdürlüğüne kadar genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (I sayılı cetvel); Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler, Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü, Türkiye Adalet Akademisi gibi özel bütçeli idareler (II sayılı cetvel) ile sosyal güvenlik kurumları (IV sayılı cetvel) kuralın kapsamında yer almaktadır. Diğer yandan, CBK'nın *“Kadro ve pozisyon cetveli”* kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de *“Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadroları(n) (II) sayılı cetvelde”* düzenleneceği öngörülmektedir.

11. CBK'nın 3. maddesinde ise *“istisnalar”* düzenlenmiş, bu CBK hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, TBMM Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, Anayasa'nın 108. maddesinin dördüncü fıkrasında *“işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri”* nin CBK ile düzenleneceği belirtilen Devlet Denetleme Kurulu, dava konusu kuralın atıf yaptığı 5018 sayılı Kanun'un ilgili cetvellerinde bulunmadığı gibi, (5) numaralı Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile özel olarak düzenlendiğinden incelenen kuralın kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim (5) numaralı CBK'nın 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *“Kurulun kadroları Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenir.”* hükmüne yer verilmiştir.

12. Esasen dava konusu kuralın da içinde yer aldığı (2) numaralı CBK, mülga 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile mülga 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yerini almıştır. Bu KHK'ları ilga eden 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 9. ve 10. maddeleri, anılan KHK'lara ekli cetvellerde yer alan kadroların altı ay içinde *"yeniden düzenlenerek genel kadro ve usulüne ilişkin ilgili Cumhurbaşkanlığı kararnamesine"* ekleneceğini belirtmiştir. Dolayısıyla dava konusu kural, yüksek yargı organları dahil olmak üzere, neredeyse tüm kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngörmektedir.

B. Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı

13. Anayasa Mahkemesi bir CBK kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlerken, ilk olarak Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluk bakımından bir inceleme yapmaktadır. Bu kapsamda, kuralın (a) yürütme yetkisine ilişkin bir konuda olması, (b) Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevleri düzenlememesi, (c) Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda olmaması ve (d) kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılmamış olması gerekmektedir.

a. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık

14. İptal davasına konu olan kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının CBK'ların *"yürütme yetkisine ilişkin"* konularda çıkarılabileceğini öngören birinci cümlesine aykırıdır. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere *"yürütme yetkisi dışında kalan bir konuyla ilgili CBK ile düzenleme yapılması Anayasa gereği mümkün değildir"* (§ 20). Başka bir ifadeyle *"yasama"* ve *"yargı"* yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarılamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralın denetlendiği gün verdiği başka bir kararda 5018 sayılı Kanun'a ekli (I) sayılı cetvele bazı kurumların eklenmesini öngören CBK kuralını iptal etmiştir. Mahkemeye göre *"Kanunları değiştirmenin TBMM'nin görev*

*ve yetkileri kapsamında bulunduğu ve 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle bu hususta farklı bir düzenleme öngörülmediği gözetildiğinde [kanun metninde değişiklik yapan dava konusu] kuralın **yürütme yetkisine** değil **yasama yetkisine** ilişkin olduğu açıktır*” (AYM, E.2018/155, K. 2020/27, 11/6/2020, § 23).

15. Belirtmek gerekir ki, 2017 Anayasa değişikliğiyle yeni bir hükümet sistemine geçilmiş, ancak başta kuvvetler ayrılığı olmak üzere devletin temel nitelikleri değişmemiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın 2. maddesinin ve onun atıf yaptığı Başlangıç kısmının şekillendirdiği anayasa kimliğinin temel unsurlarında bir değişiklik olmamıştır. Bu kapsamda Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, hürriyetçi demokrasi, anayasanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı gibi Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devletidir. Anayasa, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, *“siyasî rejimler içinde insan haysiyetini en iyi koruyan, gerçekleştiren ve teminat altına alan demokratik rejimi benimsemiştir.”*

16. Demokratik rejimlerde gücün temerküzü karşısında temel hak ve hürriyetleri koruma amacına hizmet eden anayasal ilkelerin başında kuvvetler ayrılığının geldiği bilinmektedir. En genel anlamda yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı devlet organlarınca kullanılmasını ifade eden kuvvetler ayrılığı, uzun ve acı tecrübelerden sonra günümüz anayasalarının olmazsa olmazı haline gelmiştir.

17. Anayasa'nın Başlangıç kısmında kuvvetler ayrılığı *“Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği”* şeklinde ifadesini bulmuştur. Anayasa Mahkemesi yasama, yürütme ve yargı erklerinin *“yetki alanları içerisindeki faaliyetlerinin zaman zaman birbirleriyle kesişmesi”*nin mümkün olduğunu, ancak *“her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalmasının ve diğer erklerin yetkisine müdahale etmemesinin sağlanması”* gerektiğini vurgulamıştır (AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, 4/7/2013).

18. 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütme yetkisi güçlendirilmekle birlikte kuvvetler ayrılığı gereğince Meclisin başta bütçe hakkı olmak üzere yasama ve denetim yetkilerinin korunduğu izahtan varestedir. CBK'ların sadece *“yürütme yetkisine ilişkin”* konularda çıkarılabileceğini

öngören anayasal hüküm de yürütmenin yasama ve yargı yetkisine ilişkin alanlara müdahale etmesini engellemeye yöneliktir.

19. Esasen hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin bütçe hakkı, demokratik ülkelerde parlamentonun yürütmeyi denetlemesinin en etkili yoludur. Bu anlamda kamu görevlilerine yapılacak ödemelerde belirleyici olan kadroların ihdası yetkisinin yasama organında olması, kuvvetler ayrılığını tamamlayan denetleme ve dengeleme sistemi bakımından da son derece önemlidir. Kadro ihdasının yürütmeye ait olduğunun ileri sürülmesi, yasamanın elindeki en etkili denetim aracı olan bütçe hakkını işlevsiz kılacaktır.

20. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da bütçe hakkı, parlamentonun *“halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesi”* olarak tanımlanmıştır. Bütçe hakkı *“demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır”* (AYM, E.2016/47, K. 2018/10, 14/2/2018, § 25).

21. Anayasa Mahkemesi kadro ihdasını bütçeyle, dolayısıyla bütçe hakkıyla irtibatlandırmış, bir kararında *“kadro ihdas ve iptali (nin)... bütçe rejimi ile ilgili bulunduğundan”* hareketle Bakanlar Kuruluna kadro iptal ve ihdası yetkisi veren kuralı Anayasa’nın bütçeyle ilgili 162. maddesine de aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre *“genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir”* (AYM, E. 1987/21, K. 1988/25, 28/6/1988).

22. Anayasa’nın *“Bütçenin görüşülmesi”* kenar başlıklı 162. maddesi 2017 yılında ilga edilmiş olmakla birlikte bu maddede yer alan hükümler önemli ölçüde mevcut 161. maddeye taşınmıştır. Yeni hükümet sisteminde de bütçenin karara bağlanması ve kadroların düzenlenmesi yetkisi yasama organına aittir. Yasamaya ait olan bu yetki yürütmeye devredilmemiştir. Dolayısıyla dava konusu kural *“yürütme yetkisine ilişkin konularda”* çıkarılmış bir CBK kuralı olarak kabul edilemez.

23. Diğer yandan, kuralın kapsamı içinde yargı organları da bulunmaktadır. Başta yüksek yargı organı üyeleri olmak üzere, hâkim ve savcılar dahil yargı yetkisini kullanan kişilerin kadrolarının ihdasını

“yürütme yetkisine ilişkin” bir konu olarak görmek mümkün değildir. Nitekim Anayasa’nın 140. maddesine göre hâkim ve savcıların diğer özlük işleri gibi kadroyla doğrudan ilişkili olan *“aylık ve ödenekleri”* de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Yargı bağımsızlığı ve hâkim teminatına vurgu yapan bu anayasal hüküm de hâkim ve savcıların kadrolarını düzenleme yetkisinin yasamaya ait olduğunu göstermektedir. Bu konuda çoğunluğun *“Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebildiğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir”* (§ 21) şeklinde ifade ettiği görüşe katıldığımı belirtmek isterim.

24. Bununla birlikte kuralın anlam ve kapsamı konusundaki farklı değerlendirmeden ve yukarıda açıklanan gerekçelerden hareketle iptali istenen CBK kuralının *“yürütme yetkisine ilişkin”* konularda olmadığı, dolayısıyla Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyim.

b. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırılık

25. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler, CBK ile düzenlenemez. Anayasa koyucu, sosyal ve ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlüklerin olağan dönem cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenmesini yasaklamıştır. Buradaki *“düzenleme”*, sınırlamayı da içine alan geniş bir terimdir. Söz konusu hak ve özgürlükler, CBK’lar bakımından bir nevi yasak alandır. Bu alanda düzenleme yapma yetkisi münhasıran yasama organına aittir.

26. Şüphesiz kadro, kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini belirleyen en önemli unsurlardan biridir. Kadro belirlenirken kadronun derecesi ve unvanı da belirlenmekte, dolayısıyla kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerin miktarı bundan doğrudan etkilenmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre *“Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade*

etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır” (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

27. Kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerini doğrudan etkileyen kadronun ihdasına yönelik düzenlemelerin mülkiyet hakkı kapsamında olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının, “ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını” kapsadığını belirtmiştir (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21).

28. Bu çerçevede gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda kişilere ödenmesi öngörülen ücret, maaş, yaşlılık aylığı, emeklilik ikramiyesi ve kıdem tazminatı gibi ödemeler mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmiştir (bkz. Adli tıp uzmanına ödenen otopsi ücreti konusunda *Yasemin Balcı* [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017; noterlerin ücreti konusunda AYM, E.2017/163, K.2018/90, 06/09/2018; ek gösterge ve makam tazminatı dahil aylık maaş konusunda *Ayten Yeğenoğlu*, B. No: 2015/1685, 23/5/2018; yaşlılık aylığı konusunda AYM, E.2019/50, K. 2019/96, 25/12/2019, *Naci Altınbulduk*, B. No: 2017/38608, 11/12/2019 ve *Muzaffer Peker*, B. No: 2016/7192, 7/11/2019; emekli ikramiyeleri konusunda AYM, E.2018/8, K.2018/85, 11/5/2018, *Ferda Yeşiltepe* [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017; işçilere ödenen kıdem tazminatı konusunda AYM, E. 2018/8, K.2018/85, 11/7/2018, *Adnan Alver*, B. No: 2014/5800, 9/11/2017).

29. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören dava konusu kural, aynı zamanda bu kişilerin mülkiyet hakkına yönelik bir düzenleme olduğundan Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırıdır.

c. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık

30. Kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin üçüncü cümlesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”.

Maddede “kadro” kelimesi geçmemekle birlikte, kanunla düzenlenmesi öngörülen hususların doğrudan kadroyla ilişkili olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi “*Memurun çalışması ve yükselmesi kadroya bağlı olduğuna göre, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini emrettiği hususlar arasında, ilke olarak kadronun da bulunduğunu kabul etmek gerekir*” demek suretiyle bu duruma işaret etmiştir (AYM, E. 1987/21, K. 1988/25, 28/6/1988. Ayrıca bkz. AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

31. Daha yakın tarihli bir kararında Anayasa Mahkemesi kamu kurumlarında görev yapan personelin kadrolarının Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olduğunu, dolayısıyla kanunla düzenlenmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır. Mahkeme bu kararında 5018 sayılı Kanun’a ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu kurumları arasında sayılan Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarının TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirleneceğini öngören kuralı Anayasa’nın yasama yetkisinin devredilemez olduğuna ilişkin 7. maddesine ve kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre anılan cetvelde yer alan kamu kurumlarında “*genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa’nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir*” (AYM, E. 2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139).

32. Diğer yandan, kadronun teşkilat yapısıyla ilgili olduğu, dolayısıyla idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçası olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda Anayasa’nın özel olarak CBK ile düzenleneceğini belirttiği bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kadrolarının CBK ile ihdas edilebileceği düşünülebilir. Bu kurumlardan sadece Devlet Denetleme Kurulunun üyelerinin “özlük işleri”nin CBK ile düzenleneceği, Anayasa’da açıkça ifade edilmiştir (m.108/4). Dolayısıyla bu Kurulun kadrolarının CBK ile düzenlenmesinde Anayasa’ya aykırılık görülmemeyebilir.

33. Bununla birlikte, kadronun teşkilat yapısının ayrılmaz parçası olarak görülmesi nedeniyle idarenin çok büyük bir kısmını oluşturan bakanlıkların da kadrolarının CBK ile düzenlenmesini savunmak, Anayasa’nın 128. maddesini önemli ölçüde işlevsiz hale getirecektir.

Bu yaklaşım bakanlıkların kurulması ve teşkilat yapısının CBK ile düzenlenmesini öngören Anayasa'nın 106. maddesinin son fıkrasının, sadece idarenin kanuniliğini düzenleyen Anayasa'nın 123. maddesinin değil, kamu görevlilerinin kadro dahil her türlü özlük haklarının kanunla düzenlenmesini öngören 128. maddesinin de istisnası olduğunun kabulünü gerektirir. Halbuki istisnalar dar yorumlanmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre *"Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir"* (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29).

34. Bu sebeplerle, bilhassa kadro ihdasının mülkiyet hakkıyla doğrudan ilgisi gözetildiğinde, aksine bir anayasal hüküm olmadıkça Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının kanunla ihdas edilmesi anayasal bir gerekliliktir.

35. Bir an için kadroların teşkilat yapısının ayrılmaz parçasını oluşturduğu görüşü kabul edilse bile, bu durum dava konusu kuralı Anayasa'ya uygun hale getirmemektedir. Zira kural Anayasa'da özel olarak CBK ile düzenleneceği belirtilmeyen, tam tersine münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen çok sayıda kurum ve kuruluşun kadrolarının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edileceğini varetmektedir. Kuralın kapsamında olan Kamu Denetçiliği Kurumu (m. 74), Anayasa Mahkemesi (m.149), Yargıtay (m.154), Danıştay (m.155), Hakimler ve Savcılar Kurulu (m.159), Sayıştay (m.160), üniversiteler (m.130), Yükseköğretim Kurulu (m.131) ve Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134) gibi kurumların kuruluşunun kanunla düzenleneceği Anayasa'da açıkça öngörülmektedir. Bu nedenle dava konusu CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda çıkarıldığı açıktır.

36. Bu noktada özellikle hâkim ve savcıların kadrolarının kanunla ihdasının yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumaya yönelik bir anayasal güvence olduğunu belirtmek gerekir. Anayasa'nın 140. maddesi uyarınca *"Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri... ve diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir"*. Kadro ihdasının maddede sayılan bu hususlarla doğrudan ilgili olduğu izahtan varestedir. Aynı şekilde, Anayasa'nın 159. maddesi Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun kanunla yapılacağını, dolayısıyla kadroların da kanunla ihdas edileceğini

belirtmektedir. Anayasa'ya göre diğer yüksek mahkemeler olan Yargıtay ve Danıştayın kuruluşları da *“mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir”*. Bu nedenle tüm hâkim ve savcıların, Yargıtay ve Danıştay üyeleri dahil bu kurumlarda görev yapan yargı mensuplarının kadrolarının yürütme tarafından ihdas edilmesini öngören CBK kuralının yukarıda zikredilen anayasal hükümlerle telifi mümkün görünmemektedir.

37. Açıklanan gerekçelerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır. Dava konusu kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü Arslan

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 10.7.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir; *“Bu Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ihdas edilir.”* Öncelikle ifade etmeliyiz ki Anayasallık denetiminin ikinci aşaması olan, kuralın içerik yönünden Anayasaya aykırı bulunmadığı görüşüne iştirak etmekteyim. Buna karşın Mahkememiz çoğunluğu tarafından anılan kuralın; *konu bakımından yetki yönünden* Anayasaya aykırı bulunmadığı şeklindeki görüşüne aşağıdaki hukuki nedenlerle katılmamaktayım.

2. Anayasa Mahkemesi CBK kurallarının denetiminde konuyu öncelikle Anayasanın CBK'ların düzenlenebilmesi için verdiği konu ve yetki yönünden incelemektedir. Başka deyişle yasama yetkisine ilişkin asli ve genel düzenleme yetkisine karşın Anayasada 104. maddenin 17. fıkrasının ilk cümlesi uyarınca istisna olarak *“yürütme yetkisine ilişkin konular”* ile sınırlı şekilde CBK çıkarma yetkisi tanınmıştır. Bu istisnai yetki ayrıca Anayasanın 106/son maddesinde olduğu gibi diğer bazı

konuları da kapsamaktadır. Öte yandan Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasında CBK kurallarının ihdası yönünden genel ve temel hükümler öngörülmüştür. Anılan fıkra da belirtilen bu hükümler tüm CBK'lar yönünden uyulması gereken ilkeleri ifade etmektedir. Bununla birlikte Anayasada CBK çıkarılması öngörülen özel CBK alanları da söz konusu olduğundan, 104/17. maddedeki temel hükümlerin uygulama alanının, somut olaya göre ilgili hükümlerin birlikte değerlendirilerek belirlenmesi gerekmektedir.

3. İncelemeye konu (2) numaralı CBK'nın 1. maddesinde amacın, Kararname kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların ihdası, iptali ve kullanılmasına dair esas ve usullerin düzenlenmesi olduğu ifade edilmektedir. İlk olarak, kadro ihdasının yürütme yetkisiyle ilgili olup olmadığına değinilmelidir. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında kadro ihdası konusunun kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirttiği gibi, bütçe hakkıyla ilişkilendirerek *yasama alanına ilişkin bir konu* olarak değerlendirmiştir (bkz. AYM 2016/47 E. – 2018/10, 14.2.2018, par. 35-36; AYM 2013/24 E. – 2013/133, 14.11.2013; AYM 1987/21 E. – 1988/25 K. 28.6.1988). Görüldüğü üzere AYM kararlarında kadro ihdası *bütçe hakkı* kapsamında (AY 87, 162) görülmüştür. Bu durumda konu, yürütme yetkisi içerisinde değerlendirilemeyeceği gibi kadro ihdasının kanunla düzenlenmesinin zorunlu bulunması nedeniyle kural, Anayasanın 104/17. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

4. Öte yandan Anayasanın 123/1. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte Anayasada CBK'lar bakımından bu hükmün istisnasını oluşturan birkaç düzenleme bulunmaktadır. Anayasanın 106. maddesinin son fıkrası gereği bakanlıkların kuruluş ve görevleriyle ilgili yetki ile Devlet Denetleme Kurulu (AY 108/son) ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği (AY 118/son) yönünden CBK ile düzenleme yapılması özel olarak kabul edilmiştir. Şu halde özel olarak belirtilen hususlar dışında idarenin teşkilatının bir parçası olan kamu görevlilerine ilişkin kadronun ihdasının da kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğu sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Nitekim AYM daha önce verdiği bir kararda *kadronun bir kurumun kuruluşunun bir parçası olduğunu* ifade etmiştir (AYM 1965/32 E. – 1966/3 K. 4.2.1966). Başka bir anlatımla, bir kuruma ilişkin kadro düzenlemesi, kurumun kuruluşuyla

ilgili bir hukuki mesele olarak kabul edilmektedir.

5. Diğer taraftan Anayasada bir kısım kurumlar hakkındaki düzenlemelerin de kanunla yapılması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin Üniversiteler (AY 131); Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (AY 134) gibi kurumlar ile Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hakimler ve Savcılar Kurulu, Sayıştay ve mahkemeler (AY 149, 154, 155, 159, 160, 142) gibi yargı kurumlarının kuruluşlarının yalnızca kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. İncelenen kuralda ise, kapsamına girmesi nedeniyle bu paragrafta belirtilen ve kanunla düzenlenmesi gereken tüm kurum ve kuruluşlar bakımından kadro ihdası veya iptali yönünden CBK yetkisinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Kural bu yönüyle de Anayasanın 104/17. maddesinde belirtilen, münhasıran kanunla düzenlen konularda CBK çıkarılamayacağına ilişkin temel hükme aykırıdır.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞI OY

1. Mahkememiz çoğunluğunca 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının konu bakımından yetki yönünden ve içerik bakımından Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. Anayasa’da, CBK çıkarma yetki ve koşulları, genel anlamda 104. maddenin on yedinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bunun dışında başka bazı maddelerde de Anayasa tarafından belirlenmiş bazı konularda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkaracağı ayrıca ve özel olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına nazaran özel nitelikte düzenlemeler oldukları anlaşılmaktadır.

3. Bu bağlamda, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına bakıldığında ise Anayasa’da Cumhurbaşkanı’na CBK çıkarma yetkisi verilirken, kanunlardan farklı olarak, bu yetkiye ilişkin konu bakımından

bazı sınırlamalar öngörüldüğü; bu sınırlamaların fıkranın ilk dört cümlesinde düzenlendiği görülmektedir.

4. Hal böyle olunca, bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kuralın içerik yönünden denetlenmesinden önce konu bakımından yetki kurallarına uygun olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

5. Bu denetimin nasıl yapılacağı kararın “A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi” başlığı altında açıklanmıştır. Burada yapılan açıklamalara ilave olarak belirtmek gerekir ki, söz konusu denetimin, CBK'lara ilişkin olarak Anayasa'da yer alan düzenlemelerin birlikte ele alınması ve mümkün olduğu ölçüde Anayasa'nın bütünlüğü içinde sistematik bir yorum yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

6. Kuşkusuz anılan başlık altında ifade edilen Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasındaki sınırlamalar, Anayasa'nın anılan maddesinde genel olarak düzenlenen CBK çıkarma yetkisi yönünden getirilmiş olup bunların Anayasa'da CBK ile düzenleneceği özel olarak (ayrıca) belirtilen konularda aynı şekilde geçerlilik kazanması mümkün değildir. Zira Anayasa'da CBK ile düzenleneceği açıkça ve özel olarak düzenlenen konulara ilişkin kuralların, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen kimi kurallardan ayrılan hükümler içerdiği (öngördüğü) açıktır.

7. Bu itibarla bir CBK kuralının Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde konuya ilişkin tüm Anayasa hükümlerinin birlikte gözetilmesi gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın Geçici 21. maddesinin (B) fıkrasında yer alan hükümler ile bu hükümler uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gerçekleştirilen bazı işlemler de varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

8. Dava konusu kuralda “Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir” düzenlemesi yer almaktadır.

9. Söz konusu CBK'nın 1. maddesinde, bu kararnamenin amacının, kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarına ait kadro ve pozisyonların ihdasına, iptaline ve kullanılmasına dair esas ve usulleri düzenlemek olduğu; 2. maddesinde bu kararnamenin 10/12/2003 tarihli

ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıkları hakkında uygulanacağı belirtilmiş, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Sayıştay da 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde gösterilmiştir.

10. Söz konusu CBK hükümlerinin uygulanmayacağı kadro ve pozisyonlar ise 3. maddede gösterilmiş, Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolar bu maddede yer almamış, maddede söz konusu kararname hükümlerinin yalnızca Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

11. 4. maddesinde bu kararname kapsamına giren kurum ve kuruluşların; a) 657 sayılı Kanuna tabi memur kadrolarının ekli (I) sayılı cetvelde, b) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlara ve bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolarının (II) sayılı cetvelde, c) Öğretim elemanı kadrolarının (III) sayılı cetvelde, ç) Sözleşmeli personel pozisyonlarının (IV) sayılı cetvelde, d) İşçi kadrolarının (V) sayılı cetvelde düzenleneceği; 5. maddenin dava konusu (1) numaralı fıkrasında ise bu kararname kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edileceği hükmü yer almıştır.

12. Görüldüğü üzere, Hâkimlik ve savcılık mesleklerinde bulunanlar ile bu mesleklerden sayılan görevlere ait kadrolar, 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin kapsamında bulunmaktadır.

13. Hal böyle olunca, çoğunluk görüşüne dayalı kararda yer verilen “ ... Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının

CBK'yla ihdas edilmesini içerdiği anlaşılmaktadır.” (& 21) “... Buna göre yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası gibi konuları içermeyişi anlaşılan kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır. ...” (& 22) biçimindeki değerlendirmelere ve bu değerlendirmeler neticesinde ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir.

14. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası, başka bir deyişle bunlara ait kadro usulüne ilişkin düzenlemeler, idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Başka bir anlatımla, bir kuruma ilişkin kadro düzenlemesi, kurumun kuruluşuyla ilgili bir hukuki mesele olarak kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında da (E:1965/32, K:1966/3, 04.02.1966) belirtildiği üzere, “Bir kurumun kuruluşu deyince her şeyden önce o kurumu yürütecek personele ait kadrolar hatıra gelir. Zira kurumun temelinden çatısına kadar bütün örgütünün bu kadrolar teşkil eder. Personel kadroları mevcut olmayan bir kurum, henüz kuruluş haline geçmemiş demektir. Şu halde bir kurumu çalışır hale getirecek olan Personel kadrolarının, en küçüğünden en büyüğüne kadar, bütününi kuruluştan ayrı düşünmeğe imkân yoktur.”

15. Bu itibarla CBK'yla düzenleneceği özel olarak öngörölmüş kurum ve kuruluşlara ait Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği kadro ve pozisyonların CBK ile düzenlenebileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasaya göre münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken kurum ve kuruluşlara ilişkin kadroların ise CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir.

16. Dava konusu kural kapsamında konu bakımından yetki yönünden CBK ile düzenlenebilme bakımından herhangi bir anayasal sorun taşımayan kadrolar bulunmakla birlikte, yukarıda da izah edildiği üzere Anayasa'da CBK ile düzenlenme konusunda özel bir yetki verilmediği gibi tersine kanunla düzenlenmesi gerektiği açıkça ifade edilmiş (Örneğin, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi) kimi kurum ve kuruluşların kadro ve pozisyonlarının da kapsamda olduğu görölmektedir.

17. Hal böyle olunca kimi kurum ve kuruluşlara ait kadro ve pozisyonlar için konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmayan dava konusu kural, kapsamına aldığı kimi kurum ve kuruluşlara

ait kadro ve pozisyonlar için ise Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

18. Belirtilen duruma göre, kimi kurum ve kuruluşlar yönünden kuralın *konu bakımından yetki yönünden* iptaline, kimi kurum ve kuruluşlar yönünden ise iptal talebinin reddine karar vermek gerekirken ise de, hem yargılama usulü bağlamında ortaya çıkabilecek teknik zorluklar ve hem de CBK ile düzenlenebilecek olan kadro ve pozisyonların iptal kararı üzerine yeniden düzenlenmesinin önünde herhangi bir anayasal engel bulunmaması gözetildiğinde kuralın bir bütün olarak *konu bakımından yetki yönünden* iptali gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kararın, kuralın *konu bakımından yetki yönünden* iptali talebinin reddine ilişkin kısmına katılmıyorum.

20. İçerik yönünden ise kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını düşündüğümden kararın buna ilişkin kısmına iştirak ediyorum.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

EK GEREKÇE

1. 21/1/2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa değişikliğinin referandumla kabulü sonrasında yürürlüğe giren “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” uyarınca Başbakanlık makamı ve Bakanlar Kurulu yürürlükten kaldırılmış ve evvelce mevzuatta bu makam ve kurula tanınmış yetkiler Cumhurbaşkanlığı makamına geçmiştir. Evvelce, kamu kurum ve kuruluşlarının kendi teşkilat kanunlarının yollamasıyla 78 ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK) ekindeki listelere bu kadrolar devredilmiş ve ihtiyaç duyulan kadro tadilleri Bakanlar Kurulunca belli aralıklarla yapılmış iken; gene ilgili Anayasa düzenlemelerinin âmir hükümleri gereği, 2/7/2018 tarih ve 703 sayılı KHK'nin geçici 9-11 nci maddeleri uyarınca bu konudaki tüm yetkiler Cumhurbaşkanına geçmiş ve 2 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) ile de 10/7/2018 tarihinden itibaren bu yetki fiilen kullanılmış bulunmaktadır. Genel Kadro ve Usulü Hakkında 2 No'lu CBK'nın 4. maddesi uyarınca, bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşlarda görev yapanların kadroları, statülerine göre beş ayrı cetvel halinde düzenlenmiş; anılan CBK'nın

Geçici 1. maddesi uyarınca da, söz konusu cetvellerde yer alacak kadro ve pozisyonların en geç altı ay içinde Cumhurbaşkanınca onaylanmasını takiben, bu CBK'nın ekini teşkil edeceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, 2 Nolu CBK bütünüyle 78 ve 190 sayılı KHK'ların yerini almış; ayrıca Cumhurbaşkanının kurulmasını uygun gördüğü yeni idari yapılar bakımından da bir hukuki zemin teşkil etmiş; evvelce teşkilat Kanunları ile yapılan kadro düzenlemeleri de yürürlükten kalkarak, yerlerini 2 Nolu CBK'ya devretmiştir. Bu, Anayasa'nın öngördüğü yeni hükümet sisteminin doğal bir sonucu olup, CBK ile pek çok kanun hükmünün değiştirildiği şeklinde anlaşılamaz. Çünkü, sayıları pek çok olan teşkilat kanunları da esasen anılan KHK'lara yollama yaparak ek listelere kadrolarını ithal etmekte olduğundan ve bu kadroların kullanılışı bakımından da Bakanlar Kurulu yetkili kılındığından, artık Bakanlar Kurulunun yerini alan Cumhurbaşkanınca bu yetkinin kullanılması da işin doğası gereğidir.

2. Kuralın genel yargı organları ve yüksek yargı mercileri bakımından yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı düşüncesine de katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın 138., 139., 140., 149., 154., 155., 158. ve 159. maddelerinin açık hükümleri karşısında, esasen hakim ve savcılar ile yüksek yargı organları üyelerinin kadroları kanunla belirlenmek durumunda olduğundan; 2 Nolu CBK ile sadece yargı teşkilatında görev yapan idari personel yönünden bir düzenleme yapılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla anılan özel kanun hükümlerinin zaten bir CBK ile değiştirilebilmesi, düzenlenebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, iptal istemine konu kuralın anılan kanunlara tabi yargı mensupları bakımından da bir düzenleme öngördüğü kabul edilemez ve bu konuda mevcut düzenlemeden böyle bir sonuç çıkarılamaz. Dolayısıyla, bu yönden de kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

3. Kuralın iptali istemiyle açılan davada verilen red gerekçesinin bu hususlara da dayandırılması gerektiği kanaatinde olduğumdan, karara bu ek gerekçe ile katılıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. İptali istenen (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir”* düzenlemesi yer almaktadır.

2. Dava konusu kuralla ilgili anayasal değerlendirmeye geçmeden önce konuyla sıkı bağlantısı olan kuvvetler ayrılığı ilkesi üzerinde kısa da olsa durmak gerekmektedir.

3. Gücün sınırlanması insanın toplumsal olarak örgütlenmeye başladığı ilk zamanlardan bu yana hayati bir konu olarak varlığını sürdürmektedir. Öyle ki, insanlığın en eski yazılı metinlerinde bile bu yakıcı sorun karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bundan yaklaşık dört bin yıl önce yazılan Gılgamış destanının ana temalarından biri de gücün sınırlanması ve dengelenmesidir.

4. Tarihsel süreç içerisinde de Aristo'dan, Ibn-i-Haldun, Locke, Montesquieu, J.S. Mill ve Madison'a, onlardan Hayek, Rawls, Dworkin ve Alexy'e kadar uzanan geniş bir yelpazede çeşitli filozof, düşünür, hukukçu, siyasetçi ve devlet adamı gücün dizginlenmesi, iktidarın sınırlandırılması ve denetlenmesi konusunda kuvvetler ayrılığı eksenli bir uzlaşıda buluştu.

5. Anayasalcılık düşüncesi tarihsel olarak siyasal gücün kuvvetler ayrılığı ile sınırlandırılarak iktidarın paylaştırılmasını, devlet organları arasında işbölümünün sağlanmasını ve bunlar arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları çözmeyi amaçlamıştır. Anayasal demokrasilerin en temel dayanaklarından biri olan kuvvetler ayrılığı ilkesi, devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılmasının iktidarın tek bir elde toplanmasının doğuracağı mahsurların önlenmesi varsayımına dayanmaktadır. Aslında bu bir varsayımın ötesine geçerek tarihsel deneyimler ışığında olgusal bir temele de kavuşmuştur. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin temel tarihsel işlevi iktidarın tek bir erkte yoğunlaşmasını önlemek ve farklı erklerce yürütülen işlevlerin dengeli dağılımını sağlayarak anayasalarda belirlenen hedeflere ulaşma yönünden katkı sağlamak olmuştur.

6. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin üzerine inşa edildiği temel gerekçelerden biri de her bir erkin kendi özerk alanına ait işlevleri

yerine getirirken diğer erklerin alanına müdahil olmaktan kaçınmasının sağlanmaya çalışılmasıdır. Bu ilke aslında ayrılıktan ziyade devlet organları arasındaki farklılıkların vurgulanması, güçlerinin dengelenmesi ve bu organların bünyelerine uygun olmayan yetkileri kullanması ve işlevlere sahip olmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir. Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme ve yargı arasında işlevsel bir ayrışmanın gerekli olduğu kadar kamusal fayda ve ortak iyi adına bir denge ve denetleme anlayışı içinde erklerin kendi yetki alanlarını koruyarak karşılıklı etkileşim ve diyalog içinde bulunmalarını da gerekli kılmaktadır.¹ Bu görevini yerine getirirken negatif olarak hükümet gücünü sınırlamakta ve denetlemekte, pozitif olarak da farklı kurumların işleyişini düzenlemektedir.

7. Modern dünyada otokratik veya müstebit bir etkinliğe sahip devlet ile etkisiz, zayıf bir devlet idaresi arasında optimal denge kurulması ve bunun sürdürülmesi bir zorunluluktur. Kuvvetler ayrılığı bunu sağlamanın önemli bir aracıdır. Kuvvetlerin birbirlerinin sahasına müdahale etmesini en aza indirmek için de çeşitli denge ve denetleme mekanizmaları oluşturulmuştur. Yasama, yürütme ve yargı erkleri hukukun tayin ettiği sınırlar dahilinde işlevlerini yerine getirmek, yetkilerini kullanmakla mükelleftir ve bu bakımdan hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı birbirini tamamlamaktadır.

8. Kuvvetler ayrılığı hukukun üstünlüğü ile birlikte düşünülmelidir. Bu çerçevede içinde anayasa yargısının görevi yasama ve yürütmenin işlem ve eylemlerinde anayasaya uyup uymadıklarını denetlemektir. Modern toplumsal ve ekonomik yaşamın neden olduğu zorunluluklardan dolayı yürütmenin gücünün artması, bu gücün denetimini önemli bir konu olarak karşımıza çıkartmaktadır. Anayasallık denetiminde, yürütmeye verilen yetkilerin anayasaya uygunluğu denetlenerek, anayasaya aykırılık tespiti halinde bu yetkilerin iptali söz konusudur. Bu sayede anayasa mahkemeleri kuvvetler ayrılığının gerektirdiği hassas denge ve denetlemeye katkı sunmakta ve demokratik yönetimle anayasal ilkelerin ve temel hakların korunmasını birbiriyle bağdaştırmaya çalışmaktadır. Burada asla unutulmaması gereken husus, anayasa mahkemelerinin bu işlevi yerine getirirken anayasa ile sınırlandırıldıkları gerçeğidir.

1 Maldonado, Daniel Bonilla, "The Conceptual Architecture of the Principle of Separation of Powers," *The Evolution of the Separation of Powers: Between the Global North and the Global South*, David Bilchitz ve David Landau (der.), 2018, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, s.150, 155.

9. Yukarıdaki girizgahdan sonra dava konusu kuralı incelemeye başlayabiliriz.

10. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK ile düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

11. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde, *yürütme yetkisine ilişkin* olmak şartıyla kararname çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki tanınmıştır. Fıkranın devamında da bu yetkinin tabi olduğu sınırlamalara yer verilmiştir. Buna göre, fıkranın ikinci cümlesinde, *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişinin hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin* kararnameyle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Fıkranın üçüncü cümlesinde Anayasada *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* ve dördüncü cümlesinde de *kanunda açıkça düzenlenen konularda* kararname çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılması anayasal olarak mümkün değildir.

12. Sistematiik olarak Anayasayı değerlendirdiğimizde, yasamanın asliliğı, genelliğı, yasama yetkisinin devredilemezliğı ve idarenin kanuniliğinin anayasal kimliğimizin önemli bir parçasını oluşturduğunu görmekteyiz. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesi ve bu doğrultuda bazı anayasa değişikliklerinin yapılması, yasama organının alanını Anayasada öngörülenden daha fazla daraltacak geniş yetkilerin yürütme organına tanındığı anlamına gelmez. Anayasa'nın 7. maddesini, 8. maddesini, 87. maddesini, 104. maddesinin on yedinci fıkrasının tamamını, 123. maddesinin birinci fıkrası ile 128. maddenin ikinci fıkrasını bir bütün olarak dikkate aldığımızda Anayasa koyucunun kanunu, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) üstünde gördüğünü kabul etmek gerekir.

13. Dava konusu kural (2) numaralı CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilmesine olanak tanımaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdası idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin belirlenmesinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kuralın

kapsamına ilgili Kararnamenin 3. maddesinde yer verilen istisnalar dışında yargı kurumları da dâhil olmak üzere neredeyse bütün devlet teşkilatı girmektedir.

14. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre *"Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren anılan maddenin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususu demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum olarak nitelendirilmiştir"* (E. 2019/28, K.2019/57, 26/6/2019 § 5).

15. Dava konusu kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine göre incelediğimizde, kadro ihdasının bütçe hakkını elinde tutan yasama organına ait olduğundan yürütme yetkisiyle bir ilgisinin olmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, kamu kurum ve kuruluşlarında personele yapılan ödemelerin, bu kurum ve kuruluşların bütçeleri içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmesi mümkün olmayan bölümlerini oluşturduğunu, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da TBMM onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek kadro ihdasını TBMM'nin bütçe hakkıyla ilişkilendirmiştir (E.2013/24, K.2013/133, 14/11/2013. Benzer bir karar için bkz. E. 2016/47, K. 2018/10, 14/2/2018).

16. Kaldı ki, kuralın kapsamında olan yargı mensuplarının kadrolarının ihdas edilmesi de yürütme yetkisi içinde görülemez. Yargı erkine ait kadroların CBK ile tesis edilmesi kuvvetler ayrılığı açısından son derece sakıncalı bir duruma yol açarak yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı üzerinde onarılması güç olumsuz etkilere yol açabilecektir.

17. Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadı yargıya güvenin sağlanması, sürdürülmesi ve korunmasında yargı organlarının bağımsız ve tarafsız olması kadar bağımsız ve tarafsız görünmesinin, öyle algılanmasının da hayati öneme haiz olduğunu kabul etmektedir. Bir kararda, Anayasa Mahkemesi, *"Kanunla kurulmuş bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı 'bağımsız' olup olmadığının belirlenmesinde; üyelerinin atanma şekli ve görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu"*

yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir” tespitini yapmıştır (Kenan Özteriş, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 34. Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz: İbrahim Gürkan/Türkiye, B. No: 10987/10, 3/7/2012, § 13).

18. Benzer şekilde, Türk Yargı Etiği Bildirgesi ve muadili uluslararası bildirgeler de bu konunun önemine dikkat çekmektedir. Dolayısıyla, dava konusu kural yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda hem toplumsal hem de bireysel düzlemde soru işaretlerinin oluşmasına ve bunların artmasına neden olabilecektir.

19. Konu bakımından yapılan denetimde kuralın, her ne kadar Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesine aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmışsa da CBK müessesesinin mevcut anayasal düzenimizdeki yerinin ne olduğu ve sınırlarının nasıl çizilmesi gerektiği gibi hususların aydınlatılmasına katkı sağlamak açısından fıkra da var olan diğer ölçütler veya testler yönünden incelemenin sürdürülmesinde hukuki yarar mevcuttur. Bu çerçe ve ışığında, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ve kısaca temel haklar testi olarak da niteleyebileceğimiz ölçüte göre Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kapsamında CBK çıkarılamaz.

20. İptali talep edilen kuralla öngörülen kadro ihdası bir kadroya tanınan özlük haklarını da kapsamaktadır. Mahkememiz, Anayasa’nın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkının, *“ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı haklarını”* içerdiğini tespit etmiştir (E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, §§ 20, 21). Anayasa Mahkemesi bir kararında da *“Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır”* şeklinde bir değerlendirme yapmıştır (E.2002/35, K.2007/95, 12/12/2007. Benzer bir karar için bkz. E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007).

21. Kadro ihdas edilirken kadronun derecesi ve ünvanı da belirlendiğinden kamu görevlilerinin alacağı aylık ve ödeneklerle diğer özlük haklarıyla kadro ihdası arasında doğrudan ve çok yakın bir bağlantı vardır. Bu nedenle, iptali istenen kural Anayasanın 35.

maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla ilgili bir düzenleme içerdiğinden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırılık taşımaktadır.

22. Anayasanın 104. maddesinin on yedinci fıkranın üçüncü cümlesinde vücut bulan testi ise kısaca münhasıranlık testi olarak ifade edebiliriz. Buna göre Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamaz. Ancak Anayasa’da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm de bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mesela, Mahkememiz bir kararında *“Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılar... İdarenin kanuniliği ilkesi idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev unvanlarının ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini de içerir”* şeklinde bir sonuca ulaşmıştır (E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013. Benzer yöndeki kararlar için bkz. E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13). Kısaca vurgulamak gerekirse, Anayasa’da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı’nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

23. Anayasa’nın 123. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında *“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. / İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır”* denilmiştir. Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde de *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir”* hükmü yer almaktadır.

24. Dava konusu kural kapsamına giren kurum ve kuruluşlar Anayasa’nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içinde yer almaktadır. Bu kurumlarda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa’nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da bu madde uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir (E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 139). İdarenin kanuniliği ilkesi açısından bir CBK kuralı Anayasa’nın CBK’larla düzenlenmesine izin

verdiği konulara ait değilse, Anayasa'nın 123. ve 128. maddeleriyle ilişkili olarak 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine uygun düşmeyecektir.

25. Anayasa'nın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun (DDK) üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenleneceği belirtildiğinden DDK dışında incelediğimiz CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin öngörülmesi kadro ihdasının kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal kuralla uyumlu değildir.

26. İptali istenen kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci, ikinci ve 123. ve 128. maddeleriyle bağlantılı olarak üçüncü cümlelerine aykırı olduğu düşüncesiyle karara katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

(2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Red kararının gerekçesinde; kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının ihdasının idarenin teşkilat yapısı ile ilgili olup idarenin kuruluş ve görevlerinin bir parçasını oluşturduğu, dolayısıyla kuralın yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu, Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasî haklara ve ödevlere ilişkin düzenleme içermediği, Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkralarında belirtilen idarelerin teşkilat yapısına ilişkin olduğu anlaşılan kuralın 123. madde ile bağlantılı olarak 104. maddenin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara ilişkin bir düzenleme yapmadığı gibi daha önce kanunlarda da açıkça düzenlenmediği, bu nedenlerle konu yönünden Anayasanın 104. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

İncelenen kuralla, bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceği hükme bağlanmıştır.

Bilindiği üzere, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) yürürlükten kaldırılmış ve bu KHK’da düzenlenen hususlar (2) numaralı CBK ile düzenlenmiştir. 190 sayılı KHK’nın 6. maddesindeki “Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kanunla ihdas edilir” hükmü yerine, (2) numaralı CBK’nın 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile bu CBK kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceği şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. CBK’nın 2. maddesinde de, 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşların, kanunlarla ve CBK’lar ile kurulan diğer idarelerin, fonların ve kefalet sandıklarının bu CBK kapsamında olduğu belirtilmiştir. 190 sayılı KHK’nın kadro sınıf, unvan, derece ve sayılarının Bakanlar Kurulu kararı ile değiştirilebileceğine ilişkin hükümleri de, bu hususlarda Cumhurbaşkanı kararı ile değişiklik yapılabileceği yönünde değiştirilmiştir.

Başka bir anlatımla, 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinden önce kanunla (veya KHK ile) ihdas edilebileceği hükme bağlanan kadroların CBK ile ihdas edilmesi; ihdas edilmiş kadroların sınıf, unvan, derece ve sayılarında Bakanlar Kurulu kararı ile yapılabilecek değişikliklerin de Cumhurbaşkanı kararı ile yapılması öngörülmüştür.

Öncelikle, çoğunluğun “kadro usulüne ilişkin düzenlemeler[in], idarenin teşkilat yapısı ile ilgili ol[duğu]” yönündeki tespiti isabetli olmakla birlikte, kararda ulaşılan sonucun aksine bu tespitin kadroların kanunla ihdasını zorunlu kıldığını belirtmek gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de, bugüne kadar kadro ihdasını -bunlarda yapılacak sınıf, unvan, derece ve sayı değişikliklerinden farklı olarak- yasama yetkisi kapsamında görmüş; bu konuyu bütçe hakkı ile de ilgili bularak TBMM tarafından incelenip karara bağlanması gereken bir husus olarak değerlendirirken Anayasanın 128. maddesi uyarınca da kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğunu hükme bağlamıştır (örn. olarak bkz. 28/6/1988 tarihli ve E.1987/21, K.1988/25 sayılı karar).

Anılan kararda; kamu kurum ve kuruluşlarında personele yapılan ödemelerin, bütçedeki harcama kalemlerinin önemli bir bölümünü oluşturduğu, bir idarenin yıllık ödenek ihtiyacı tespit edilirken orada çalışan personelin kadrolarının gözönünde tutulduğu ve bütçeyi kabul edecek organın kadroları da inceleyip onaylaması gerektiği, Anayasaya göre bütçenin TBMM tarafından incelenip karara bağlanması zorunluluğunun aylık ve ödeneklerini bu bütçeden alacak olan personelin kadrolarının da TBMM'nin onayına sunulmasını ve kanunla düzenlenmesini gerektirdiği belirtilerek kadro ihdası konusu bütçe hakkıyla ilişkilendirilmiştir.

Mahkememiz daha sonraki bir kararında da, bütçe içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmez bölümlerini oluşturan personel ödemelerinin onların kadrolarına bağlı olduğunu ve kadro ihdasının kanunla düzenlenmesi gerektiğini belirterek kadro ihdasının bütçe hakkı ile ilgisini tekrarlamıştır (14/11/2013 tarihli ve E.2013/24, K.2013/133 sayılı karar).

Mahkememizin başka bir kararında ise; Anayasanın 123. maddesine göre idarenin kanunîliği ilkesinin, idarenin hizmet birimleri ile birlikte kadrolarının da kanunla belirlenmesini içerdiği, bir kamu hizmetinin teşkilatlanmasının önşartı olan kadroların, personelin görevleri ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük hakları bakımından belirleyici olduğu ifade edilerek kadroların Anayasanın 123. ve 128. maddeleri uyarınca ancak kanunla ihdas edilebileceğine hükmedilmiştir (12/12/2007 tarihli ve E.2002/35, K.2007/95 sayılı karar).

Yakın tarihli bir kararımızda da, Anayasanın 123. ve 128. maddelerine dayanılarak, idarenin bütünlüğü içinde yer alan kurumlarda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevleri ifa eden personelin kadrolarının ihdasına ilişkin kuralların da kanunla düzenlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (24/7/2019 tarihli ve E.2018/73, K.2019/65 sayılı karar).

Bilindiği gibi Anayasanın 128. maddesinde, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilerek memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri,

aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bütün bu hususların, memurların ve diğer kamu görevlilerinin hukukî durumlarını belirleyen kadroları ile sıkı bir bağ içinde olduğu açıktır.

Bu kapsamda, yukarıda aktarılan kararlarda da belirtildiği üzere, Anayasadan kaynaklanan kanunla düzenleme zorunluluğunun bütçe hakkı ile ilgisinin vurgulanması gerekir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ile hakları ve yükümlülüklerinin yanında sayıları ile aylık ve ödeneklerinin yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasanın 128. maddesi çerçevesinde kanunî düzenlemeyi gerektirmesinin temelinde, esasen parlamentoların varlık sebebi yatmaktadır. Bu husus sadece anılan görevlere atanacak kişiler açısından değil, bütçe hakkı ile ilgisi itibarıyla, genel olarak bütün vatandaşlar açısından da önemli bir güvence oluşturmaktadır.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçları denetlemesi anlamına gelen bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır ve bu hak, kuvvetler ayrılığı esasına dayanan bütün demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen yasama organına aittir (26/5/2016 tarihli ve E.2015/7, K.2016/47 sayılı [§ 33, 35]; 14/2/2018 tarihli ve E.2016/47, K.2018/10 sayılı [§ 25]; 14/2/2018 tarihli ve E. 2017/61, K. 2018/12 sayılı [§ 20] kararlarımız.)

Kuşkusuz bu, sadece bütçenin ve bütçeye ilişkin kesinhesabın değil, önceki kararlarımızda da ifade edildiği gibi, bütçe içindeki harcama kalemlerinin önemli ve vazgeçilmez bölümlerini oluşturan memur ve diğer kamu görevlisi aylık ve ödeneklerinin de kanunla belirlenmesini gerektiren bir ilkedir. Nitekim bu ilke uyarınca Anayasanın 128. maddesinde genel olarak memurların ve diğer kamu görevlilerinin; 130. ve 140. maddelerinde de özel olarak öğretim elemanları ile hâkimlerin ve savcılarının aylık ve ödenekleri ile diğer malî haklarının kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Böylece Anayasanın anılan hükümleri ile söz konusu görevleri yerine getirenlerin kadrolarının da kanunla belirlenerek, diğer bütün kamu harcamaları gibi bu kamu harcamalarının da yasama organının iznine ve denetimine bağlanması hedeflenmiştir.

Bu itibarla, kadro usulüne ilişkin diğer düzenlemelerin (ihdas edilmiş bulunan kadroların sınıf, unvan, derece ve -toplam kadro sayısında değişikliğe yol açmayacak şekilde- sayılarında yapılacak değişikliklerin) yürütme yetkisine ilişkin olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte, kadro ihdasının bütçe hakkı kapsamında olmasından dolayı yürütme yetkisine ilişkin konulardan olmadığı ve bu sebeple 104. maddenin onyedinci fıkrasının birinci cümlesine; yukarıda belirtilen sebeplerle de kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldığından üçüncü cümlesine göre CBK ile düzenlenemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan çoğunluğun red gerekçesinde; Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında kamu tüzelkişiliğinin kanun dışında CBK ile kurulmasına da imkân tanındığı, “kurulma yetkisinin doğası itibarıyla düzenlemeyi de içermesi nedeniyle Anayasa’da CBK ile kurulmasına imkân tanınan kamu tüzelkişilerine ilişkin teşkilat düzenlemelerinin CBK ile yapılması”nın ve bunların kadrolarının CBK ile ihdas edilmesinin de mümkün olduğu belirtilmekle birlikte bu görüşe katılmak da mümkün değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanarak genel ilke belirlenmiş; üçüncü fıkrasında ise kamu tüzelkişiliğinin kanun yanında CBK ile kurulmasına da imkân sağlanmıştır. Böylece Anayasa koyucu; Anayasanın başka maddelerinde olduğu gibi 123. maddede de “kurma” ve “düzenleme” kavramlarını ayrı ayrı kullanmıştır.

Esasen buna ilişkin Anayasa değişikliğinde de 123. maddenin üçüncü fıkrasındaki “ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ibaresi “kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” şeklinde değiştirilmiş; buna ilişkin madde gerekçesinde de, değişiklikle kamu tüzelkişiliğinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle de “kurulabilmesine” imkan tanındığı belirtilmiştir.

Bu itibarla, Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında, kamu tüzelkişilikleri bakımından CBK’lar için birinci fıkradaki genel ilkeye getirilen istisna sadece bunların kurulmasına ilişkin olup -Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması yanında görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısının düzenlenmesi yönünden öngörüldüğü şekilde- düzenleme yapılması konusunda bir istisna

getirilmemiştir. Başka bir anlatımla, Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık 123. maddenin son fıkrasında, birinci fıkradaki ilkeye sadece kamu tüzelkişiliğinin “kurulması” bakımından bir istisna getirmiştir.

Nitekim Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesinden önce de kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kamu tüzelkişilikleri kurulduğunda -“kurma” ve “düzenleme” kavramları arasındaki bu fark dikkate alınarak- sadece kamu tüzelkişiliğinin kurulmasıyla yetinilmiş; tüzelkişiliğin kurulmasına ilişkin kararname ile, tüzelkişiliği haiz bu yeni idarenin teşkilat yapısı, görev ve yetkileri düzenlenmemiştir (bkz. 12/6/2020 tarihli ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı kararımıza ilişkin karşıoy gerekçesindeki örnekler).

Sonuç olarak Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasının değiştirilmesine ilişkin madde gerekçesinde de, fıkra da sadece ibare değişikliği yapıldığının vurgulandığı dikkate alındığında, Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına bir kanuna dayanmadan kamu tüzelkişiliği kurma yetkisi tanındığını, yani CBK’larla kamu tüzelkişiliğinin sadece kurulabilmesinin benimsendiğini kabul etmek, buna karşılık bunların teşkilatı ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki yerleşik anayasal yorumdan ayrılmamak gerekir.

Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa değişikliğinden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkraları da dahil olmak üzere Anayasanın bazı hükümlerinde öngörülen CBK çıkarma yetkisi ise bu ilkeye getirilmiş bir istisna olduğundan, istisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilke uyarınca anılan fıkralarda CBK ile düzenleneceği belirtilerek yasama yetkisine getirilen bu istisnaların da dar yorumlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler de 123. maddenin son fıkrasındaki “kurulma” kavramının düzenlemeyi de kapsayacak genişlikte yorumlanmamasını ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu bu tercihi

ve mezkûr kavramları anlamsız kılacak genişletici yorumlardan kaçınılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasanın 108. maddesinde Devlet Denetleme Kurulunun -teşkilatının yanında- üyelerinin (kadrolarına ilişkin her türlü düzenlemeyi de kapsayacak şekilde) “özlük işleri”nin CBK ile düzenlenmesini öngören hüküm de bunu teyid etmekte ve Anayasa koyucunun 108. maddede Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin özlük işlerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngördüğü dikkate alındığında Anayasanın 106., 118. ve 123. maddelerinin son fıkralarında öngörülen istisnai nitelikteki CBK çıkarma yetkisinin -kadro ihdasının teşkilat yapısı ile ilgili olduğu gerekçesiyle- kadro ihdasını da kapsadığı şeklinde yorumlanmasına imkân bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle kadro ihdası -Devlet Denetleme Kurulu üyelerinin kadroları dışında- Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken konulardan olduğundan, incelenen kuralın konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 10.07.2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesinin “*Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilir.*” şeklindeki (1) numaralı fıkrasının “*Anayasa’nın 104. Maddesi Yönünden İncelenmesi*” başlığı altında yapılan incelemede Anayasa Mahkemesi çoğunluğu tarafından bu fıkranın 104. maddenin onyedinci fıkrasına aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Dava konusu fıkranın Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olduğu için iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

2. İptal davasına konu hükmün yer aldığı (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 2. maddesinde kadroları kararnameyle ihdas edilecek kapsamdaki kurum ve kuruluşlar belirtilmektedir. Buna göre 10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idareler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle kurulan diğer idareler, fonlar ve kefalet sandıklarının kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilecektir.

3. 5018 sayılı Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan idareler 60 bent olarak sayılan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan idareler 131 bent olarak sayılan Yükseköğretim Kurulu, Üniversiteler ve Yüksek Teknoloji Enstitüleri ile 52 bent olarak sayılan özel bütçeli diğer idareler, (IV) sayılı cetvelde yer alan idareler Sosyal Güvenlik Kurumu ve Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünden oluşan sosyal güvenlik kurumlarıdır. (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin "İstisnalar" kenar başlıklı 3. maddesinde ise bu CBK hükümlerinin Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı personelinin kadro ve pozisyonları ile milli güvenlik sebebiyle gizli kalması gereken kadro ve pozisyonlar hakkında uygulanmayacağı öngörülmüştür.

4. Dava konusu kural kapsamında kadroları Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdas edilecek kurum ve kuruluşlar arasında bakanlıklar gibi merkezi idarede yer alan kuruluşlar yanında ayrı kamu tüzel kişiliğine sahip farklı idari birimler ile bütün devlet üniversiteleri ve hatta Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemeler de yer almaktadır. Bu yönü ile bakıldığında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli idarelerin büyük bir çoğunluğu bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına alınarak dava konusu kural gereğince bu kamu kurum ve kuruluşlarının kadrolarının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle ihdası esas benimsenmiştir.

5. Dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına uygunluğunun denetlendiği aşamada Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca kuralın bu fıkra aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Anayasa Mahkemesince Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin konu bakımından yetki boyutu incelenirken esas alınan ölçütlerin sıralandığı Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası bağlamında yapılan

incelemede ortaya çıkan sonuçlar yönüyle Mahkememiz çoğunluk görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir.

6. Öncelikle iptal davasına konu düzenlemenin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasındaki *"Cumhurbaşkanı yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir."* hükmüne aykırılık teşkil ettiğini ifade etmek gerekir. Esasında Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin gereği olarak yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması bu yeni hükümet sisteminin amacına uygun biçimde işleyebilmesini sağlamayı hedeflemektedir.

7. Bununla birlikte "yürütme yetkisine ilişkin konular"ın kapsamı dikkatli biçimde tespit edilmelidir. Kavramın aynı zamanda "yürütme veya icranın genel siyaseti" ile olan ilişkisi gereği "yürütme yetkisine ilişkin konular" kapsamına salt icra kudreti ile ilgili olan konuların dışında başka hususların da girme ihtimali gündeme gelebilir. Ancak yürütme yetkisine giren konuların içerisine salt yaşamaya ilişkin yetkilerin girmesi ise hükümet sisteminin işleyişinde kabulü mümkün olmayan sonuçlara yol açabilir. Hal böyle olunca Anayasa'nın benimsemiş olduğu kuvvetler ayrılığı ilkesinin ciddi bir şekilde zedelenmesi söz konusu olabilir.

8. Demokratik hukuk devletindeki kuvvetler ayrılığı ilkesi yasama, yürütme ve yargı yetkisinin birbirinden ayrılması ve bu yetkilerin ayrı kişilere verilmesi esasına dayanır. Kuvvetler ayrılığı sayesinde esasında iktidarın sınırlandırılması suretiyle kişilerin anayasal haklarının kamu otoritesi karşısında daha etkili biçimde güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasal devletin tesisindeki bu temel ilke Osmanlı-Türk anayasal gelişmelerinde de gözetilmiştir. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde olduğu gibi 2017 Anayasa değişikliklerinden sonraki halinde de kuvvetler ayrılığı ilkesi bu güçlü konumunu korumaktadır.

9. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin en önemli gereklerinden birisi yasama ve yürütme yetkilerinin farklı ellere verilmesi ve yetkilerinin net bir biçimde Anayasa'da belirlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda Anayasa'da yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait bir yetki olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği açıkça öngörülmüştür (madde: 7). Anayasa'da yürütme yetkisi ve görevini kullanan Cumhurbaşkanına ise kapsamı Anayasa'nın başta 104. maddesinin onyedinci fıkrası olmak üzere değişik maddelerinde öngörüldüğü şekilde kullanabileceği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisi

verilmiştir. Bununla birlikte hükümet sisteminin demokratik niteliği gereğince bütçe hakkı ile ilgili konularda yasama organının geçmişten beri sahip olduğu yetkilerin aynen devam etmekte olduğunu ifade etmek gerekir.

10. İşte tam da bu aşamada dava konusu kuralda düzenlenen kadro ihdası konusunun yürütme yetkisine ilişkin bir yönünün olmadığını, yasamanın yetkisine girdiğini ifade etmek gerekir. Zira bir kurumun kadro ihdası esasında bütçe hakkı ile doğrudan ilgili bir konudur.

11. Demokrasilerde bütçe hakkı ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin parlamentolarda olduğu aşıkardır. Türkiye’de de bütçe hakkı ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu genel kabul görmektedir. (Örnek olarak bkz.: Ömer Faruk Batirel, Kamu Bütçesi, Yedinci Baskı, Marmara Üniversitesi Nihad Sayar Eğitim Vakfı Yay., İstanbul, 1994, s. 5). Bütçe kanunu ve onun uygulanmasının parlamento tarafından denetlenmesinin Meclisin münhasıran devredilemeyen yetkileri arasında kabul edilmesi aynı zamanda parlamentonun halkın kamu maliyesini kontrol etme biçimindeki amacından kaynaklanmaktadır. (Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, Beta Yay., İstanbul, 2018, s. 319).

12. Anayasa’da benimsenen yaklaşımın da bu yönde olduğu ifade edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bütçe hakkı ile ilgili bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

“Yasama organının halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bir başka ifadeyle bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme, onaylama ve harcamaların sonuçlarını denetleme hakkıdır. Bu hak, demokratik ülkelerde halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan yasama organına ait bulunmaktadır.” (Bkz.: E.2016/47, K.2018/10, K. T.14.2.2018, § 25).

13. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin Anayasa değişikliği sonrasında da aynı ilkenin geçerli olduğu izahtan varestedir (Bu konuda bkz.: Ferhat Akbey, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Bütçe Hakkı ve Kanunu”, International Journal of Public Finance, 5/1, 2020, s. 1-26).

14. Anayasa Mahkemesinin bir kararında kadro ihdası yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu şu şekilde ifade edilmiştir:

“Kadro ihdas ve iptali bir yandan personel hukuku, öte yandan bütçe rejimi ile ilgili bulunduğundan, dava konusu Geçici Madde ile Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin Anayasa’ya uygun olup olmadığının bu iki açıdan incelenmesi gerekir.

...

Anayasa’nın 162. maddesine göre, genel ve katma bütçeler Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından incelenip karara bağlandığından, aylık ve ödeneklerini bu bütçelerden alacak olan memurların kadrolarının da Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulması, kanunla düzenlenmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasa’nın 7. maddesinde ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez’ denildiğinden, kanun konusu olan bir işlemin Bakanlar Kurulu’nca yapılması da olanaksızdır.

Bu itibarla, Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurullarının teşkilatlanması maksadıyla, Bakanlar Kurulu’na kadro iptal ve ihdası yetkisi veren, dava konusu Geçici Madde, Anayasa’nın 129., 162. ve 7. maddelerine aykırı görülmüştür.” (Bkz.: E.1987/21, K.1988/25, K. T. 28.6.1988).

15. İfade etmek gerekir ki 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasındaki şekliyle anayasal sistemde yasama ve yürütme arasındaki kuvvetler ayrılığı, her ne kadar belli etkileşim mekanizmaları öngörülmüşse de, önceki duruma göre daha da belirginleştirilmiştir. Dolayısıyla Anayasa’da kadro ihdası gibi doğrudan bütçe hakkı ile ilgili bir konunun ilk elden düzenlenmesinin Türkiye Büyük Millet Meclisinden başka bir organa verilmesine dayanak teşkil edecek bir pozitif anayasal hüküm bulmak mümkün gözükmemektedir.

16. Nitekim Anayasa Mahkemesi oybirliği ile verdiği yakın tarihli bir kararında da kadro ihdası ile ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Dava konusu kuralda; Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığının 2017 yılı fiilî kadrolarının 2016 yılı sonuna kadar TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa’nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk milleti adına TBMM’ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yasama yetkisinin

genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla kural olarak her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında 'İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir./ İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır' denilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde de 'Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir' hükmüne yer verilerek memurlar ve diğer kamu görevlileri özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ek (I) sayılı Cetvel'de genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasında sayılmıştır. Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi de 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 13/A maddesi uyarınca jandarma ve sahil güvenlik teşkilatlarının subay ve astsubay ile diğer personel ihtiyacını karşılamak, ön lisans, lisans ve lisansüstü eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın yapmak üzere bünyesinde fakülte, enstitü, astsubay meslek yüksekokulları, eğitim ve araştırma merkezleri ile kurslar bulunan, İçişleri Bakanlığına bağlı bir yükseköğretim kurumu olarak kurulmuştur.

Adı geçen kurumlar Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere idarenin bütünlüğü içinde yer almaktadır. Bu kurumlarda genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden personel Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olduğundan bunların kadrolarına, bu kadroların ihdas ve iptaline ilişkin kuralların da Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.

Dava konusu kuralda ise anılan idarelerin 2017 yılı fiilî kadrolarının 2016 yılı sonuna kadar TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunca belirlenmesi öngörülmüştür. Kural bu hâliyle yasama yetkisinin devri sonucunu doğurmakta, kamu görevlilerinin statülerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki anayasal kurala aykırılık oluşturmaktadır". (Bkz.: E.2018/73, K.2019/65. K.T. 24.07.2019. §§ 135-140).

17. Dolayısıyla farklı nitelikteki kamu hizmetlerinin yürütülmesinde o hizmeti yürütecek kişilerde aranan özellikleri ve bu kişilerin sayısını, sahip oldukları hakları, kullanacakları yetkileri ve özlük haklarını düzenleyen bir yönü olduğu dikkate alındığında kadro ihdası ile ilgili

düzenlemelerin öncelikle bütçe hakkı ile ilgili olması nedeniyle yasama organı tarafından düzenlenmesi Anayasal bir zorunluluktur. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesinin içtihadı da bu yöndedir.

18. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonraki dönemde bile kadro ihdası ile ilgili konunun yürütme yetkisine ilişkin konular kapsamında görülmesinin mümkün olmadığını, özellikle de bütçe hakkının gerek kapsamı ve gerekse demokratik hukuk devletindeki tarihsel gelişimi ve şu andaki konumu boyutuyla bakıldığında bu konunun halen yasama organının yetkisi dahilinde kalmaya devam ettiğini vurgulamak gerekir.

19. Yukarıda sıralanan gerekçeyle, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bütçe hakkı kapsamında olmasından hareketle yasama organı tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla dava konusu kural Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi ile çeliştiğinden, konu yönünden yetki boyutu ile Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

20. Bu nedenle çoğunluk kararındaki *“Kadro ihdasının kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilat yapısına ilişkin olduğu ve kural ile (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğinin hükme bağlandığı gözetildiğinde kuralın yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu anlaşılmaktadır.”* (§19) şeklindeki tespiti de katılmak mümkün değildir.

21. Öte yandan (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşları içerisinde merkezi idareden ayrı kamu tüzelkişiliğine sahip bütün devlet üniversiteleri ve hizmet yerinden yönetim kuruluşları yanında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemeler de yer almaktadır. Çoğunluk görüşünün kabulü halinde bu üç yüksek mahkemenin *“teşkilat yapısına ilişkin”* olduğu ifade edilen kadro ihdası ile ilgili düzenlemelerin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası bağlamında yürütme yetkisine ilişkin konular arasında kabul edileceği sonucu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda ise yasama yetkisinin yürütme lehine Anayasa'ya aykırı biçimde zayıflaması yanında özellikle yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığı gibi demokratik hukuk devletinin en temel ilkelerinin anlamsız hale gelmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu biçimdeki bir sonucu Anayasal ilke ve kurallarla bağdaştırmak ise mümkün değildir.

22. Çoğunluk kararında, dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünde kamu kurum ve kuruluşlarının kadroları kapsamında Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının bulunup bulunmadığının incelenmesi bağlamında şu tespitte bulunmaktadır:

“Yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususu yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebileğinden bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olduğu söylenemez. Dolayısıyla bu konunun CBK ile düzenlenmesi mümkün değildir. Dava konusu kural dikkate alındığında kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda örneğin Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı, kuralla genel olarak kadro ihdasının CBK’yla düzenlenebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın sadece Anayasa gereği CBK ile düzenlenebilecek kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK’yla ihdas edilmesini içerdığı anlaşılmaktadır (§ 21)”.

23. Burada çoğunluk karardaki yargı yetkisi kullanan kamu görevlilerinin kadrolarının ihdası ve iptali hususunun yargı yetkisinin kullanılmasını doğrudan etkileyebileceği gerekçesiyle bunun yalnızca yürütme yetkisine ilişkin bir konu olmadığı ve dolayısıyla bu konunun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenemeyeceği şeklindeki görüşe katılmaktayım.

24. Ancak dava konusu kuralın yürütme yetkisine ilişkin konular dışında kalan hususlarda, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı tespitine ise katılmak mümkün değildir. Zira 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ek (I) Sayılı Cetvelde Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri başlığı altında Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığından sonra sırasıyla Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştaya yer verilmiştir. (2) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “İstisnalar” kenar başlıklı 3. maddesinde de bu yüksek mahkemeler sayılmadığına göre bu mahkemelerin tüm kadrolarının ihdasının dava konusu madde kapsamında yer aldığı aşikardır.

25. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 5. maddesinin iptali talep edilen (1) numaralı fıkrasındaki *“Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamına giren kurum ve kuruluşların kadroları Cumhurbaşkanlığı*

Kararnamesiyle ihdas edilir.” hükmünün kapsamına Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi yüksek mahkemeler de dahil olduğuna göre elbette ki bu hüküm bu mahkemelerdeki yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili kadro ihdasını da kapsamaktadır. Dava konusu hüküm bu derece açık ve net olmasına rağmen çoğunluğun bu hükmün üç yüksek mahkemenin yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı şeklindeki görüşünün hiçbir pozitif dayanağı bulunmamaktadır. Nitekim çoğunluk kararında dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün “Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği taşımadığı” şeklindeki tespiti ilişkin herhangi bir hukuki dayanak gösterilememiştir.

26. Hal böyle iken, Anayasa Mahkemesi çoğunluk görüşünün aksine, dava konusu kuralın kapsamındaki kurum ve kuruluşların içerisine Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay gibi kurumların da dahil olduğu ve dolayısıyla dava konusu kuralın aynı zamanda bu kurumların yargı yetkisini kullanan kamu görevlileriyle ilgili bir düzenleme niteliği de taşıdığı izahtan varestedir. Buradan hareketle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile bu yüksek mahkemelerin yargı yetkisini kullanan kamu görevlilerinin kadro ihdasının düzenlenmesi bu yönü ile açıkça Anayasa’nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi ile çeliştiğinden iptali gerekmektedir.

27. Çoğunluk kararında ayrıca dava konusu düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile ilgili yasak alanda bir düzenleme içermediği şu şekilde ifade edilmektedir. “Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise CBK ile düzenlenemeyecek alanlar Anayasa’nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler olarak belirtilmiştir. (2) numaralı CBK kapsamındaki kurum ve kuruluşların kadrolarının CBK ile ihdas edileceğini öngören kural, sayılan konulara ilişkin bir düzenleme de içermemektedir” (§ 23).

28. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade ettiği gibi; “Kadro unvanı, personelin yerine getireceği görevlerini, yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.” (Bkz.: E.2002/35, K.2007/95, K. T. 12.12.2007). Dolayısıyla kadro ihdası aynı zamanda kamu görevlilerinin özlük hakları içerisindeki maaş

ve ödeneklerini de ilgilendirdiği içindir ki bu konunun doğrudan Anayasa'nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkı ile ilgili olduğu aşıkardır. Dolayısıyla kadro ihdası konusu bu yönüyle Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyeceğinden dava konusu kural aynı zamanda Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırılık teşkil etmektedir.

29. Çoğunluk kararında bu konunun Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine de aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira onyedinci fıkranın üçüncü cümlesinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarılamayacağı ifade edilmektedir. Bilindiği üzere kadro ihdası memurların kadrosunun unvanı, derecesi, aylık ve ödenekleri ile bu kadronun sahip olduğu hakları, yetkileri ve yükümlölükleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu yönü ile kadro ihdasının Anayasa'nın 128. madde hükmü ile doğrudan ilgisi bulunmadığı söylenemez. Bundan dolayıdır ki kadro ihdası ile ilgili bir düzenlemenin yasama organı tarafından yapılması Anayasa'nın 128. maddesindeki açık hükmün bir gereğidir.

30. Bilindiği üzere kadro ihdası aynı zamanda kadrodaki kamu görevlisinin aylık ve ödenekleri ile birtakım özlük haklarını da bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi tam da bu konu ile ilgili olarak 2007 yılında verdiği bir kararda kadro unvanının bu boyutlarını şu şekilde ifade etmektedir.

“Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır. Kadro ile birlikte, ana hizmet, danışma ve yardımcı hizmet birimlerinde istihdam edilecek personelin niteliklerinin Yasa ile belirlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin gereğidir.” (E.2005/139, K.2007/33, K.T. 22.3.2007).

31. Dolayısıyla, bu yönü dikkate alındığında kadro ihdası gibi bir konunun Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular arasında yer aldığı Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki *“Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.”* amir hükmün zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.

32. Bununla birlikte Devlet Denetleme Kurulu'nun kadro ihdasının Anayasa'nın 108. maddesinin üçüncü fıkrasındaki Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleneceğini öngören özel hüküm gereği Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılabileceği ifade edilmelidir.

33. Anayasa'nın 123. maddesi bakımından dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde olduğu kapsamıyla kadro ihdasının idarenin örgütlenmesi bağlamında bu şekilde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle yapılması kabul edilecekse bu durumda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesine kanun karşısında anayasa koyucunun da hiçbir zaman amaçlamadığı bir ayrıcalıklı konumu verme durumu ortaya çıkar ki bunun Anayasa'nın öngördüğü kuvvetler ayrılığı ilkesiyle ve aynı zamanda Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

34. Sonuç olarak, yukarıda sıralanan gerekçelerle dava konusu kuralın Devlet Denetleme Kurulu dışındaki kurum ve kuruluşların kadroları yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olması nedeniyle iptali gerektiği kanaatinde olduğum için çoğunluk görüşüne katılamamaktayım. Bununla birlikte çoğunluk görüşünde bu hususta Anayasa'ya aykırılık tespit edilmediğinden kuralın içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi aşamasına geçilmiştir. Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırılık boyutu geçildikten sonraki aşamada ise dava konusu ibarenin içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin bu yönüyle reddine ilişkin görüşe katılmaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2020/16
Karar Sayısı : 2020/33
Karar Tarihi : 25/6/2020
R.G. Tarih-Sayısı : 19/8/2020-31218

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Adana 20. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinin "1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz." bölümünün Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık hakkında hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı geçici 5. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 5- (Ek:17/10/2019-7188/31 md.)

(1) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla;

a) 102 nci maddede yapılan düzenleme, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren üç ay sonra uygulanır.

b) 236 ncı maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılan düzenleme uyarınca kurulması gereken merkezler, en geç 1/9/2020 tarihine kadar faaliyete geçirilir. Bu tarihe kadar mevcut uygulamaya devam olunur.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

c) 250 nci maddede düzenlenen seri muhakeme usulü ile 251 ve 252 nci maddelerde düzenlenen basit yargılama usulüne ilişkin hükümler, 1/1/2020 tarihinden itibaren uygulanır.

d) 1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü ile basit yargılama usulü uygulanmaz.

e) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda kamu davasının açılmasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.

f) 286 ncı maddenin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren on beş gün içinde talep etmek koşuluyla aynı suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemelerince verilmiş kesin nitelikteki kararlar hakkında da uygulanır. Bu bendin uygulandığı hâlde, cezası infaz edilmekte olan hükümlülerin, 100 üncü madde uyarınca tutukluluğunun devam edip etmeyeceği hususu, hükmü veren ilk derece mahkemesince değerlendirilir.

g) 308/A maddesinde yapılan değişiklikle bölge adliye mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca yapılan itirazların incelenmesine ilişkin getirilen usul, bu maddenin yayımlandığı tarihten önce itiraz yoluna başvurulup reddedilmiş olan itirazlar hakkında uygulanmaz.

h) Aile mahkemeleri ile çocuk ve çocuk ağır ceza mahkemelerinde görev yapan psikolog, pedagog ve sosyal çalışma görevlilerine ilişkin düzenlemeler, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren altı ay sonra uygulanır."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 19/2/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle

uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. Başvuru kararında 5271 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesinin (d) bendinin *"1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz"* bölümünün iptali talep edilmiştir.

4. Bakılmakta olan davada iddianamenin kabulü ile kovuşturma aşamasına geçilmiş ve dava derdest durumdadır. Dolayısıyla söz konusu davanın hükme bağlanmamış veya kesinleşmemiş olması nedeniyle anılan bentte yer alan *"...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş..."* ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Açıklanan nedenle bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

5. Söz konusu bendin kalan kısmında yer alan *"1/1/2020 tarihi itibarıyla..."*, *"...dosyalarda..."* ve *"...basit yargılama usulü uygulanmaz."* ibareleri ise kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyaların yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmayan hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalar yönünden de geçerli ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla bendin kalan kısmına ilişkin esas incelemenin *"...kovuşturma evresine geçilmiş..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

6. Açıklanan nedenlerle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin;

A. (d) bendinde yer alan *"...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş..."* ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. (d) bendinin “...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş...” ve “...seri muhakeme usulü ile...” ibareleri dışında kalan kısmının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin “...kovuşturma evresine geçilmiş...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Sınırlama Sorunu

8. Başvuru kararında 5271 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesinin (d) bendinin “1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda ... basit yargılama usulü uygulanmaz” bölümünün iptali talep edilmiştir.

9. İlk inceleme aşamasında anılan bentte yer alan “...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş...” ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, bendin “...hükme bağlanmış veya kesinleşmiş...” ve “...seri muhakeme usulü ile...” ibareleri dışında kalan kısmının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin “...kovuşturma evresine geçilmiş...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir. Ancak “...kovuşturma evresine geçilmiş...” ibaresi, bentte yer alan ve itiraz konusu olan “... basit yargılama usulü...” ile itiraz konusu olmayan “seri muhakeme usulü” ibareleri yönünden ortak kural niteliğindedir. Açıklanan nedenle “... kovuşturma evresine geçilmiş...” ibaresiyle sınırlı esas incelemenin aynı bentte yer alan “...basit yargılama usulü...” yönünden yapılması gerekir.

B. Anlam ve Kapsam

10. İtiraz konusu kuralın yer aldığı bent; 1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş, hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda seri muhakeme usulü ile basit yargılama usulünün uygulanmayacağını öngörmektedir. 1/1/2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanmaması, itiraz konusu kuralı oluşturmakta olup kural “...kovuşturma evresine

geçilmiş,..." ibaresi ile sınırlı olarak ve "*...basit yargılama usulü...*" yönünden incelenmiştir.

11. 5271 sayılı Kanun'un 251. maddesinde basit yargılama usulü düzenlenmiştir. Asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir. Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği takdirde mahkeme iddianameyi sanık, mağdur ve şikâyetçiye tebliğ ederek beyan ve savunmalarını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmelerini ister. Yapılan tebligatta duruşma yapılmaksızın hüküm verilebileceği hususu da belirtilir.

12. Basit yargılama usulünde sanığın duruşma açılmadan/sorgusu yapılmadan mahkûmiyetine karar verilmesi mümkündür. Beyan ve savunma için verilen süre dolduktan sonra mahkemece duruşma yapılmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaksızın sanık hakkında Kanun'un 223. maddesinde sayılan kararlardan birine hükmedilebilir.

13. Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda sanık hakkında mahkûmiyet kararının verilmesi hâlinde sonuç ceza dörtte bir oranında indirilir.

C. İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle; kuralın yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yargılaması devam eden tüm dosyalarda lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhâl ve eşit olarak uygulanması gerektiği, ayrıca kuralın kovuşturma konusu fiil için öngörülen sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmesi nedeniyle lehe hüküm niteliğinde olduğu, bu nedenle uygulanma imkânı olan tüm davalarda uygulanması gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" denilerek suçun kanuniliği; üçüncü

fıkrasında da “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek cezanın kanuniliği ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın anılan maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak açıklıkta, anlaşılır ve sınırları belli olarak kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

16. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırıldığı uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Bu ilke Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) “Kanunsuz ceza olmaz” kenar başlıklı 7. maddesinin birinci paragrafında “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.” şeklinde; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 15. maddesinin birinci paragrafında ise “Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır.” biçiminde düzenlenmiştir.

17. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa’nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan özel önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir. Anayasa Mahkemesinin 11/4/2019 tarihli ve E.2019/9, K.2019/27 sayılı kararında Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan kanunilik ilkesinin bazı alt ilkeleri gösterilmiştir.

18. Bu bağlamda toplumun ihtiyaçlarına göre suç sayılan fiiller için uygulanacak cezalar, nitelik ve nicelik olarak zamanla değişebilmektedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebilir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”

hükmüyle aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasaklanmıştır. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan *aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağı* olarak ifade edilmektedir. Bu yasak kişi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir.

19. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise diğer bir alt ilke olan *lehe kanunun uygulanması ilkesi* gündeme gelmektedir. Sonraki kanunun fiili suç olmaktan çıkarması veya daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda lehe kanundan söz edilir. Aleyhe kanunun geçmişe uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.

20. Fiilin işlenmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen ceza muhakemesi sürecinde bir suç için fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe giren kanun olmak üzere uygulanması mümkün birden fazla kanun hükmü söz konusu olabilmektedir. Suç nedeniyle başta hürriyeti bağlayıcı cezalar olmak üzere uygulanan çeşitli ceza ve güvenlik tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğundan, Anayasa cezayı ağırlaştıran kanunun yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanmasını açık biçimde yasaklamıştır. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olan bu yasak, aynı zamanda suçun işlendiği tarihteki kanuna göre lehe olan sonraki kanunun uygulanmasını da gerekli kılmaktadır. Zira işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesi, suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Bunun ceza hukuku alanında kişilerin hukuki güvenliklerini anayasal güvenceye bağlamayı amaç edinen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

21. Öte yandan lehe ceza kanununun geçmişe uygulanması hukuk devletiyle bağlantılı olarak adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de

bir gereğidir. Gelişen sosyal düzen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında artık suç oluşturmadağı kabul edilen veya daha hafif ceza öngörülen bir fiilin yalnızca daha önce işlenmiş olması nedeniyle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

22. Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılamasında lehe kanunun uygulanmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/04/2019, §§ 13-20).

23. Bu bağlamda ceza kanunlarında suç olarak tanımlanan fiillerin karşılığı olarak öngörülen yaptırımları etkileyen yargılama usulü kurallarının da suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamında olup olmadığının belirlenmesi zorunludur. Maddi ceza hukuku kuralları hangi fiillerin suç olduğunu ve bunlara ne tür yaptırımlar uygulanacağını öngörmektedir. Ceza muhakemesi hukuku kuralları ise işlendiği iddia edilen fiilin ortaya çıkarılması için uygulanacak yöntemleri belirler. Bu nedenle kural olarak yargılama usulü kurallarında yapılan değişiklikler, lehe ya da aleyhe değerlendirmesi yapılmaksızın, derhal uygulanma ilkesine tabidir. Nitekim 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"Ceza Muhakemesi Kanunu, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, aşağıdaki maddelerin hükümleri saklı kalmak üzere, kesin hükme bağlanmış olanlar hariç, görülmekte olan bütün soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanır."* denilmekle bu ilke vurgulanmıştır.

24. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında yer alan *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir."* şeklindeki düzenleme gereğince devletin yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin tedbirler alması gerekir. Bu bağlamda hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün yargılamaların makul süre içinde bitirilmesini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesi ve bu düzenlemelerde davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi, makul sürede yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu nedenle bazı suçlar için yargılamanın daha kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlayacak yargılama usullerinin belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Ancak bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasızdır.

25. Bu kapsamda bazı yargılama usulü kuralları, kovuşturulan fiiller için öngörülen ceza miktarlarını etkileyebilmektedir. Ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında failin lehine olan düzenlemelerin geçmişe uygulanmaması, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Düzenlemelerin yer aldığı kanunlar onların yorumlanmasında öneme sahip olmakla birlikte anayasal ilkelerin uygulanmasında belirleyici değildir. Dolayısıyla ceza miktarının üzerinde fail lehine bir etki oluşturan ceza muhakemesi kurallarının da geçmişe uygulanması suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

26. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında ceza muhakemesi kurallarının derhâl uygulanmasının makul olduğunu kabul etmekle birlikte cezai yaptırım gerektiren fiiller için öngörülen cezanın süresine etki eden yargılama usulü kurallarının da Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci paragrafının kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda AİHM ceza süresini azaltan yargılama usulü kurallarının fail lehine uygulanması gerektiğine karar vermiştir (*Scoppola/İtalya (No. 2)* [BD], B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 110-113).

27. İtiraz konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrası basit yargılama usulünün uygulanması sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde verilecek sonuç cezada dörtte bir oranında indirim yapılmasını öngörmektedir. Buna göre itiraz konusu kural yargılama aşamasında olup henüz hüküm kurulmamış dolayısıyla yeni bir yargılama usulünün uygulanabileceği dosyalarda ceza miktarı üzerinde fail lehine etkisi olan basit yargılama usulünün belirli bir tarihten sonra kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarla sınırlı olarak uygulanmasını öngörmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

28. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Recai AKYEL ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 36. maddesi yönünden incelenmemiştir.

IV. HÜKÜM

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinde yer alan;

A. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresine ilişkin esas incelemenin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE,

B. "...kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresinin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Recai AKYEL ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 25/6/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞI OY GEREKÇESİ

Mahkememiz çoğunluğunca 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle eklenen geçici 5. maddenin (d) bendinde yer alan "... kovuşturma evresine geçilmiş,..." ibaresinin aynı bentte yer alan "...basit yargılama usulü..." yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile ceza muhakemesi sistemimize basit yargılama usulü adıyla yeni bir düzenleme getirilmiştir. Basit yargılama usulü 5271 sayılı Kanun'un 251. maddesinde düzenlenmiştir. 7188 sayılı kanun ile getirilen basit yargılama usulü soruşturma ve kovuşturma usulüne göre farklı ve kendine özgü bazı kurum ve kavramları beraberinde getirmiştir.

Basit muhakeme usulü; üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlar bakımından yazılı beyan ve savunma esasına dayanan, genel yargılama usulünün bazı unsurlarının yer almadığı, duruşma açılmaksızın karar verilebilen ve asliye ceza mahkemelerine emek ve zaman tasarrufu sağlayan, alternatif yeni bir yargılama usulü olarak tanımlanabilir.

Bu usulde ispatı kolay, cezası düşük olarak değerlendirilen suçlara ilişkin uyuşmazlıkların hızlı bir şekilde çözülerek, bozulan kamu düzeninin tesisi ve toplumsal barışın ivedilikle sağlanması, işlenen suçlara kısa sürede orantılı ve etkili karşılık verilmesi, muhakeme süreçlerinin çeşitli usullerden arındırılarak basitleştirilmesi ve kısaltılması amaçlanmıştır. Böylece kazanılan mali kaynak, emek ve zaman ise daha ağır nitelikteki suçların soruşturmasına ve kovuşturmasına ayrılarak Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması*" ilkesi ile adil yargılanma hakkının diğer bileşenleri arasında bir denge sağlanarak, alternatif bir ceza sistemi hukuk sistemimize kazandırılmıştır.

İyi işleyen etkin bir ceza adalet sisteminin inşası, hukuk devletinin temel amaçlarından birisidir. Bu amacın gerçekleşmesi için, toplumdaki uyuşmazlıkların en kısa sürede, en az masrafla, en etkili ve tarafları tatmin eder bir biçimde sonuçlandırmak önem arz etmektedir. Bu nedenle de dünyada alternatif çözüm yöntemleri geliştirilmekte ve yaygınlaştırılmaktadır. Bu usuller ile amaçlanan, adalet sistemini zorlayan

iş yükünü hafifleterek bozulan kamu düzeninin tesis edilmesinin bir an önce sağlanmasıdır.

Ceza muhakemesi kuralları, işlendiği iddia edilen fiilin ortaya çıkarılması için uygulanacak yöntemleri belirler. Bu bağlamda basit yargılama usulünün, bir ceza muhakemesi kurumu olduğu açıktır. Bu nedenle kural olarak, ceza muhakemesi usulünde yapılan değişiklikler, lehe ya da aleyhe değerlendirilmesi yapılmaksızın derhal uygulanma ilkesine tabiidir.

İtiraz konusu kural belirli bir tarihten önce kovuşturma aşamasına geçilmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanamayacağını öngörmektedir. Kuralın iptali halinde söz konusu dosyalarda da daha önce hangi yargılama işlemlerinin yapıldığına bakılmaksızın basit yargılama usulü uygulanabilecektir.

Bu nedenle sayın çoğunluğun salt ceza indirimi nedeniyle kanunilik ilkesine aykırılık nedeniyle kuralın iptal edilmesi yönündeki kararı, tükenmiş usul işlemlerinin yeniden başlatılmasına, kişiler hakkında başlamış olan yargılamaya etkin katılım, duruşmada hazır bulunma hakkı, çelişmeli yargılama hakkı gibi hakların kullanılmaması sonucunu doğurabilecektir. Kaldı ki kuralın iptaliyle kanunda öngörülen salt ceza indiriminin kişiler hakkında doğurduğu sonuçlar üzerinden düşünülecek olursa, bu yönden de söz konusu usulün her durumda sanık lehine olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Zira davada tarafların usule itiraz edip etmeyecekleri, hâkimin davada bu usulü uygulayıp uygulamayacağı, istinaf ve ilk derece mahkemelerinde usul işlemlerinin başlatılması konusunda bir istikrar sağlanıp sağlanmayacağı önceden belirlenebilecek nitelikte değildir.

Bu bağlamda, kovuşturma aşamasına geçilmiş olması sayesinde duruşmada hazır bulunma hakkını elde etmiş olan sanıktan rızası dahi olmaksızın mahkeme huzurunda sözlü savunma hakkını, tanık dinletme ve tanığa soru sorulmasını isteme hakkını, duruşmada okunacak delillere karşı diyeceklerini sözlü olarak bildirme ve delil tartışmasını taraflarla birlikte mahkeme huzurunda yapabilme hakkının geri alınması sanığın aleyhine sonuçlara yol açabilecektir. Elbette basit yargılama usulünde de yazılı savunmanın ve delillerin sunulabildiği, böylelikle sanığın mağduriyetine yol açılmayacağı düşünülebilir. Ancak ceza yargılamalarında yüzyüzelik ilkesi ve duruşmaya katılma hakkının

önemi açıktır. Sanık mahkeme huzurunda, hâkimin sorgusu sırasında dava konusunu aydınlatıcı bilgiler verebileceği gibi, sözlü savunmanın avantajlarını kullanarak suç işlemediğine yönelik mahkemeyi daha kuvvetli bir araçlarla ikna etme imkânını haiz olabilecektir.

Bununla birlikte basit yargılama usulünü düzenleyen 5271 sayılı Kanun'un 251. maddesinin (3) numaralı fıkrasında mahkemenin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesini dikkate alarak suretiyle cezayı belirleyeceği öngörülmüştür. Anılan madde incelendiğinde hâkimin, suç konusunun önem ve değerini, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını ve failin güttüğü amaç ve saik gibi nedenleri gözönünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyeceği görülmektedir. Cezanın bireyselleştirmesinde sanık lehine dikkate alınacak hususlar, özellikle duruşmada sanığın ve tanıkların yüzyüze dinlenilmesi ve görülmesi sonrası edinilecek kanaatle oluşacaktır. Bu nedenle, anılan madde uyarınca cezanın belirlenmesinde, duruşmada bulunma hakkı sanık lehine önemli bir güvence oluşturmaktadır. Basit yargılama usulünde öngörülen usul nedeniyle bazı güvencelerin uygulanmamasının esasen sanık aleyhine bir sonuç doğurabildiği de ileri sürülebilir.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, sanık tarafından elde edilmiş olan duruşmada hazır bulunma hakkının, iptal kararında yer alan kanunilik ilkesi altında lehe kanun değerlendirmesi gerekçesine dayanarak, mahkemece resen ortadan kaldırılmasının her zaman sanık lehine bir sonuç doğurmayabileceğinin gözetilmesi gerekir.

Anayasa'da yer alan haklar ve ilkelerin yarıştığı ve kesiştiği yerlerde, pratik uyumlaştırma ilkesi gereği çatışan haklar, norm alanının belirlediği kendi nesnel sınırlarına göre yorumlanmalıdır.

Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralı Anayasa'ya aykırı görmediğimizden iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun iptal kararına katılmıyoruz.

Üye

Recai AKYEL

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2018/31
Karar Sayısı : 2020/38
Karar Tarihi : 16/7/2020
R.G. Tarih – Sayı : 11/11/2020 – 31301

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 127 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 113. maddesiyle 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 37. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın şekil ve esas bakımından Anayasa'nın 2., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 87. ve 88. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un iptali talep edilen 113. maddesiyle (2) numaralı fıkranın eklendiği 6755 sayılı Kanun'un 37. maddesi şöyledir:

“Sorumluluk

MADDE 37- (1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

(2) (Ek: 20/11/2017-KHK-696/121 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/113 md.) *Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.*

(3) (Ek:5/12/2019-7194/50 md.) *Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden, adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin bu karar ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz."*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 28/3/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

3. Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "...

olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri (KHK) Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı, anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK’larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

4. Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK’larının Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına konu edilen 7079 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 696 sayılı KHK’nın TBMM tarafından onaylanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kural diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte bu denetim yapılırken söz konusu kuralın olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

5. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre ancak dava konusu kuralla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması söz konusu olduğunda Anayasa’da öngörülen olağan dönem veya olağanüstü dönem rejimine ilişkin kuralların hangisinin uygulanacağı sorunu gündeme gelebilecektir. Aşağıda açıklandığı üzere kuralla temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olmadığından kural yönünden anılan sorun çerçevesinde bir araştırma ve inceleme yapılması gerekli değildir.

B. Kanun'un 113. Maddesiyle 6755 Sayılı Kanun'un 37. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

6. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın af niteliği taşıdığı, bu nedenle TBMM'de kabulü için Anayasa'nın 87. maddesi gereğince üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun aranması şartının gerektiği, kuralın kabulü sırasında bu çoğunluğun sağlanmadığı, anılan durumun kanun tasarısı ve tekliflerinin TBMM'de görüşülme usul ve esaslarının İçtüzük'le düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 88. maddesiyle de bağdaşmadığı, nitekim TBMM İçtüzüğü'nün 92. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da af ilanını içeren tasarısı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulünün TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla mümkün olduğu, bu itibarla dava konusu kuralın şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

7. Esas bakımından ise kuralın başta yaşam hakkı ve işkence yasağı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğü ölçüsüz biçimde sınırladığı, kuralda yer alan "...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler..." ibaresinin geleceğe dönük uygulamaya imkân tanıyan genel bir düzenleme olarak da anlaşılmaya müsait ve bu nedenle belirsiz olduğu, kuralın bu hâliyle her türlü muhalefeti şiddet yoluyla susturmanın bir aracı olarak kullanılmaya elverişli olduğu, suç işlenmesini teşvik eder bir niteliğinin bulunduğu, kuralın geçmişteki olaylara uygulanacak olmasının bile yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğüyle çeliştiği, kişilerin hukuk önünde hesap verme zorunluluğunu bertaraf ettiği, diğer yandan kuralın itibar hakkına, mülkiyet hakkına, özel hayata ve aile hayatına yönelik müdahalelere karşı anılan hakları korumayı imkânsız kıldığı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasının olağanüstü hâllerde dahi askıya alınamayacak veya ihlal edilemeyecek bir hak ve özgürlükler alanı yarattığı, kuralın bu alanda yer alan yaşam hakkını da ihlal ettiği, eylemlerin bastırılması kapsamında hareket edenlerin kalkışma ve terör eylemleri ile ilgisi bulunmayan üçüncü kişilerin hayatına, bedensel bütünlüğüne, manevi varlığına, itibarına veya mallarına zarar vermiş olmaları durumunda dahi kural uyarınca bu kişiler hakkında cezai, hukuki ve malî sorumluluk davası açılmayacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 15., 17., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Şekil Bakımından Anayasa'ya Aykırılık İddialarının İncelenmesi

8. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 96. maddesi yönünden incelenmiştir.

9. Kanunların esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunun maddi olarak (hukuk dünyasında yarattığı değişiklik itibarıyla) Anayasa'ya uygun olup olmadığını ifade etmektedir. Şekil bakımından uygunluk ise teklifin kanunlaşabilmesi için, diğer bir anlatımla kanun olarak varlık kazanabilmesi için Anayasa'da öngörülen usullere uyulup uyulmadığının denetimini ifade etmektedir.

10. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

11. Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de Genel Kurul tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve *“Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.”* denilmiştir.

12. Anayasa'nın *“Toplantı ve karar yeter sayısı”* başlıklı 96. maddesinde *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”* denilmektedir. Bu çerçevede TBMM'nin bütün işlerinde dava konusu kuralın kabul tarihi itibarıyla üye tamsayısının en az üçte biri olan 184 milletvekiliyle toplanması, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar vermesi ve karar yeter sayısının hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlası olan 139 milletvekilinden az olmaması gerekmektedir.

13. Af yetkisinin kullanılması, devletin cezalandırma yetkisinden geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001). Bu çerçevede af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, azaltan veya daha hafif bir ceza türü ile değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir kamu hukuku tasarrufu olarak oraya çıkmaktadır. Buna göre kesinleşmiş cezaları kaldıran, azaltan veya daha hafif bir ceza türü ile değiştiren düzenlemeler özel af niteliğindeyken bir fiil nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturmayı ve varsa mahkûmiyeti, hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldıran af genel af niteliği taşımaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

14. Dava konusu kural belirli bir kapsamda hareket eden kişilerin bu fiilleri nedeniyle hukuki, idari ve mali sorumluluklarının yanı sıra cezai sorumluluklarının da bulunmadığını düzenlemektedir. Bu bağlamda karar yeter sayısı bakımından kuralın yer aldığı Kanun hakkında Anayasa'nın hangi hükmünün uygulanacağını belirlenmesi için kuralın af niteliğine sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

15. Maddi ceza hukuku bakımından suç oluşturan fiilin icrası ile devlet ve fail arasında bir cezalandırma ilişkisi doğmaktadır. Af ise bu kapsamda devletin cezalandırma yetkisinden sarfınazar etmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle hem genel af hem de özel aftan söz edebilmek için öncelikli koşul bir suçun varlığıdır. Dava konusu kural ise aşağıda açıklandığı üzere herhangi bir suça ilişkin olmayıp 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin cezai sorumluluklarının bulunmadığını düzenlemektedir. Bu itibarla kural suç teşkil edip etmediği önem taşımaksızın her türlü fiilin değil sadece darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerin cezai sorumluluk oluşturmayacağını belirtmektedir. İşlenen fiilin kuralda bahsedilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı ise elbette yargı yerlerince belirlenecektir. Dolayısıyla suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu açıklamalar çerçevesinde af niteliğini haiz olmadığı anlaşılan kuralın yer aldığı Kanun'un kabulü için Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen nitelikli çoğunluk gerekli olmayıp toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Kanun, Anayasa'nın 96. maddesine tabidir.

16. Kanun'un görüşülmesine ilişkin TBMM Genel Kurul tutanaklarının incelenmesinden KHK'nın tümü üzerindeki oylamanın açık oylama yöntemiyle yapıldığı görülmektedir. Yapılan açık oylama sonucunda 200 kabul ve 24 ret oyunun kullanıldığı gözetildiğinde son oylamanın Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşılmaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle son oylamasının Anayasa'da öngörülen çoğunlukla yapıldığı açık olan Kanun, Anayasa'nın 96. maddesine aykırı değildir. Bu itibarla kuralın şekil bakımından iptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 87. ve 88. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. Esas Bakımından Anayasa'ya Aykırılık İddialarının İncelenmesi

18. Kural, resmî bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmî bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin bu fiilleri nedeniyle hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluklarının doğmayacağını öngörmektedir.

19. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

20. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir.

21. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır.

22. Bu bağlamda kuralda yer alan “...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ibaresinin kuralı belirsiz hâle getirdiği söylenemez. Zira kanun hükümlerinin belli bir düzeyde genel olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Anılan ibareye 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmaması nedeniyle yer verilmiş olduğu anlaşılmakta olup bu durum kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır.

23. Diğer yandan kuralda yer alan “...devamı...” ibaresinin kuralın ileriye dönük olarak belirsiz bir süre uygulanmasına imkân tanıdığı da söylenemez. Gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri anlık fiiller olmayıp belli bir zamana yayılmıştır. Bu nedenle kuralda yer alan ibarenin 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasındaki *sınırlı zamanda* meydana gelen fiilleri kapsadığı anlaşılmaktadır.

24. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır. Darbe teşebbüsünde bulunanlarca hazırlanan *sıkıyönetim direktifi* ile Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) tarafından devletin yönetimi maksadıyla *Yurtta Sulh Konseyi* teşkil edildiği, yönetime el konulduğu, tüm yurttaki sıkıyönetim ve sokağa çıkma yasağı ilan edildiği, kamu yetkisi ile yapılan tüm atama ve görevlendirmelerin teşkil edilen *Yurtta Sulh Konseyi* tarafından veya onun vereceği yetkiye istinaden yapılacağı, bunun haricinde yapılacak işlemlerin yok hükmünde olduğu, mevcut yürütme erkinin görevden el çektilendiği, TBMM’nin feshedildiği, tüm valilerin görevden alındığı, tüm vali, kaymakam ve belediye başkanlığı atamalarının *Yurtta Sulh Konseyi* tarafından yapılacağı, siyasi partilerin tüm faaliyetlerinin sonlandırıldığı, polis teşkilatının sıkıyönetim komutanları emrine alındığı belirtilmiştir. Anılan direktifin ve ekindeki sıkıyönetim komutanlıklarına ilişkin atama listesinin darbe teşebbüsünde bulunanlar tarafından ilgili askerî birimlere ve bakanlıklara gönderildiği anlaşılmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 13).

25. Darbe teşebbüsü sırasında TBMM, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Ankara Emniyet Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekât Daire Başkanlığı, Millî İstihbarat Teşkilâtı yerleşkelerinin de aralarında

bulunduğu birçok yere uçak ve helikopterlerin de kullanıldığı bombalı ve silahlı saldırılar yapılmıştır. Öte yandan Cumhurbaşkanının konakladığı otele silahlı baskın yapılmış, ancak Cumhurbaşkanı kısa süre önce otelden ayrıldığı için baskın amacına ulaşamamıştır. Ayrıca Başbakanın aracının bulunduğu konvoyla silahla ateş edilmiş, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının da aralarında bulunduğu birçok üst düzey askerî yetkili rehin alınmıştır. Yine Avrupa ve Asya'yı birbirine bağlayan Boğaz köprüleri ile İstanbul'da bulunan havalimanları tanklar ve zırhlı araçlarla ulaşıma kapatılmış, ülkenin birçok yerindeki çok sayıda kamu kurumu silah zoruyla işgal edilmiş veya buna teşebbüs edilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 15).

26. Genelkurmay Başkanlığı tarafından yapılan açıklamada; ilk belirlemelere göre anılan teşebbüse 8.000'in üzerinde askerî personelin karıştığı, teşebbüs sırasında savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74'ü tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000 kadar hafif silahın kullanıldığı bilgisine yer verilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 17).

27. Darbe teşebbüsü tüm anayasal organlar tarafından reddedilmiştir. Cumhurbaşkanının çağrısı üzerine halk sokağa çıkarak darbe teşebbüsüne tepki göstermiştir. Meşru devlet otoritelerinin emir ve talimatlarına göre hareket eden güvenlik güçleri tarafından darbe teşebbüsüne karşı konulmuştur. TBMM'de temsil edilen tüm siyasi partiler ile sivil toplum örgütleri darbe teşebbüsünü kabul etmediklerini açıklamışlardır. Basın yayın organlarının neredeyse tamamı darbe teşebbüsü aleyhine yayınlar yapmıştır. Yurt genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları darbe teşebbüsünde bulunanlar hakkında soruşturma başlatarak güvenlik güçlerine teşebbüse katılanların yakalanması emrini vermişlerdir. Nihayetinde darbe teşebbüsü buna karşı koyan güvenlik görevlileri ve sokaklara çıkan sivillerle birlikte kapsamlı ve güçlü bir dirençle engellenmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 18).

28. Darbe teşebbüsü, egemenliğin kaynağı olmayan ve milletin egemenliği kullanmak üzere yetkilendirdiği organlar arasında bulunmayan bir grubun zorla demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye kalkışmasıdır. Darbe teşebbüsü ve bununla bağlantılı terör eylemleriyle demokratik anayasal düzenin ve millet iradesinin üstünlüğünün ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Demokratik düzende millete -dolayısıyla onu oluşturan her bir bireye- ait olan egemenlik bir grup zorba tarafından ele geçirilmek istenmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 220). Dolayısıyla başta egemenliği

gasbedilmeye çalışılan millet olmak üzere millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olduğundan, bu olağan dışı ve istisnai şartlar altında söz konusu saldırıların bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemlerin hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.

29. Söz konusu darbe teşebbüsünde saldırının kapsamının büyüklüğü, yaygınlığı, saldırıyı gerçekleştiren kişilerin önemli bir kısmının kamu görevlisi olması, esas itibarıyla saldırının yöneldiği hedefin bireyler değil devlet ve hükümet güçleri olması, olağan şartlarda bu saldırının kamu görevlileri tarafından önlenmesinin beklenmesi ve bunun yeterli olması gibi uygulayıcılar için istisnai ve sıra dışı birçok faktör gündeme gelmiştir. Bu itibarla darbe teşebbüsünün anılan istisnai ve sıra dışı özellikleri nedeniyle uygulamada ortaya çıkabilecek birtakım tereddütlerin giderilmesi ve bu kapsamda kuralla egemenlik hakkına sahip çıkan vatandaşların herhangi bir zarara uğrama ihtimalinin baştan bertaraf edilmesi amacıyla anılan düzenlemeyi yapma ihtiyacının duyulduğu anlaşılmaktadır.

30. Bu çerçevede dava konusu kuralda darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerinden dolayı kişilerin hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluklarının doğmayacağı belirtilmiş olup kuralın bu kapsamda olmayan, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi hâlinde sorumsuzluk öngördüğü söylenemez. Zira kuralın lafzı ile yukarıda belirtilen getiriliş amacı dikkate alındığında kuraldan böyle bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.

31. Anayasa'ya uygunluk karinesi uyarınca bir hukuk devletinde Kanun'da belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceği açık olduğuna göre bu yönüyle de kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığının kabul edilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi benzer hükümlere ilişkin vermiş olduğu çeşitli kararlarında da aynı yönde değerlendirmelerde bulunmuştur (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 134; E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, §§ 179-181).

32. Diğer taraftan, dava konusu kuralın bir yargılama engeli getirmediğinin de vurgulanması gerekir. Bu kapsamda haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin

bastırılması kapsamında işlenip işlenmediğinin değerlendirileceği kuşkusuzdur. Yargı yerleri kuralda yer alan “*bastırılma*” kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumundadır. Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atf yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır. Bu değerlendirme sonucunda fiile ilişkin varılan sonucun anılan kapsamda olmadığına veya bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir.

33. Kuralın öngördüğü bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sistemiyle bütünüyle uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumlu tutulmamasının, başka bir ifade ile hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluk yüklenmemesinin hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

34. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 13., 15., 17., 20., 35. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

35. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 113. maddesiyle 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 37. maddesine eklenen (2) numaralı

fıkra'ya yönelik iptal talebi 16/7/2020 tarihli ve E.2018/31, K.2020/38 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra'ya ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 16/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 113. maddesiyle 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 37. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE 16/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2019/40
Karar Sayısı : 2020/40
Karar Tarihi : 17/7/2020
R.G.Tarih-Sayısı : 9/10/2020-31269

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi (E.2019/40)
2. Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi (E.2019/41)
3. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 26. Hukuk Dairesi (E.2019/60)
4. Çorum 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2020/38)

İTİRAZLARIN KONUSU: 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun;

A. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin;

1. Birinci cümlesinin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." bölümünün,

2. İkinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin,

B. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen (g), (h) ve (i) bentlerinin,

C. 17/10/1996 tarihli ve 4199 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değiştirilen 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,...*" ibaresinin,

Ç. 6704 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci cümlesinin,

D. 99. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri...” ibaresinin,

Anayasa’nın 2., 5., 7., 8., 9., 10., 13., 17., 19., 35., 36., 41., 48. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Zararın tazmini talebiyle zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafı olan sigorta şirketleri aleyhine açılan davalarda itiraz konusu kuralların Anayasa’ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun’un itiraz konusu kuralların da yer aldığı;

1. 90. maddesi şöyledir:

“Maddi ve manevi tazminat:

Madde 90- (Değişik:14/4/2016-6704/3 md.)

Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.”

2. 92. maddesi şöyledir:

“Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:

Madde 92- Aşağıdaki hususlar, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışındadırlar.

a) İşletenin; bu Kanun uyarınca eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere karşı yöneltebileceği talepler,

b) İşletenin; eşinin, usul ve furuunun, kendisine evlat edinme ilişkisi ile bağlı olanların ve birlikte yaşadığı kardeşlerinin mallarına gelen zararlar nedeniyle ileri sürebilecekleri talepler,

c) İşletenin; bu Kanun uyarınca sorumlu tutulmadığı şeye gelen zararlara ilişkin talepler,

d) Bu Kanunun 105 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre zorunlu mali sorumluluk sigortasının teminatı altında yapılacak motorlu araç yarışlarındaki veya yarış denemelerindeki kazalardan doğan talepler,

e) Motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlar,

f) Manevi tazminata ilişkin talepler.

g) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) **Hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat talepleri,**

h) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) **İlgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat talepleri,**

i) (Ek: 14/4/2016-6704/4 md.) **Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler."**

3. 93. maddesi şöyledir:

"En az sigorta tutarları:

Madde 93- (Değişik: 17/10/1996-4199/34 md.)

Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları, teminat tutarları ile tarife ve talimatları Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlıkça tespit edilir ve Resmi Gazetede yayımlanır.

Tarife ve talimatların tespitinde; araç türleri; coğrafi bölge; sigorta süresi içinde herhangi bir hasar ödemesine neden olmayan işletenlerin primlerinin indirilmesi yoluyla ödüllendirilmesi, hasar ödemesine neden olan işletenlerin primlerinin yükseltilmesi yoluyla cezalandırılması ve gerekli görülen diğer hususlar dikkate alınır."

4. 97. maddesi şöyledir:

"Doğrudan doğruya talep ve dava hakkı:

Madde 97- (Değişik: 14/4/2016-6704/5 md.)

Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya

verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

5. 99. maddesi şöyledir:

“Tazminat ve giderlerin ödenmesi:

Madde 99- Sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar.

Ödemeyi yapan sigortacı, ödenen miktarın sorumluluk oranlarında paylaşılmasını diğer sigortacılardan yazılı olarak talep eder. Diğer sigortacılar talep tarihinden itibaren sekiz iş günü içinde kendilerine düşen miktarı talepte bulunana öder.

(Değişik: 21/5/1997-4262/4 md.) Bu madde hükmüne uymayan sigortacılar, 108 000 000 lira hafif para cezası ile cezalandırılırlar.”

II. İLK İNCELEME

A. E.2019/40 ve E.2019/41 Sayılı Başvurular Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla 15/5/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işlerin esaslarının incelenmesine, yürürlüğü durdurma taleplerinin esas inceleme aşamalarında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2019/60 Sayılı Başvuru Yönünden

2. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla

30/5/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. E.2020/38 Sayılı Başvuru Yönünden

3. İhtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Serdar ÖZGÜLDÜR, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 6/5/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

A. E.2019/41 Sayılı Başvuru Yönünden

4. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun;

A. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin birinci cümlesinin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." bölümünün,

B. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen (h) ve (i) bentlerinin,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2019/41 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/40 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2019/40 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 15/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2019/60 Sayılı Başvuru Yönünden

5. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun;

A. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin;

1. Birinci cümlesinde yer alan “...bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen...” ibaresinin,

2. İkinci cümlesinde yer alan “...ve genel şartlarda...” ibaresinin,

B. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle eklenen (i) bendinin,

C. 17/10/1996 tarihli ve 4199 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değiştirilen 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,...” ibaresinin,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2019/60 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/40 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2019/40 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 30/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. E.2020/38 Sayılı Başvuru Yönünden

6. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun;

A. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin birinci cümlesinin “...bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir.” bölümünün,

B. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle eklenen (g), (h) ve (i) bentlerinin,

iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2020/38 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/40 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2019/40 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 6/5/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Hülya ÇOŞTAN ÇETİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

8. Mali sorumluluk sigortası, sigortanın konusunu oluşturan riskin gerçekleşmesi hâlinde sigortayı yaptıran kişinin hukuken sorumlu tutulabileceği zarar kalemleri sebebiyle ödemekle yükümlü olacağı tazminatın sigorta şirketi tarafından teminat miktarı ile sınırlı olarak ödenmesini güvence altına alan sigorta türüdür. Anılan sigorta, sigorta kapsamındaki riskin gerçekleşmesi ve zararın doğması hâlinde, zarar gören kişilerin tazminat alacaklarını teminat altına almanın yanında sigortayı yaptıran kişi bakımından da güvence sağlamaktadır. Söz konusu sigorta ihtiyarı ya da zorunlu nitelikte olabilmektedir.

9. 2918 sayılı Kanun'un karayolunda motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle meydana gelebilecek zarardan dolayı hukuki sorumluluğu düzenleyen 85. maddesiyle motorlu taşıt işleten ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle meydana gelen destekten yoksun kalma zararını, bedensel zararı ve eşya zararını tazmin ile yükümlü kılınmıştır. Karayolunda motorlu taşıt işletilmesinden doğan hukuki sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluk niteliğinde olup öğretide de kabul edildiği üzere kusursuz sorumluluk türü olan tehlike sorumluluğunun özel bir türü şeklinde düzenlenmiştir.

10. 20/4/1959 tarihinde üye ülkelerin imzasına açılan, ülkemiz tarafından 26/6/1974 tarihinde imzalanan ve 4/11/1999 tarihli ve 4477 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, 15/2/2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır. Anılan Sözleşme'nin 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, akit tarafların motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle zarar gören kişilerin tazminat taleplerinin kurulacak zorunlu sigorta sistemi vasıtasıyla teminat altına alınmasına ilişkin yükümlülükleri düzenlenmiştir. Sözleşmenin 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasında motorlu taşıtın sigorta ettirilmesinden sorumlu kişilerin tespit edilmesi gerektiği ve Sözleşme'ye Ek Hükümler'in 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da sigortanın, sigorta edilmiş taşıtın sahibinin, zilyedinin ve sürücüsünün malî sorumluluğunu teminat altına alması gerektiği kurala bağlanmıştır.

11. Motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle meydana gelen destekten yoksun kalma zararı, bedensel zarar ve eşya zararından dolayı işleten

sorumlu olup bu zararı tazmin etmekle yükümlü ise de bu zararların tazmin edilebilmesinin, işletenin ekonomik gücüne bağlı olduğu açıktır. Bu durumun hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceğini öngören kanun koyucu, Motorlu Taşıtlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin de gereği olarak, zorunlu malî sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğünü düzenlemiştir.

12. 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesinin birinci fıkrasında karayolunda motorlu taşıt işletenlerin, bu Kanun'un 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu kılınmış ve anılan maddenin son fıkrasında bu zorunluluğa uymamanın yaptırımı hükme bağlanmıştır.

13. Kanun'un 101. maddesinin birinci fıkrasında ise zorunlu mali sorumluluk sigortasının Türkiye'de kaza sigortası dalında çalışmaya yetkili olan sigorta şirketleri tarafından yapılacağı, bu sigorta şirketlerinin anılan sigortayı yapmakla yükümlü oldukları belirtilmiş ve maddenin son fıkrasında bu zorunluluğa uymamanın yaptırımı düzenlenmiştir.

14. Kanun koyucunun tehlikeli faaliyet olarak nitelendirdiği motorlu taşıt işletilmesi fiili, bir taraftan işletene menfaat sağlamakta diğer taraftan ise üçüncü kişileri, bu taşıtın işletilmesi sebebiyle zarara uğrama riskine maruz bırakmaktadır. Zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacı da işletenin motorlu taşıtın işletilmesindeki menfaati ile üçüncü kişilerin bu motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle uğrayabilecekleri olası zararlarının tazmin edilmesindeki menfaatleri arasında denge sağlamaktır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin tarafları işleten ile sigorta şirkettir.

15. Sigorta şirketlerinin faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigorta sözleşmelerini yapma zorunluluğu, 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1483. maddesinin yanı sıra 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Zorunlu sigortalar" başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde hükme bağlanmıştır.

16. Kanun koyucu sigorta şirketlerinin zorunlu sigortalar bakımından sözleşme yapmasını zorunlu kılan bu genel kurallar yanında sözleşmenin içeriğine yönelik düzenlemeler de öngörmüştür.

Bu kapsamda 5684 sayılı Kanun'un "Sigorta sözleşmeleri" başlıklı 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Müsteşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. Ancak, sigorta sözleşmelerinde işin özelliğine uygun olarak özel şartlar tesis edilebilir. Bu hususlar, sigorta sözleşmesi üzerinde ve özel şartlar başlığı altında herhangi bir yanılgıya neden olmayacak şekilde açık olarak belirtilir." denilmektedir. Kuralda yer alan "...Müsteşarlıkça..." ibaresi aynı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendine göre Hazine Müsteşarlığını ifade etmekte ise de anılan Müsteşarlık, 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Hazine ve Maliye Bakanlığı bünyesinde teşkilatlandırılmıştır. Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası, Hazine ve Maliye Bakanlığı (Bakanlık) tarafından onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenmelidir.

17. Sigorta sözleşmesinin ana muhtevasının Bakanlıkça onaylanan genel şartlara tabi kılınmasının amacı, 5684 sayılı Kanun'un 11. maddesinin gerekçesinde, sigorta mevzuatının teknik ve ayrıntılı bilgiler gerektirmesi nedeniyle sigortalı olmak isteyenlerin, sigortanın kapsamına ve ilgili diğer hükümlerine ilişkin doğru ve yeterli bilgiye sahip olarak sözleşme yapmasının sağlanması ve böylelikle sigortalının korunması olarak açıklanmıştır. Dolayısıyla sigorta şirketi ile sigorta yaptırmak isteyen kişi arasında yapılacak sigorta sözleşmelerinde sigorta şirketlerinin sözleşmenin güçlü tarafı olduğunu, bu sebeple de sigorta sözleşmesi yapmak isteyen kişilerin kendileri aleyhine buna karşılık sigorta şirketi lehine olan sözleşme koşullarını kabul etmek durumunda kalabileceklerini öngören kanun koyucunun, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevasının genel şartlar vasıtasıyla belirlenmesini öngörmek suretiyle sözleşmenin zayıf tarafının korunmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

18. 2918 sayılı Kanun'un 93. maddesinin birinci fıkrasında zorunlu mali sorumluluk sigortasına ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüş ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarının Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça tespit edileceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacağı kurala bağlanmıştır. Zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin ana muhtevası niteliğinde olan bu genel şartlar, idarenin düzenleyici işlemleri niteliğinde olup kanuna nazaran ikincil nitelik taşımaktadır.

19. 14/5/2015 tarihli ve 29355 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın (Genel Şartlar) A.1 maddesinde bu Genel Şartlar’ın amacının, 2918 sayılı Kanun uyarınca motorlu araç işletenlere yüklenen hukuki sorumluluk için yaptırılması gereken zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında ilgililerinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin usul ve esasların düzenlenmesi olduğu belirtilmiştir. Genel Şartlar’ın “SİGORTANIN KAPSAMI” başlıklı A.3 maddesinin birinci fıkrasında “*Sigortacı, poliçede tanımlanan motorlu aracın işletilmesi sırasında, üçüncü şahısların ölümüne veya yaralanmasına veya bir şeyin zarara uğramasına sebebiyet vermiş olmasından dolayı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre sigortalıya düşen hukuki sorumluluk çerçevesinde bu Genel Şartlarda içeriği belirlenmiş tazminatlara ilişkin talepleri, kaza tarihi itibarıyla geçerli zorunlu sigorta limitleri dahilinde karşılamakla yükümlüdür. Sigortanın kapsamı üçüncü şahısların, sigortalının Karayolları Trafik Kanunu çerçevesindeki sorumluluk riski kapsamında, sigortalıdan talep edebilecekleri tazminat talepleri ile sınırlıdır.*” denilerek sigorta şirketlerinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan hukuki sorumluluklarının kapsamı belirlenmiştir. Bu çerçevede Genel Şartlar’da sigorta şirketinin sorumlu olmayacağı durumlar ile tazminat sorumluluğunun hesaplanmasını düzenleyen kurallara da yer verilmiştir. Genel Şartlar’ın A.6 maddesinde teminat dışında kalan hâller belirtilmişken Ek (1)’de değer kaybının hesaplanmasına, Ek (2)’de destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ve Ek (3)’te sürekli sakatlık tazminatının hesaplanmasına ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

20. Motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilere verilen zarardan dolayı işletenin hukuki sorumluluğu, haksız fiilden doğan sorumluluk niteliği taşıdığı için tazminat borcunun kapsamı 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre belirlenmektedir. İşletenin söz konusu tazminat borcunun dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin tazminat alacaklarının teminat altına alınması amacıyla öngörülmüş olan zorunlu mali sorumluluk sigortası uyarınca sigorta şirketinin tazminat borcunun kapsamı ise Genel Şartlar’a göre belirlenmektedir. Bu durum işletenin 6098 sayılı Kanun’a göre hesaplanan tazminat borcunun kapsamı ile bu borcu teminat altına alması için kendisiyle sözleşme yapılmış olan sigorta şirketinin Genel Şartlar’a göre hesaplanan tazminat borcunun kapsamının farklılaşmasına yol açmaktadır. Bunun sebebi ise idarenin düzenleyici işlemi niteliğindeki Genel Şartlar’ın tazminatın

hesaplanmasını düzenleyen kurallarında, 6098 sayılı Kanun'un gerçek zararın tazminini öngören kurallarından ayrılan hükümlere yer verilmiş olmasıdır. Başka bir ifadeyle gerçek zararın tazmininin teminat altına alınması için öngörülmüş olan hukuki sorumluluğun kapsamının Genel Şartlar ile belirlenmesine ve değiştirilmesine imkân tanındığı görülmektedir.

B. Kanun'un 90. Maddesinin Birinci Cümlesinin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." Bölümünün, İkinci Cümlesinde Yer Alan "...ve genel şartlarda..." İbaresinin ve 92. Maddesinin (i) Bendinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

21. Kanun'un 90. maddesinin birinci cümlesinde zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatların bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabi olduğu belirtilmiştir. Anılan cümlelerin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." bölümü itiraz konusu kurallardan birini oluşturmaktadır.

22. Söz konusu maddenin ikinci cümlesinde ise zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar ile manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun'da ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 6098 sayılı Kanun'un haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Anılan cümlede yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresi itiraz konusu diğer kuralı oluşturmaktadır.

23. Kanun'un 90. maddesinin 6704 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki hâlinde ise "*Maddî tazminatın biçimi ve kapsamı ile manevî tazminat konularında Borçlar Kanununun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.*" denilmek suretiyle zorunlu mali sorumluluk kapsamında sigorta şirketi tarafından ödenecek tazminatların kapsamının 6098 sayılı Kanun'a göre belirleneceği hükme bağlanmıştı. Bu itibarla anılan madde metninin yürürlükte olduğu dönemde, motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle zarar meydana gelmesi hâlinde hem motorlu taşıtı işletenin hem de zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi gereğince bu zarardan dolayı sorumlu olan sigorta şirketinin tazminat borçlarının kapsamı 6098 sayılı Kanun'un haksız fiilden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümlerine göre belirlenmekteydi.

24. 2918 sayılı Kanun'un 92. maddesinin itiraz konusu (i) bendi ise bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan taleplerin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu itibarla kural, genel şartlar kapsamında yapılacak düzenlemelerle sigorta şirketine yöneltilebilecek tazminat taleplerinin kapsamının sınırlandırılabilmesine imkân tanımaktadır.

25. Anılan açıklamalar çerçevesinde itiraz konusu kuralların motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle meydana gelen zarardan dolayı işletenin tazminat borcunun kapsamı ile zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi sebebiyle bu zarardan dolayı sorumlu olan sigorta şirketinin tazminat borcunun kapsamının farklı esaslara göre hesaplanmasına imkân tanıdığı anlaşılmaktadır.

2. İtirazların Gerekçeleri

26. Başvuru kararlarında özetle; zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılmasının kanun ile zorunlu kılındığı, bu sözleşmenin yapılmasında kamu yararının bulunduğu, sigorta sözleşmesinin eki niteliğinde olan ve sözleşmenin taraflarını bağlayan hususlarda yürütmeye bırakılan düzenleme yapma yetkisinin asli nitelik taşıdığı, zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketi tarafından ödenecek tazminatların hesaplanmasında geçerli esasların genel şartlar ile belirlendiği, böylelikle sigorta şirketleri açısından farklı bir hesaplama yöntemi oluşturularak bu şirketlere imtiyaz tanındığı, genel şartları belirleme yetkisinin yürütme organına tanınmış olmasının yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, kişilerin ölüme, bedensel zarara veya eşya zararına dayanan tazminat alacaklarının hesaplanmasına ilişkin usulün kanunla belirlenmesi gerektiği, insan zararları konusunda uzman olmayan yürütmeye teminat dışı hâllerin belirlenmesi konusunda sınırsız ve keyfî bir yetkinin tanındığı, sigortalı kişilerin düzenleyici işlemlere karşı yargıya başvurma hakkının da bulunmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 9., 10., 13., 17., 19., 35., 36., 48. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kanun'un 90. Maddesinin Birinci Cümlesinin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." Bölümünde Yer Alan "...ve bu Kanun çerçevesinde

hazırlanan genel şartlarda...” İbaresini, İkinci Cümlesinde Yer Alan “... ve genel şartlarda...” İbaresini ve 92. Maddesinin (i) Bendi

27. Anayasa’nın 48. maddesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” denilerek sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü; devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Bu özgürlük, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içermektedir (AYM, E.2016/192, K.2017/160, 29/11/2017, § 13).

28. Özel hukukun temel ilkelerinden olan irade özgürlüğünün sözleşme hukuku alanındaki görünümü olan sözleşme özgürlüğüne, 6098 sayılı Kanun’un 26. maddesinde de yer verilmiştir. Anılan maddeye göre tarafların bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilmesi olarak tanımlanan sözleşme özgürlüğü kişinin sözleşme yapacağı kişiyi seçme özgürlüğü yanında sözleşme yapmama özgürlüğünü de kapsamaktadır.

29. Zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin konusu, karayolunda motorlu taşıt işletenin, motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğrayabileceği destekten yoksun kalma zararını, bedensel zararı ve/veya eşya zararını tazmin yükümlülüğünü teminat altına almaktır. Başka bir ifadeyle sigorta şirketinin bu sözleşme ile yüklendiği borç, işletenin motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilere zarar vermesi hâlinde doğacak tazminat borcunu sigorta teminat limiti dâhilinde ödeme borcudur.

30. İtiraz konusu kurallar sigorta şirketinin bu borcunun kapsamının ne şekilde belirleneceğini düzenlemektedir. Bu kurallara göre sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan borcunun kapsamı, 2918 sayılı Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlara göre belirlenecektir. Kurallar, sözleşmeden doğan borcun kapsamını belirlemek suretiyle Anayasa’nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır.

31. Anayasa’nın 13. maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere

bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Buna göre sözleşme özgürlüğüne sınırlama getiren düzenlemelerin öncelikle kanunla yapılması gerekir.

32. Anayasa’nın anılan maddesi kapsamında, sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

33. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa’nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

34. İtiraz konusu kurallarda sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğan sorumluluğunun kapsamı düzenlenmemiş olup bu kapsamın idarenin düzenleyici nitelikte işlemi olan genel şartlar ile belirlenmesi öngörülmüştür. Böylece sigorta şirketinin zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinden doğacak borcu, idare tarafından her zaman değiştirilebilir nitelikteki kurallar olan genel şartlara göre belirlenecektir. Borcun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelerin kanunda belirlenmediği, idareye geniş bir takdir yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla sözleşmenin içeriğine yönelik sınırlama öngören kurallar kanunilik ölçütü yönünden Anayasa’nın 13. ve 48. maddelerine aykırıdır.

35. Öte yandan Anayasa’nın 17. maddesinde *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”* hükmüne yer

verilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındanır.

36. Anayasa'nın 35. maddesinde ise *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasal anlamda mülkiyet hakkı ekonomik değer ifade eden ve değeri parayla ölçülebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.

37. Anayasa'nın 5. maddesi insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Anayasa'nın 17. maddesinde temel haklar olarak güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanında Anayasa'nın 35. maddesinde yine bir temel hak olarak ifadesini bulan mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin bu haklara müdahaleden kaçınmasına bağlı değildir. Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddeleri uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar da dâhil olmak üzere söz konusu temel hakların korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir (benzer yönde bkz. AYM, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 13).

38. Motorlu taşıt işletilmesine bağlı olarak üçüncü kişilerin uğrayabileceği destekten yoksun kalma zararı, bedensel zarar, eşya zararı ve manevi zarar Anayasa'nın 17. ve 35. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlali sonucunda ortaya çıkan zarar niteliğindedir. Dolayısıyla karayolunda motorlu taşıt işletilmesini düzenleyen kuralları, bu kuralların ihlali hâlinde uygulanacak idari ve cezai yaptırımları belirlemenin ve uygulamanın yanı sıra motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararın tazmin edilmesini güvence altına almak da devletin görevleri kapsamındadır.

39. Karayolunda motorlu taşıt işletilmesi, üçüncü kişilerin yaşam, maddi ve manevi varlıklarını koruma ile mülkiyet haklarının ihlali riskini içeren bir faaliyettir. Başka bir ifadeyle motorlu taşıt işletilmesi, kişilerin ölümüne, bedensel zarara ve eşya zararına uğramasına yol açma riskini içermektedir. Ölüm sebebiyle ölenin desteğinden yoksun

kalan kişilerin maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi ile bedensel zarara ve eşya zararına maruz kalan kişinin bu sebeplerle meydana gelen zararının tazmini esasen motorlu taşıt işletenin hukuki sorumluluğu kapsamındadır. Bununla birlikte zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketinin bu zararlardan dolayı tazminat ödemekle sorumlu tutulmuş olması, zarar gören kişinin Anayasa'nın 17. ve 35. maddelerinde düzenlenen haklarının Anayasa'nın 5. maddesiyle bağlantılı olarak korunmasının amaçlandığını göstermektedir.

40. Mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin içeriğine ilişkin düzenleme öngören itiraz konusu kuralların, sözleşmenin tarafları olarak motorlu taşıt işleten ile sigorta şirketinin yanında motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle zarara uğrama riskine maruz kalan üçüncü kişilerin menfaatleri arasındaki dengenin dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun öngördüğü düzenlemelerin menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan birisi aleyhine ölçüsüzlük teşkil edecek şekilde yürütmeye takdir yetkisi tanınması; üçüncü kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile mülkiyet hakkı yönünden olduğu kadar işletenin ve sigorta şirketinin mülkiyet hakkı yönünden de pozitif yükümlülüklerle bağdaşmayabilir. Bu bağlamda anılan konunun düzenlenmesi sırasında ilgili tarafların tümünün menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi gözetilmelidir.

41. Motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğraması hâlinde işletenin tazminat borcunun kapsamı 6098 sayılı Kanun'un gerçek zararın tazminini öngören kurallarına göre belirlenmektedir. Bu tazminat borcunun ödenmesini teminat altına almak amacıyla zorunlu kılınan mali sorumluluk sigortası uyarınca sigorta şirketinin borcunun kapsamı ise itiraz konusu kurallarda atıf yapılan genel şartlara göre belirlenmektedir. Bu da zarar gören üçüncü kişi ve işleten aleyhine buna karşılık sigorta şirketi lehine menfaat dengesinin bozulmasına yol açabileceği gibi aksi durum da söz konusu olabilecektir.

42. Bu çerçevede 6098 sayılı Kanun'a göre zarar olarak nitelendirilmeyen hususların genel şartlarda zarar olarak nitelendirilmesi hâlinde işletenin tazminat borcunun kapsamı ile sigorta şirketinin bu borcu teminat altına alması gereken tazminat sorumluluğunun kapsamı farklılaşacaktır. Bu itibarla sigorta şirketinin, işletenin sorumlu olduğu tazminatı aşan miktarda tazminat sorumluluğu dahi söz konusu

olabilecektir. Bu durum, sigorta şirketi bakımından fakirleşmeye, zarar gören üçüncü kişi bakımından ise sebepsiz zenginleşmeye yol

açabilecektir. 6098 sayılı Kanun'a göre zarar olarak nitelendirilen hususların genel şartlarda zarar olarak nitelendirilmemiş olması hâlinde de işletenin tazminat borcunun kapsamı ile sigorta şirketinin bu borcu teminat altına alması gereken tazminat sorumluluğunun kapsamı yine farklı olacaktır. Bu durumun ise gerçek zararın karşılanmamasına yol açacağı, dolayısıyla işleten ile zarar gören kişi aleyhine sonuç doğuracağı açıktır. İşleten sorumluluk sigortası yaptırmış olmasına rağmen sigorta şirketi tarafından ödenen tazminat ile gerçek zarara karşılık gelen tazminat arasındaki farktan zarar görene karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Zarar görenin sigorta şirketi tarafından tazmin edilmeyen zararı ise ancak işletenin ekonomik durumunun bu zararın karşılanması için yeterli olması hâlinde tazmin edilebilecektir.

43. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 5., 13., 17., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kurallar Anayasa'nın 5., 13., 17., 35. ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 7. 8., 9., 10., 19., 36. ve 138. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

b. Kanun'un 90. Maddesinin Birinci Cümlesinin "...bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir." Bölümünde Yer Alan "...bu Kanun..." ve "...öngörülen usul ve esaslara tabidir." İbareleri

44. Kanun'un 90. maddesinin birinci cümlesinin itiraz konusu bölümünde yer alan ve zorunlu mali sorumluluk kapsamındaki tazminatların bu Kanun'da öngörülen usul ve esaslara tabi olduğunu öngören kuralların kanunilik şartını karşıladığı anlaşılmaktadır. Nitekim

bu usul ve esaslar Kanun'un diğer hükümlerinde düzenlendiği gibi düzenlenmeyen hususlar hakkında 6098 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu nedenle itiraz konusu bölümde yer alan "...bu Kanun..." ve "...öngörülen usul ve esaslara tabidir." ibareleri bakımından bir belirsizlik söz konusu değildir. Kuralların Anayasa'nın 48. maddesi bakımından Anayasa'nın 13. maddesini ihlal eden bir yönü bulunmadığı gibi kurallar Anayasa'nın 5., 17. ve 35 maddeleri yönünden işleten, sigorta şirketi ve zarar gören arasındaki menfaat dengesine etki edecek herhangi bir hüküm de içermemektedir.

45. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 5., 13., 17., 35. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 7., 8., 9., 10., 19., 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 92. Maddesinin (g) Bendinin İncelenmesi

1. İtirazların Gerekçeleri

46. Başvuru kararlarında özetle; sigorta sözleşmesinin tarafı olan işletenin kendi sigortasından yararlanamamasının veya kazanın meydana gelişinde kusuru olan sürücünün kendi kusurundan dolayı bir talepte bulunamamasının temel bir ilke olduğu, bu sebeple de itiraz konusu kurala yer vermeye gerek olmadığı, işletenin veya sürücünün yakınlarıyla da bir ilgisinin bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 9., 10., 13., 19., 35., 36., 41. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

47. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesi yönünden de incelenmiştir.

48. 2918 sayılı Kanun'un "*Zorunlu mali sorumluluk sigortası dışında kalan hususlar:*" başlıklı 92. maddesinin itiraz konusu (g) bendinde hak

sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat taleplerinin zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamı dışında kaldığı belirtilmiştir. Bu itibarla zarar gören kişi, kendi kusurlu davranışı sebebiyle uğradığı zarar nedeniyle sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunamayacaktır.

49. Zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacı yukarıda da açıklandığı üzere motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğradıkları destekten yoksun kalma zararının, bedensel zararın ve eşya zararının tazmininin teminat altına alınmasıdır. Hak sahibinin kendi kusurlu davranışı sebebiyle uğradığı zarara kendisinin katlanması gerekeceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla kişinin kendi kusuru sebebiyle uğradığı zararın sigorta kapsamı dışında tutulmasının Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddelerini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

50. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 9., 10., 13., 19., 36., 41. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ç. Kanun'un 92. Maddesinin (h) Bendinin İncelenmesi

1. İtirazların Gerekçeleri

51. Başvuru kararlarında özetle; kuralın kapsamının belirsiz olduğu, kuralla Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun tek taraflı kazalarda destekten yoksun kalanların sigorta şirketinden tazminat talebinde bulunmasını mümkün kılan içtihadının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 9., 10., 13., 17., 19., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

52. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5. maddesi yönünden de incelenmiştir.

53. 2918 sayılı Kanun'un 92. maddesinin itiraz konusu (h) bendinde ilgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat taleplerinin zorunlu mali sorumluluk sigortasının kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

54. Kanun'da *ilgililerin* kimler olduğu belirtilmemiş ise de anılan ibareyle ifade edilenin kazaya uğrayan kişi dışında tazminat talep

edebilecek kişiler olduğu anlaşılmaktadır. Kuralda yer alan “...sigortalının sorumluluk riski...” ibaresinin anlamı da değerlendirilmelidir. Yukarıda da açıklandığı üzere zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacı işletenin Kanun’un 85. maddesinde düzenlenen hukuki sorumluluğunu güvence altına almaktır. Dolayısıyla bu hukuki sorumluluğunu sigorta ettirmekle yükümlü olan işletenin sigortalı konumunda olduğu, sigortalının sorumluluk riskinin ise Kanun’un 85. maddesinde düzenlenen hukuki sorumluluk kapsamında gerçekleşmesi olası risklerle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönleriyle kuralın belirsiz olduğu söylenemez.

55. Kural uyarınca sigortalının sorumluluk riski kapsamında değerlendirilemeyecek risklerden doğan tazminat taleplerinden dolayı zorunlu mali sorumluluk sigortasına dayanılarak sigorta şirketinden talepte bulunulamayacaktır. Mali sorumluluk sigortasının sigortalının kanundan doğan hukuki sorumluluğunu teminat altına almak amacıyla zorunlu kılındığı dikkate alındığında, sigortalının hukuki sorumluluğu kapsamında olmayan tazminat taleplerinden dolayı sigorta şirketinin de sorumlu tutulamamasının işin niteliği gereği olduğu anlaşılmaktadır.

56. Sigorta şirketinin sorumluluğunun zorunlu mali sorumluluk sigortası ile teminat altına aldığı riskler ile sınırlandırılması suretiyle ilgililerin, işletenin dahi sorumlu olmadığı tazminat taleplerini sigorta şirketine yöneltmelerinin önüne geçilmesinin ve sigorta şirketinin mülkiyet hakkının korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda esasen sigortalıdan talepte bulunması mümkün olmayan ilgililerin, sigorta şirketinden de talepte bulunamamasının Anayasa’nın 17. ve 35. maddelerinde düzenlenen haklarını ihlal ettiği söylenemez. Kuralın ilgililerin menfaatleri ile sigorta şirketinin menfaatleri arasında makul bir denge kurulmasını engelleyen bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

57. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 5., 17. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 5., 17. ve 35. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 9., 10., 13., 19, 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 93. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,...” İbaresinin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçeleri

58. Başvuru kararında özetle; Anayasa'da belirtilen ayrık durumlar dışında yürütmenin düzenleme yetkisinin asli değil ikincil nitelikte olduğu, bu nedenle yürütme tarafından yapılacak düzenlemelerin temel ilkelerinin ve çerçevesinin yasama tarafından belirlenmesi gerektiği, yürütmenin ancak kanunla çizilmiş bu sınırlar içinde düzenleme yapabileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7., 9., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

59. Kanun'un 93. maddesinin birinci fıkrasında; zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarının, teminat tutarlarının, tarife ve talimatların Bakanlıkça tespit edileceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacağı belirtilmiştir. Anılan fıkra da yer alan “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,...” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

60. Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” denilmektedir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmemen konularda da yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir (AYM, 19/2/2020, E.2018/91, K.2020/10, § 110).

61. Kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa'da kanunla

düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

62. Kanun'un 93. maddesinin birinci fıkrası, zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarının Bakanlıkça tespit edileceğini ve Resmî Gazete'de yayımlanacağını öngörmektedir. Bu itibarla kural ile yürütmeye düzenleyici nitelikte işlem yapma yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması mümkündür. Öte yandan Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleneceği öngörülen konularda da kanun koyucu temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. Yürütme organına böyle bir yetkinin tanınmış olmasının sebebinin ise zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin ana muhtevası niteliğindeki genel şartların Bakanlık tarafından belirlenmesini sağlamak suretiyle sözleşmenin güçlü tarafı olan sigorta şirketlerinin kendisi lehine olan sözleşme koşullarını dikte ettirmesinin önlenmesi olduğu görülmektedir. Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında ödenecek tazminatların hesaplanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesini yasal çerçeve belirlenmeden genel şartlara bırakan itiraz konusu kuralların iptallerine karar verilmiş olması da gözetilerek yürütmenin düzenleyici nitelikte işlemi olan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarını tespit etme yetkisinin Bakanlığa bırakılması Anayasa'ya aykırı değildir.

63. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 9., 10. ve 138. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

E. Kanun'un 97. Maddesinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İtirazların Gerekçeleri

64. Başvuru kararında özetle; kuralla zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine karşı açılacak davalar bakımından özel nitelikte dava şartının getirildiği, anılan davaların hâlihazırda arabulucuya başvurulması şeklinde düzenlenmiş olan genel nitelikte bir dava şartına tabi olduğu, bu iki dava şartının birlikte uygulanmasının mağdurun alacağına kavuşmasını geciktirebileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

65. İtiraz konusu kural zarar gören kişinin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerektiğini düzenlemektedir.

66. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir./ Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* denilmektedir.

67. Hak arama hürriyetinin temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

68. Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine karşı dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta şirketine başvuruda bulunulması koşulu, hak arama hürriyetine ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir. Bu bakımdan hak arama hürriyetini sınırlandıran kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırı bir sınırlama olup olmadığı incelenmelidir. Buna göre Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamaların

Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

69. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu düşünülemez. Öte yandan Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir. Bu nedenle kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

70. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 13. maddesine uygunluğu denetlenirken ilk olarak sınırlamayı haklı kılan sebebin bulunup bulunmadığının yukarıda açıklanan çerçevede ortaya konulması gerekmektedir.

71. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”* denilmek suretiyle davaların makul süre içinde bitirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin önlemler almalıdır.

72. Anayasa'nın 142. maddesinde *“Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre kanun koyucu Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla yargılama usulüne ilişkin kuralları belirleme ve bu konuda ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

73. Yukarıda yer verilen Anayasa kuralları birlikte değerlendirildiğinde kuralla zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunulması koşulunun öngörülmesiyle taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözülmesini sağlamak suretiyle hem talepte bulunanın tazminat alacağına bir an önce kavuşmasının hem de yargının iş yükünün azaltılmasının amaçlandığı

anlaşılmaktadır. Bu yönüyle sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amaca dayandığı görülmektedir.

74. Adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amaca yönelik olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, bir başka deyişle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Öngörülen tedbirin ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında kişiyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda sınırlamanın orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez.

75. Uyuşmazlıkların yargı yetkisi kullanan mahkemeler aracılığıyla çözülmesi esas olmakla birlikte her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesi mahkemelerin iş yükünün artmasına ve davaların makul sürelerde bitirilememesine yol açabildiği gibi bu durum tarafların menfaatlerine de aykırı olabilmektedir. Yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması da gözetilerek dava şartlarının öngörülmesi söz konusu olabilmektedir.

76. Davanın esası hakkında karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğu gerekli olan koşullar şeklinde tanımlanabilecek olan dava şartları, yargılama usulü kanunlarında genel nitelikte dava şartları şeklinde düzenlendiği gibi diğer kanunlarda özel nitelikte dava şartı şeklinde de düzenlenebilmektedir. İtiraz konusu kural uyarınca dava yoluna başvurulmadan önce ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunulmuş olması koşulu da özel nitelikte dava şartıdır. Dolayısıyla dava açılmadan önce yazılı başvuruda bulunulmuş olması, açılacak davada mahkemenin uyuşmazlığın esası hakkında inceleme yapabilmesi için zorunludur. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi hâlinde davanın dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddine karar verilecektir. Bu suretle dava açılmadan önce zarar görenin ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunmasının öngörülmesinin taraflar arasındaki uyuşmazlığın yargıya başvurulmadan çözümüne imkân tanınması ve böylece gerek zarar görenin tazminat alacağına kısa sürede kavuşmasına gerekse yargının

iş yükünün azalmasına hizmet edebileceği gözetildiğinde kuralın bu yönüyle kamu yararını sağlama amacına ulaşılması bakımından elverişli olduğu açıktır.

77. Hukuki uyuşmazlıkların yargıya başvurulmadan önce çözümüne imkân tanımak suretiyle hem uyuşmazlıkların kısa süre içinde giderilmesini hem de yargının iş yükünün azalmasını temin etmek biçimindeki amaçların dava açılmadan önce ilgili sigorta şirketine başvurulması zorunluluğundan daha hafif bir tedbirle gerçekleştirilebileceği, dolayısıyla sınırlamanın gerekli olmadığı da söylenemez.

78. Diğer yandan kural zarar görenin dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunmuş olması koşulunu öngörmekte ise de Kanun'un 97. maddesinin ikinci cümlesinde sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde zarar görenin dava açabileceği veya tahkime başvurabileceği açıkça düzenlenmiştir. Kaldı ki kural işletene karşı herhangi bir başvuru yapılmış olmasına veya dava açılmış olmasına dahi gerek olmaksızın doğrudan sigorta şirketine başvuru yapılmasına imkân tanımaktadır. Bu yönleriyle kuralın kişilere aşırı bir külfet yüklediğinden de söz edilemez.

79. Bu itibarla Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve amaç ile araç arasında makul bir dengenin gözetildiği anlaşıldığından kural mahkemeye erişim hakkına orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama da getirmemektedir.

80. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

F. Kanun'un 99. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri,..." İbaresinin İncelenmesi

1. İtirazların Gerekçeleri

81. Başvuru kararında özetle, kuralla tazminat talebinde bulunan kişi ile sigorta şirketinin ispat haklarının genel şartlarda belirlenen belgelerle

sınırlandırıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

82. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddeleri yönünden incelenmiştir.

83. 2918 sayılı Kanun'un 99. maddesinin birinci fıkrası, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde sigortacıların zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Anılan fıkra da yer alan *"...zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri,..."* ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

84. Söz konusu fıkra, tazminat talep etme hakkına sahip olan kişinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında belirlenen belgeler ile sigorta şirketine başvurması hâlinde sigorta şirketini sekiz iş günü içinde ödeme yapmakla yükümlü kılmak suretiyle hak sahibinin tazminat alacağına bir an önce kavuşmasını amaçlamaktadır.

85. Öte yandan motorlu taşıt işletilmesi sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini amacıyla ödenecek tazminatın belirlenebilmesi için öncelikle zararın belirlenmesi gerekmektedir. Motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle meydana gelen zarar, kişinin mal varlığında azalma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi kişinin mal varlığında artışın engellenmesi şeklinde de olabilmektedir. Örneğin bedensel zarara uğrayan kişiye ödenecek tazminatın hesaplanabilmesi öncelikle iş gücü kaybı ve tedavi gideri gibi zararların belirlenmesine bağlıdır. Bu belirlemenin hastane veya doktor tarafından düzenlenen raporlar, kesilen faturalar gibi belgelere dayandırılması gerekeceği açıktır. Aynı şekilde destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanabilmesi de ölenin sağladığı destek miktarı ve destek olmaya devam edeceği süre gibi hususların ortaya konulmasını gerekli kılmaktadır. Benzer şekilde eşya zararı sebebiyle ödenecek tazminatın hesaplanabilmesi de eşyanın uğradığı değer kaybının belirlenmesine bağlıdır. Gerek bedensel zararın ve destekten yoksun kalma zararının gerekse eşya zararının belirlenebilmesi dolayısıyla tazminatın hesaplanabilmesi tazminat talebinde bulunan kişi tarafından ileri sürülen iddia, olgu ve belgelerin değerlendirilmesine

bağlıdır. Sigorta şirketi tarafından yapılacak olan tazminat ödemesinin hak sahibi tarafından zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ile belirlenecek belgelerin sigorta şirketine iletilmesi koşuluna bağlanmış olmasının işin doğasının gereği olduğu anlaşılmaktadır.

86. Diğer yandan söz konusu belgelerin bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelere bağlı olarak değişebileceği açıktır. Gerek bedensel zararın gerekse mal varlığı zararının ispatı amacıyla düzenlenen belgeleri düzenlemeye yetkili kurumlar ya da düzenlenecek belgelerin niteliği zaman içinde değişebileceği gibi ispat için gereken belgelerin sayısı da değişebilecektir. Dolayısıyla bu belgelerin genel şartlar ile belirlenmesi, genel şartların öngörülme amacı kapsamında olduğu gibi genel şartların haiz olduğu ikincil mevzuat niteliğine de uygun düşmektedir.

87. Kanun'un 99. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı birinci fıkrası; zararın belirlenmesine, dolayısıyla tazminatın hesaplanmasına temel teşkil edecek belgelerin sunulması hâlinde sigorta şirketini sekiz iş günü içinde ödeme yapmakla yükümlü kılarak zarar görenin zararının tazminini öngören bir imkân sunmaktadır. Böylece motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle kişinin uğradığı zararın bir an önce tazmin edilmesi mümkün olmaktadır. Bu yönüyle kuralın Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddeleri gereği devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerle bağdaşmadığı söylenemez.

88. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 5., 17. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEPLERİ

89. Başvuru kararlarında özetle, itiraz konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun;

A. 1. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin;

a. Birinci cümlesinde yer alan “...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda...” ibaresine,

b. İkinci cümlesinde yer alan “...ve genel şartlarda...” ibaresine,

2. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle eklenen (i) bendine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 6704 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “...bu Kanun...” ve “...öngörülen usul ve esaslara tabidir.” ibarelerine,

2. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle eklenen (g) ve (h) bentlerine,

3. 17/10/1996 tarihli ve 4199 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değiştirilen 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları...” ibaresine,

4. 6704 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci cümlesine,

5. 99. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri...” ibaresine,

yönelik iptal talepleri 17/7/2020 tarihli ve E.2019/40, K.2020/40 sayılı kararla reddedildiğinden bu bentlere, cümleye ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

17/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun;

A. 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin;

1. Birinci cümlesinde yer alan;

a. “...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. “...bu Kanun...” ve “...öngörülen usul ve esaslara tabidir.” ibarelerinin Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. İkinci cümlesinde yer alan “...ve genel şartlarda...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 92. maddesine 6704 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle eklenen;

1. (g) ve (h) bentlerinin Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (i) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 17/10/1996 tarihli ve 4199 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle değiştirilen 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları,...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 6704 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 99. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri,...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

17/7/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun; 14/4/2016 tarihli ve 6704 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 90. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "...ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda..." ibaresi ile ikinci cümlesinde yer alan "...ve genel şartlarda..." ibaresinin ve 92. maddesine 6704 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

2. İptal kararının gerekçesinde; anılan kuralların, sözleşmeden doğan borcun kapsamını belirlemek suretiyle sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı (§ 30), borcun kapsamının tespiti hususunda temel çerçeve ve ilkelerin kanunla belirlenmemiş olması sebebiyle idareye geniş bir takdir yetkisi bırakılmasının kanunilik ölçütü yönünden Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu (§ 34), zorunlu mali

sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketinin tazminat ödemekle sorumlu tutulmuş olmasının zarar gören kişinin Anayasa'nın 17. ve 35. maddelerinde düzenlenen haklarının Anayasa'nın 5. maddesiyle bağlantılı olarak korunmasının amaçlandığını gösterdiği (§ 39) belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 5., 13., 17., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptalleri gerektiği sonucuna varılmıştır.

3. Anayasa'nın 7. maddesinde *“Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.”* denilmektedir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmemiş konularda da yasamanın asliliği ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri haricinde geçerli olan yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi gereken çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir (§ 60).

4. Kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (§ 61).

5. İptal edilen kurallar, 2918 sayılı Kanun uyarınca karayolları zorunlu trafik sigortası kapsamında ödenecek tazminatların hesaplanmasına ilişkin esasların ikincil mevzuat niteliğindeki idari düzenleme olan *“Genel Şartlar”* ile belirlenmesini öngörmektedir.

Böylelikle, kararda da belirtildiği üzere, sigorta şirketinin sorumlu tutulacağı tazminat miktarının hesaplanması, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun tazminatın hesaplanmasını düzenleyen 49 ilâ 56. maddelerinden farklı kurallara tabi kılınmıştır (§ 20).

6. Vurgulamak gerekir ki 6098 sayılı Kanun'un 49 ilâ 56. maddeleri, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başka bir kişiye zarar veren kişinin bu zararı giderme yükümünün kapsamını düzenlemektedir. Zarar veren kişinin, verdiği zarardan dolayı sorumlu olması ve gerçek zararı tazmin ile mükellef kılınması hukukun evrensel ilkelerindendir. Ancak iptal edilen kurallar, motorlu taşıt işleten kişinin verdiği zarardan dolayı sigorta şirketinin tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesine ilişkindir. Motorlu taşıt işletilmesi sebebiyle meydana gelen zararın tazmini hususunda, zarar veren işletenin sorumluluğu *haksız fiilden doğan sorumluluk* olup 6098 sayılı Kanun'un anılan hükümlerine tabidir. Buna karşılık aynı zarardan dolayı sigorta şirketinin tazminat sorumluluğu, *sözleşmeden doğan sorumluluktur*. Bu sebeple işletenin tazminat sorumluluğu ile sigorta şirketinin tazminat sorumluluğunun kapsamının farklı esaslara tabi kılınması, sorumluluklarının dayandıkları esasların farklı olması nedeniyle kaçınılmazdır.

7. Diğer taraftan mali sorumluluk sözleşmesinin yasa gereği zorunlu nitelikte olduğu da dikkate alınmalıdır. Kararda da belirtildiği üzere 2918 sayılı Kanun'un 91. maddesinin birinci fıkrasında karayolunda motorlu taşıt *işletenlerin*, bu Kanun'un 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere *mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu* kılınmıştır (§ 12). *Sigorta şirketlerinin mali sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu* ise Kanun'un 101. maddesinin birinci fıkrasında hükme bağlanmıştır (§ 13). Dolayısıyla zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılmasının sözleşmenin her iki tarafı için de yasadan kaynaklanan bir zorunluluk olduğu dikkate alındığında bu sözleşmenin içeriğine yönelik düzenleme getiren kanun hükümlerinin Anayasa'nın 48. maddesi çerçevesinde sözleşme özgürlüğünü sınırlandığından söz edilememelidir. Bu nedenle § 34 nolu paragrafta belirtilen çoğunluk görüşüne katılmak mümkün değildir.

8. Kararda zorunlu mali sorumluluk sigortasının amacının işletenin motorlu taşıtın işletilmesindeki menfaati ile üçüncü kişilerin bu motorlu taşıtın işletilmesi sebebiyle uğrayabilecekleri olası zararlarının tazmin edilmesindeki menfaatleri arasında denge sağlamak olduğu

ifade edilmiştir (§ 14). Bu dengenin sağlanmasında toplumun genel menfaatinin de dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur. Kanun gereği zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapmak zorunda olan sigorta şirketinin bu sözleşmeden dolayı işletenin tabi olduğu haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulmasının bu sözleşme sebebiyle doğacak prim borçlarının artması sonucunu beraberinde getireceği açıktır. Bunun ise işletenlerin yasaya aykırı olarak, zorunlu mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapmaktan kaçınmaları dolayısıyla zarar gören üçüncü kişilerin sigorta korumasından mahrum kalmalarına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Mali sorumluluk sigortası sözleşmesinin yasa ile zorunlu kılınmış olması karşısında bu sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi konusunda yasa ile yürütme organına bırakılan yetkinin Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan çoğunluğun iptal kararına katılmıyoruz.

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye

Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2020/44
Karar Sayısı : 2020/41
Karar Tarihi : 17/7/2020
R.G. Tarih – Sayı : 7/10/2020 - 31267

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 135 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Tümünün,

B. Tümünün iptaline karar verilmemesi hâlinde 52. maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin,

şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN

İptali talep edilen Kanun şöyledir:

“CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUN İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 7242 Kabul Tarihi: 14/4/2020

MADDE 1- 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Bu Kanun, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemlere veya bunlarla ilgili faaliyetlere ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulan infaz hâkimliklerine ilişkin hükümleri kapsar.”

MADDE 2- 4675 sayılı Kanunun 2 nci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İnfaz hâkimliklerinin kuruluşu ve yetkisi

MADDE 2- Bu Kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek amacıyla her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca infaz hâkimliği kurulur.

İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla infaz hâkimliği kurulabilir. Bu durumda infaz hâkimlikleri numaralandırılır. Müstakilen infaz hâkimliğine atanan hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

İnfaz hâkimliği bulunduğu il veya ilçenin adı ile anılır.

İnfaz hâkimliğinin yargı çevresi, kurulduğu il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan infaz hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir infaz hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulunca karar verilir.

İnfaz hâkimliğinin yetkisi, hükmün infazına ilişkin işlemin yapıldığı yere göre belirlenir.

Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında idarece yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere ilişkin yapılan şikâyetler bakımından işlemin yapıldığı veya faaliyetin gerçekleştiği ceza infaz kurumunun bulunduğu yer infaz hâkimliği yetkilidir.

İnfaz hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur."

MADDE 3- 4675 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan "Yüksek" ibareleri madde metninden çıkarılmıştır.

MADDE 4- 4675 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasına (4) numaralı bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bentler eklenmiş ve diğer bent numarası buna göre teselsül ettirilmiştir.

"5. Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan şikâyetleri incelemek.

6. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin mahsup, ceza zamanaşımı ve hükümlünün ölümü hâllerinde verilecek kararlar da dahil olmak üzere hâkim veya mahkeme tarafından verilmesi gerekli kararları almak ve işleri yapmak."

MADDE 5- 4675 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasına "ilgili faaliyetlerin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararların" ibaresi ile "gerekçesiyle bu" ibaresinden sonra gelmek üzere "karar," ibaresi, dördüncü fıkrasına "başvurulması," ibaresinden sonra gelmek üzere "verilen kararın,", "doğması ve" ibaresinden sonra gelmek üzere "karar," ve "gerçekleşmesi durumunda" ibaresinden sonra gelmek üzere "karar," ibaresi eklenmiştir.

MADDE 6- 4675 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasına "kalan bir" ibaresinden sonra gelmek üzere "karar," ibaresi ve üçüncü fıkrasına "yerinde görürse," ibaresinden sonra gelmek üzere "verilen kararın veya" ibaresi eklenmiş, dördüncü fıkrasında yer alan "4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" ibaresi "4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu" şeklinde,

beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde ve altıncı fıkrasında yer alan “kurulduğu yer” ibaresi “yargı çevresinde bulunduğu” şeklinde değiştirilmiştir.

“İnfaz hâkiminin kararlarına karşı şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren yedi gün içinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Kanunlarda infaz hâkiminin onayına tabi olduğu belirtilen hususlarda da bu hüküm uygulanır.”

MADDE 7- 4675 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 2- Bu Kanunun 6 ncı maddesinin beşinci fıkrası ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 14 üncü maddesinin beşinci fıkrası, 48 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendi, 105/A ve 110 uncu maddeleri hariç olmak üzere, bu maddeyi ihdas eden Kanunla, İnfaz Hâkimliği Kanunu ve Türk Ceza Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda infaz hâkimliğinin kuruluş, görev, yetki ve işleyişine ilişkin yapılan değişiklikler veya infaz hâkimliğine yeni görevler veren düzenlemeler, 1/9/2020 tarihinden itibaren uygulanır. Bu tarihe kadar; mevcut hükümlerin uygulanmasına devam olunur, infaz hâkimliklerine bu maddeyi ihdas eden Kanunla değişiklik yapmak suretiyle verilen görevler bakımından mahkemelerin mevcut görev ve yetkileri devam eder, belirtilen işler bu mahkemelerce sonuçlandırılır ve bu tarihe kadar yapılan şikâyet, başvuru ve talepler bakımından infaz hâkimliğinin görevine girdiğinden dolayı yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez.

Bu maddeyi ihdas eden Kanunla infaz hâkimliğinin kuruluş, görev, yetki ve işleyişine ilişkin yapılan değişiklikler nedeniyle olağan veya olağanüstü kanun yolu incelemesinde bozma kararı verilemez.

Bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan değişikliklerin uygulanacağı tarihe kadar, iş ve kadro durumu dikkate alınarak, 2 nci maddenin değiştirilen hükümlerine göre infaz hâkimlikleri kurulur ve faaliyete geçirilir.”

MADDE 8- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “hükmü veren mahkeme” ibaresi “infaz hâkimliği” ve yedinci fıkrasında yer alan “hükmü veren mahkemece” ibaresi “infaz hâkimliğince” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 9- 5237 sayılı Kanunun 51 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “hakim” ibaresi “infaz hâkimi”, beşinci fıkrasında yer alan “hakime” ibaresi “infaz hâkimine” ve yedinci fıkrasında yer alan “hakimin” ibaresi “infaz hâkiminin” şeklinde değiştirilmiş ve yedinci fıkrasına “çektirilmesine” ibaresinden sonra gelmek üzere “infaz hâkimliğince” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 10- 5237 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesine “ertelenen veya” ibaresinden sonra gelmek üzere “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da” ibaresi ve ikinci cümlesine “cezası ertelenen” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezası infaz edilen ya da koşullu salıverilen” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 11- 5237 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki bent ve “oranında” ibaresinden sonra gelmek üzere “, (f) bendi bakımından ise bir kat” ibaresi eklenmiştir.

“f) Canavarca hisle,”

MADDE 12- 5237 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “onaltı” ibaresi “onsekiz” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 13- 5237 sayılı Kanunun 220 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “iki yıldan altı yıla” ibaresi “dört yıldan sekiz yıla” ve ikinci fıkrasında yer alan “bir yıldan üç yıla” ibaresi “iki yıldan dört yıla” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 14- 5237 sayılı Kanunun 241 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “beş yıla kadar hapis ve” ibaresi “altı yıla kadar hapis ve beşyüz günden” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır.”

MADDE 15- 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinin mülga dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

“(4) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13/12/2004

tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adlî kontrol kararı verebilir."

MADDE 16- 5271 sayılı Kanunun 112 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de tutuklama kararı verebilir."

MADDE 17- 5271 sayılı Kanunun 272 nci maddesinin üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz."

MADDE 18- 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 14 üncü maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"(2) Aşağıdaki hâllerde hükümlüler hakkında verilen cezalar doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilir:

a) Terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar ile ikinci defa mükerrir olanlar ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hariç olmak üzere, kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanlar.

b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanlar.

c) Adlî para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler.

d) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanlar.

(3) Hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına 89 uncu madde uyarınca yapılan değerlendirme sonucunda karar verilir.

(4) Toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanların kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına ilişkin idare ve gözlem kurulu kararları, infaz hâkiminin onayından sonra uygulanır.”

“(5) Doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanlar dahil olmak üzere bu kurumlarda bulunan hükümlülerden;

a) Firar edenler veya başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı verilenler idare ve gözlem kurulu kararıyla,

b) Kınamadan başka bir disiplin cezası alıp, bu cezası kesinleşmiş olanlar veya asayiş ve düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası kesinleşmemiş olsa bile eylemi kurum düzeni ya da kişi güvenliği bakımından tehlike oluşturanlar idare ve gözlem kurulu kararıyla,

c) Açık ceza infaz kurumu şartlarına veya çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar idare ve gözlem kurulunun kararı ve infaz hâkiminin onayıyla,

kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilirler.

(6) Hükümlülerin, suç ve ceza türlerine göre, açık ceza infaz kurumlarına ayrılıp ayrılmamalarına, açık ceza infaz kurumlarında geçirecekleri sürelerle, kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınmalarına, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınanların kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir.”

MADDE 19- 5275 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesine “itibaren” ibaresinden sonra gelmek üzere “bir yıl” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 20- 5275 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasına “gelmesi veya” ibaresinden sonra gelmek üzere “hükümlünün eş veya çocuklarının sürekli hastalık veya malullükleri nedeniyle bakıma muhtaç olmaları ya da” ibaresi eklenmiş ve fıkroda yer alan “altı ayı” ibaresi “bir yılı” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 21- 5275 sayılı Kanunun 19 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(4) Hakkında yakalama emri çıkarılan hükümlünün yakalanabilmesi amacıyla gerektiğinde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama yapılabilmesi bakımından Ceza Muhakemesi Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanır. Hâkim tarafından verilecek arama kararları sulh ceza hâkimi tarafından verilir.”

MADDE 22- 5275 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiş, maddenin mevcut beşinci fıkrasına “esasları” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile beşinci fıkra kapsamında çalıştırılacak hükümlülere uygulanmayacak kısıtlayıcı hükümler” ibaresi eklenmiştir.

“(5) Açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler, ceza infaz kurumu görevlilerinin denetiminde, kamu kurum ve kuruluşlarının iş alanlarında, geceleyin bu kurum ve kuruluşlar tarafından barındırılmak suretiyle çalıştırılabilirler. Bu şekilde çalıştırılan süre, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilecek süreye ilave edilir.”

MADDE 23- 5275 sayılı Kanunun 37 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Hükümlünün duruşma, sağlık, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerler de bu fıkranın uygulanması bakımından kurum olarak kabul edilir.”

MADDE 24- 5275 sayılı Kanunun 42 nci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“f) Kurum idaresine bildirilen telefon numarası aracılığıyla ya da teknik müdahale ile başka bir hatta yönlendirme yapmak suretiyle görüşme hakkı olmayan kişilerle görüşmek.”

MADDE 25- 5275 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“n) Kuruma alkol sokmak, kurumda alkol bulundurmak veya kullanmak.”

MADDE 26- 5275 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendine “temizliğini” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya kendi yaşam alanının temizliğini” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkranın (ı) bendinde yer alan “Kurum” ibaresi “Resmî kurumlardan, kurum” şeklinde değiştirilmiş, beşinci fıkrasının (g) bendine “teşhir etmek” ibaresinden sonra gelmek üzere “ya da bulundurmak” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki (j) bendi eklenmiş, yedinci fıkrasında yer alan “İznin ertelenmesi” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya ziyaretlerin kapalı şekilde yaptırılması” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkroda yer alan “kadar ertelenmesidir.” ibaresi “kadar ertelenmesi veya kapalı ceza infaz kurumlarında açık ziyaretlerin altmış güne kadar kapalı şekilde yaptırılmasıdır.” şeklinde ve aynı fıkranın (e) bendinde yer alan “ve yeni gelenlere satmak.” ibaresi “veya satmak ya da maddi menfaat karşılığı diğer çocuklara kullandırmak.” şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki (r) bendi eklenmiş, sekizinci fıkrasının birinci cümlesine “altı ay” ibaresinden sonra gelmek üzere “, bu fıkroda sayılan disiplin eylemlerinin ikinci veya daha fazla tekrarı hâlinde ise bir yıl” ibaresi ve aynı fıkranın (a) bendine “dışında” ibaresinden sonra gelmek üzere “başkasını neticesi sebebiyle ağırlanmış şekilde yaralamak ya da” ibaresi eklenmiştir.

“j) Başkasına ait eşyaya kasten zarar vermek.”

“r) Kurumda güvenlik amacıyla oluşturulan teknik, mekanik veya elektronik cihaz ya da sistemleri kasten etkisiz veya çalışamaz hâle getirmek yahut amacı dışında kullanmak.”

MADDE 27- 5275 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “iki gün” ibaresi “beş gün” şeklinde ve üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Soruşturma en geç onbeş gün içinde tamamlanır. Firar hâlinde bu süre hükümlünün yakalandığının öğrenildiği tarihte başlar. Düzenlenen rapor ve ekleri disiplin kuruluna sunulur. Soruşturma süresi eylemin ve soruşturmanın niteliğine göre infaz hâkiminin yazılı onayı ile yedi güne kadar uzatılabilir.”

“(8) Disiplin soruşturması hükümlünün barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulu tarafından yapılır. Hükümlünün ceza infaz kurumu dışındaki eylemleri nedeniyle yapılacak disiplin soruşturması, hükümlünün eylem öncesi en son barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulu tarafından yapılır.”

MADDE 28- 5275 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kaldırılması için gerekli süre içinde” ibaresi “infazı tamamlanıp kaldırılması için dördüncü fıkra da belirtilen süreler geçinceye kadar” şeklinde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasının (a) bendine “Hücreye koyma” ibarelerinden sonra gelmek üzere “ve odaya kapatma” ibaresi eklenmiş ve fıkranın (c) bendinde yer alan “yerine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası iki katı süreyle uygulanır.” ibaresi “yerine 44 üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulandığı hâllerde iki ay, üçüncü fıkrasının uygulandığı hâllerde dört ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanır.” şeklinde ve altıncı fıkrasında yer alan “Disiplin kurulu,” ibaresi “Çocuğun bulunduğu kurumun disiplin kurulu,” ve “vermiş olduğu cezayı” ibaresi “verilen disiplin cezasını” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 29- 5275 sayılı Kanunun 51 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan “iki” ibaresi madde metninden çıkarılmış, bende “vasisiyle” ibaresinden sonra gelmek üzere “ya da ana veya babasıyla birlikte kardeşiyle” ibaresi ve fıkra ya aşağıdaki bentler eklenmiştir.

“l) Çocuk hükümlüler için kurum bünyesinde gerçekleştirilen tören veya anma günü ya da doğum günlerinde çocukların ailelerinin de etkinliklere katılması sağlanabilir.

m) Çocuk hükümlünün yanında kalacağı bir yakınının olmaması nedeniyle kullanamadığı özel izinler yerine kurum idaresinin uygun gördüğü gün kadar eğitimevinin bulunduğu il sınırları içinde gündüzleri iznini geçirmesi ve gece eğitimevinde kalması imkânı verilebilir.

n) Çocuk eğitimevinde kalan hükümlünün hafta sonunda bir gün, kurum idaresinin uygun gördüğü süre kadar, kurum dışına çıkmasına izin verilebilir.

o) Çocuk eğitimevinde kalan hükümlü, kamu kurum ve kuruluşlarının gençlik kampı veya gençlik merkezi gibi imkânlarından yararlandırılabilir.”

MADDE 30- 5275 sayılı Kanunun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“c) Ceza infaz kurumlarında bulunulması gereken sürenin üç aydan fazla olması,”

MADDE 31- 5275 sayılı Kanunun 61 inci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Ayrıca, hükümlüler kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı kütüphanelerde bulunan ve 62 nci maddedeki şartları taşıyan yayınlardan yararlandırılabilir.”

MADDE 32- 5275 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez.”

“(4) Basın İlân Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazeteler, ceza infaz kurumuna kabul edilmez. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hâli, bu hükmün dışındadır. Yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı yetkilidir.”

MADDE 33- 5275 sayılı Kanunun 66 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına “ağır hastalık” ibaresinden sonra gelmek üzere “, salgın hastalık” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 34- 5275 sayılı Kanunun 69 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 69- (1) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlü, iki ayda bir kez, ayrıca dinî bayram, yılbaşı veya kendi doğum günlerinde dışarıdan gönderilen ve kurum güvenliği için tehlikeli olmayan bir hediyeyi kabul etme hakkına sahiptir. Çocuk ve altmış beş yaşını tamamlamış hükümlüler ile beraberinde çocuğu bulunan kadın hükümlüler, idare ve gözlem kurulu tarafından alınacak karar doğrultusunda belirtilen zaman dilimi dışında da hediye kabul edebilir. Bunun esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 35- 5275 sayılı Kanunun 76 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Bu maddenin uygulanmasına ve sınavlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

MADDE 36- 5275 sayılı Kanunun 89 uncu maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi hâlin belirlenmesi

MADDE 89- (1) Hükümlüler, ceza infaz kurumlarında bulundukları tüm aşamalarda, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususlarında idare ve gözlem kurulu tarafından iyi hâlin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulur.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılacak değerlendirmede, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınır.

(3) Toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanlar hakkında yapılacak açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır.

(4) İdare ve gözlem kuruluna Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı ile izleme kurulundan katılan üyelere katıldıkları her bir toplantı günü için memur maaş katsayısının (500) rakamı ile çarpılması sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir.

(5) Kanunlarda iyi hâlliliğin arandığı durumlarda, hükümlülerin tutum ve davranışlarının değerlendirilmesi bakımından bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin olarak tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri bir yılı geçemez.

(7) İdare ve gözlem kurulu tarafından yapılacak değerlendirmelere esas olacak ilkeler ve kurulun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları ile tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri yönetmelikle düzenlenir."

MADDE 37- 5275 sayılı Kanunun 92 nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan" ibaresi "Terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen" ve "hâkim" ibaresi "sulh ceza hâkimi" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 38- 5275 sayılı Kanunun 94 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "beşte birini" ibaresi "onda birini" ve ikinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "bir defaya" ibaresi "asgari bir ay arayla toplam iki defaya" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 39- 5275 sayılı Kanunun 95 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "üç güne" ibaresi "yedi güne" şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Hastalık veya doğal afet gibi zorunlu hâllerde bu izinler birleştirilerek kullanılabilir."

MADDE 40- 5275 sayılı Kanunun 97 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiş, ikinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönmeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmez.”

“(3) İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler ile firar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmez.”

MADDE 41- 5275 sayılı Kanunun 98 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 98- (1) a) Mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden,

b) Çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülürse, infaz hâkimliğinden,

duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemez. Ancak, mahkeme veya infaz hâkimliği olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.”

MADDE 42- 5275 sayılı Kanunun 99 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “mahkemeden” ibaresi “infaz hâkimliğinden” şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Adli para cezasından çevrilen ve ceza infaz kurumunda infaz edilme aşamasına gelen hapis cezaları da toplama kararına dahil edilir.”

MADDE 43- 5275 sayılı Kanunun 100 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “mahkemeden” ibaresi “infaz hâkimliğinden” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 44- 5275 sayılı Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasına “mahkemeden” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya infaz hâkimliğinden” ibaresi eklenmiş ve maddenin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) 99 uncu madde gereğince cezaların toplanması gerektiğinde bu hususta hüküm verme yetkisi, en fazla cezaya hükmetmiş bulunan mahkemenin bulunduğu yer infaz hâkimliğine, bu durumda birden çok infaz hâkimliği yetkili ise son hükmü vermiş olan mahkemenin bulunduğu yer infaz hâkimliğine aittir. En fazla cezanın;

a) Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi hâlinde Ankara infaz hâkimliğince,

b) Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi hâlinde bölge adliye mahkemesinin bulunduğu il infaz hâkimliğince,

c) Bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açmak suretiyle verilmesi hâlinde ise hükmü kaldırılan ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliğince,

bu hususta karar verilir.”

MADDE 45- 5275 sayılı Kanunun 105 inci maddesinin birinci fıkrasına “ücretsiz olarak” ibaresinden sonra gelmek üzere “iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere” ibaresi ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

“Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir.”

“(2) Denetimli serbestlik müdürlükleri, bölgelerinde bulunan bu tür kurumlardan hükümlülere ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar.”

MADDE 46- 5275 sayılı Kanunun 105/A maddesinin birinci ve ikinci fıkraları aşağıdaki şekilde, altıncı fıkrasında yer alan “üç” ibaresi “beş” ve “kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine,” ibaresi “açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer” şeklinde değiştirilmiş, yedinci fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş ve sekizinci fıkrasında yer alan “kapalı” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

“(1) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla,

açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

(2) Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayırlamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlüler, diğer şartları da taşımaları hâlinde, birinci fıkrada düzenlenen infaz usulünden yararlanabilirler."

"(7) Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir. Kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir."

MADDE 47- 5275 sayılı Kanunun 106 ncı maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "Adli" ibaresi "16 ncı madde hükümleri saklı kalmak üzere, adli" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 48- 5275 sayılı Kanunun 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "üçte ikisini" ibaresi "yarısını" şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş; dördüncü fıkrasında yer alan "dörtte üçünü" ibaresi "üçte ikisini" şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiş; altıncı fıkrasında yer alan "sürenin yarısı" ibaresi "süre" şeklinde değiştirilmiş; dokuzuncu fıkrasında yer alan "Hâkim," ibaresi "İnfaz hâkimi," ve "hâkime" ibaresi "infaz hâkimine" şeklinde değiştirilmiş ve fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş; onuncu fıkrasında yer alan "Hâkim," ibaresi "İnfaz hâkimi," şeklinde değiştirilmiş; onbirinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; onikinci fıkrasında yer alan "hâkimin" ibaresi "infaz hâkiminin" şeklinde değiştirilmiş; onüçüncü fıkrasının

(a) bendinde yer alan “kalan cezasının aynen,” ibaresi “başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin,” şeklinde değiştirilmiş ve fıkranın (b) bendine “koşuluyla” ibaresinden sonra gelmek üzere “ihlalin niteliğine göre” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkraya “Ceza infaz kurumunda” ibaresinden sonra gelmek üzere “aynen” ibaresi eklenmiş; onbeşinci fıkrasında yer alan “mahkemesi,” ibaresi “mahkemesinin bulunduğu yer infaz hâkimliği,” ve “belirlenen ilk derece mahkemesi” ibaresi “belirlenen infaz hâkimliği” şeklinde değiştirilmiştir.

“Ancak, Türk Ceza Kanununun;

a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

b) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,

f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,

h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri

ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır."

"Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır."

"İnfaz hâkimi ayrıca, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenecek yükümlülüklerle tabi tutulmasına karar verebilir. Bu karar gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü, risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak hükümlüyü;

- a) Belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma,*
- b) Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme,*
- c) Belirlenen programlara katılma,*

yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutar. Denetimli serbestlik müdürlüğü hükümlünün risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak yükümlülükleri değiştirebilir."

"(11) Hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliğine verilir. İnfaz hâkimi, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir; raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir."

MADDE 49- 5275 sayılı Kanunun 108 inci maddesinin birinci fıkrasına (b) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki bent eklenmiş ve diğer bent buna göre teselsül ettirilmiş, teselsül ettirilen (d) bendinde yer alan "dörtte üçünün," ibaresi "üçte ikisinin," şeklinde değiştirilmiş, aynı fıkraya ve üçüncü fıkrasına aşağıdaki cümleler sırasıyla eklenmiş, dördüncü ve altıncı fıkralarında yer alan "Hâkim," ibareleri "İnfaz hâkimi," şeklinde değiştirilmiş ve dokuzuncu fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"c) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yılının,"

"Ancak, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır."

“Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağı hükümde belirtilir.”

“Ancak, süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır.”

MADDE 50- 5275 sayılı Kanunun 110 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 110- (1) İnfaz hâkimi, hükümlünün talebi üzerine kasten işlenen suçlarda toplam bir yıl altı ay, taksirle öldürme suçu hariç olmak üzere taksirle işlenen suçlarda ise toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasının;

a) Her hafta cuma günleri saat 19.00’da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b) Hafta sonları hariç, her gün saat 19.00’da girmek ve ertesi gün saat 07.00’de çıkmak suretiyle geceleri,

Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

(2) Mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere;

a) Kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam bir yıl,

b) Yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl,

c) Yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yıl,

veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

(3) Toplam beş yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan veya adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlülerden 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirlenen usule göre maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyeceği tespit edilenlerin cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

(4) Doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçen ve toplam üç yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olan ya da adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilen hükümlü kadınların cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilir. Bu fıkra uyarınca talepte bulunulabilmesi için kadının doğurduğu tarihten itibaren bir yıl altı ay geçmemiş olması gerekir. Konutta infaza karar verdikten sonra çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa infa hâkimi konutta infaz uygulamasına ilişkin kararını kaldırır.

(5) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında tabi oldukları infaz rejimine göre koşullu salıverilme hükümleri uygulanır. Ancak, 105/A maddesi hükümleri uygulanmaz.

(6) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir.

(7) İnfaz hâkimi talep üzerine, cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi sırasında bu usulün uygulanmasına son verebilir. Özel infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde ise bu usulün uygulanmasına son verilir ve bu hâlde infaza açık ceza infaz kurumunda devam edilir. Özel infaz usulüne göre geçirilen süre, infaz aşamasında mahsup edilir. Bu fıkranın uygulandığı hâllerde 105/A maddesi hükümleri uygulanmaz.

(8) Bu madde hükümlerine göre verilen kararlara itiraz yolu açıktır.

(9) Üçüncü ve dördüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri;

a) Terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar,

b) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar,

c) Adli para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler,

d) Koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler,

hakkında uygulanmaz.

(10) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

MADDE 51- 5275 sayılı Kanunun 116 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “66” ibaresi “65” ve üçüncü fıkrasında yer alan “bir defaya” ibaresi “asgari bir ay arayla toplam iki defaya” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 52- 5275 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6- (1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süre, “üç yıl” olarak uygulanır.

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “iki yıl”lık süre, “dört yıl” olarak uygulanır.

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen

denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) *Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.*

(4) *30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.”*

MADDE 53- 5275 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 9- (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlardan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 30/3/2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanunun 39 ilâ 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır. 55 inci madde hükümleri saklıdır.

(2) *Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 89 uncu maddede yapılan değişiklikler, 1/1/2021 tarihinden itibaren uygulanır.*

(3) *105/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “beş gün”lük süre, 1/1/2021 tarihine kadar “yirmibeş gün” olarak uygulanır.*

(4) *5237 sayılı Kanunun 102, 103, 104, 105 ve 188 inci maddelerinde düzenlenen suçlardan 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 28/6/2014 tarihinden önce işlenmiş olanlar için verilen süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.*

(5) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır.

(6) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalara bir yıl veya daha az süre kalanlar, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. Bu hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarında barındırılır. İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkra da belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkra da belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin hakkından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü 31/12/2020 tarihine kadar uygulanır."

MADDE 54- 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 20 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(3) Denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından takip edilen çocuk için adli kontrol süresince rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir ve çocuk hakkında yapılacak ihtiyaç değerlendirmesine göre iyileştirme çalışmaları yürütülür."

MADDE 55- 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "maddesine" ibaresi "maddesinin üçüncü fıkrasının (b), (c), (e),

(j), (k) ve (l) bentleri ile 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 56- 5402 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "maddesine" ibaresi "maddesinin üçüncü fıkrasının (b), (c), (e), (j), (k) ve (l) bentleri ile Çocuk Koruma Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 57- 5402 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının; (a) bendinin (3) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış, (c) bendinde yer alan "ve altıncı fıkrası gereğince meslek veya sanatın icrasının yasaklanması ya da sürücü belgesinin geri alınması" ibaresi madde metninden çıkarılmış, (e) bendine "mahkeme," ibaresinden sonra gelmek üzere "infaz hâkimi," ibaresi eklenmiş ve (h) bendinde yer alan "ikinci ve üçüncü" ibaresi "ikinci, üçüncü ve dördüncü" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 58- 5402 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan "hâkime" ibaresi "infaz hâkimine" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 59- 5402 sayılı Kanunun 15/A maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Bu izleme, rızası alınmak koşuluyla şüpheli, sanık ve hükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir."

MADDE 60- 5402 sayılı Kanunun 26 ncı maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(4) Denetimli serbestlik tedbiri altında bulunan ve denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından muhtaç durumda olduğu tespit edilen yükümlülerin, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılma yükümlülüğünü yerine getirirken mutat vasıta ile yaptıkları yol giderleri müdürlük bütçesinden, iâşe giderleri ise çalıştırıldıkları kurum bütçesinden karşılanabilir."

MADDE 61- 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinin yirmiikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Eşyanın değerinin hafif olması hâlinde verilecek cezalar yarısına kadar, pek hafif olması hâlinde ise üçte birine kadar indirilir.”

MADDE 62- 5607 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Yedinci fıkrası hariç, 3 üncü maddede tanımlanan suçlardan birini işlemiş olan kişi, etkin pişmanlık göstererek suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine;

a) Soruşturma evresi sona erinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza yarı oranında,

b) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, hakkında bu Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından dolayı verilecek ceza üçte bir oranında,

indirilir. Bu husus, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheliye ihtar edilir. Soruşturma evresinde ihtar yapılmaması hâlinde kovuşturma evresinde hâkim tarafından sanığa ihtar yapılır.”

“(3) İkinci fıkra hükmü, mükerrirler hakkında veya suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde uygulanmaz.”

MADDE 63- 5607 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 12- (1) Haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doksan gün içinde suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödedikleri takdirde Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeden faydalanabilir.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte bu Kanunun kapsamına giren suçlardan dolayı kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 3 üncü ve 5 inci maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verilir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığında bulunan dosyalar ise gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir.”

MADDE 64- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 114 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde yer alan “hukuk fakültesi ve adalet meslek yüksek okulu” ibaresi “hukuk fakültesi, adalet meslek yüksek okulu veya meslek yüksekokullarının adalet veya ceza infaz ve güvenlik hizmetleri programı, lise veya meslek liselerinin adalet alanı ve ilgili mevzuat uyarınca bunlara denkliği kabul edilen program veya alan” şeklinde değiştirilmiş, maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve maddenin mevcut ikinci fıkrasına “esaslar” ibaresinden sonra gelmek üzere “ile sınav kurullarının oluşumu” ibaresi eklenmiştir.

“Bakanlıkça, birinci fıkranın (a) bendinin (1) numaralı alt bendindeki görevlerin bir kısmı veya tamamının Bakanlık bünyesinde oluşturulacak sınav kurullarınca yerine getirilmesine de karar verilebilir.”

MADDE 65- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 17 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Ancak, süreli hapis cezaları bakımından düzenlenen koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır.”

MADDE 66- 6/8/1997 tarihli ve 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri İşyurtları Kurumuna İlişkin Bazı Mali Hükümlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “hükümlülere” ibaresi “hükümlü ve tutuklulara” şeklinde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasına “çalışma yapan” ibaresinden sonra gelmek üzere “hükümlü, tutuklu,” ibaresi eklenmiş, dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

“İşyurtlarının yıllık bilançolarında tahakkuk edecek her türlü faaliyet dışı gelirleri ve faizler hariç olmak üzere kârlarının %30'unu aşmamak üzere;

a) İşyurtlarında görevli personel, işçi ve hükümlüler ile tutuklulara, yıllık net ücretinin %50'sini geçmemek üzere memur maaş katsayısının (10.000) gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktara kadar ve çalıştıkları süre ile yaptıkları işin özellik ve güçlüğüne göre,

b) Yukarıda belirtilen bent uyarınca dağıtılan kâr payından kalan miktar işyurtları kurumunda toplanarak, bu miktardan işyurdu faaliyetlerinde çalışmayıp sözleşmeli olarak çalışanlar da dahil olmak üzere fiilen ceza infaz kurumlarında çalışan personele, yıllık net ücretinin %10'unu geçmemek üzere memur maaş katsayısının, (4.000) gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktara kadar ve çalıştıkları süreye göre,

İşyurtları Yüksek Kurulu kararı ile kâr payı ödenebilir. Bu fıkranın (a) bendi kapsamında yapılan kâr payı ödemesi (b) bendine göre yapılacak kâr payı ödemesinden az olamaz. Ödemeler, çalışmayı takip eden bütçe yılında ve bir defada yapılır."

"Dördüncü fıkra da ödenebileceği belirtilen kâr payından kalan miktar içinden ayrıca üstün gayret ve başarı gösteren işyurdu çalışanları ile tutuklu ve hükümlülere, sözleşmeli olarak çalışanlar da dahil olmak üzere ceza infaz kurumunda çalışan personele İşyurtları Yüksek Kurulu kararı ile kâr payı ödeme tavanının %30'una kadar teşvik ödemesi yapılabilir."

MADDE 67- 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanunun geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 68- Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 69- Bu Kanun hükümlerini Cumhurbaşkanı yürütür."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Serdar ÖZGÜLDÜR, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 6/5/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Af Kurumunun Anayasal Çerçevesi

3. Anayasa'nın 87. maddesinde "...Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek...", Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Madde metninde ve gerekçesinde af kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair bir hususa ise yer verilmemiştir.

4. Bununla birlikte anılan madde gözetildiğinde anayasa koyucunun af kurumunun genel af ve özel af olmak üzere iki farklı türünün bulunduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.

1. Özel Af

5. Anayasa koyucu af yetkisini sadece TBMM'ye değil belli sınırlar dahilinde Cumhurbaşkanı'na da tanımıştır. Bu kapsamda Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkilerini düzenlediği 104. maddesinin on altıncı fıkrasında "*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.*" hükmüne yer verilmiştir. Anılan düzenlemede "...af..." ibaresine açıkça yer verilmemiş olsa da burada Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkinin af yetkisi olduğunda, hususi olarak da özel af yetkisi olduğunda tereddüt bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

6. Anayasa'nın anılan hükmünden hareketle özel af kurumunun birtakım özelliklerinin ortaya konulması mümkündür. Söz konusu Anayasa kuralında Cumhurbaşkanı'na tanınan özel af yetkisi, bazı niteliklere sahip kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak olarak belirtilmiştir. Buna göre özel af kurumunun cezayı hafifletme veya kaldırma sonucunu doğurduğu söylenebilir. Anılan hususun özel affın bir sonucu olması karşısında gerek Cumhurbaşkanı gerekse TBMM tarafından özel affa karar verilmiş olsun, karar veren makamdan bağımsız olarak özel af cezayı hafifletme ya da kaldırma niteliğine sahiptir.

7. Özel af kurumunun cezayı hafifletme veya kaldırma anlamına geldiği tespit edildiğine göre bundan hareketle özel affın neyi ifade ettiğine ilişkin daha ayrıntılı belirlemelerin yapılması mümkündür.

8. Özel af, öncelikle cezayı konu almaktadır. Bu itibarla özel affın varlığından bahsedilebilmesi için soruşturma ve kovuşturma aşamaları tamamlanarak verilmiş, kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının varlığı gerekir. Zira Anayasa'nın 38. maddesinin masumiyet karinesini düzenleyen dördüncü fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" denilmiştir. Anılan hüküm uyarınca suçluluğun hükmen sabit olması, diğer bir ifadeyle mahkûmiyet, kesin veya kesinleşmiş bir kararın varlığıyla mümkün olur. Dolayısıyla bu af türü konu aldığı cezayı gerektiren suç ve bu suç nedeniyle yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturmayı ortadan kaldırmamakta, söz konusu suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma açılmasına engel olmamaktadır.

9. Özel affın olası sonuçlarından biri olan cezanın hafifletilmesi cezanın miktarında azaltma ya da cezanın türünün daha hafif bir ceza ile değiştirilmesi (örneğin hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına dönüştürülmesi) şeklinde olabilir. Zira her iki hâlde de verilmiş olan cezanın af öncesi durumda infaz edilmesiyle kişi üzerinde doğuracağı etki, özel af sonrası yukarıda belirtilen çerçevede cezada yapılacak değişikliğe kıyasla daha ağırdır. Buna göre cezanın hafifletilmesinin cezanın miktarını azaltmayı ve daha hafif bir ceza türüne dönüştürmeyi kapsadığı sonucuna varmak gerekir.

10. Özel affın olası diğer sonucu olan cezanın kaldırılmasının ise affa konu edilen cezanın hiç infaz edilmeyecek şekilde tamamen ortadan kaldırılması olduğu anlaşılmaktadır.

11. Buna göre özel affın, kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezayı, miktarını azaltmak veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek suretiyle hafifleten ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldıran bir yasama veya yürütme işlemi olduğu söylenebilir.

2. Genel Af

12. Özel aftan farklı olarak genel af konusunda Anayasa'da anılan kurumun neyi ifade ettiğini doğrudan tespit etmeye yarayacak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de mevcut Anayasa

hükümlerinden hareketle bu kurumun hukuki niteliğini tespit etmek mümkündür.

13. Öncelikle Anayasa'nın 87. maddesinde "...*genel ve özel af...*" ibarelerine yer verildiği gözetildiğinde genel affın, özel aftan farklı bir kurum olduğu anlaşılmaktadır.

14. Öte yandan *genel* sıfatının *özel* sıfatına kıyasla, nitelendirdiği ismin daha geniş kapsama sahip olduğuna işaret ettiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre Anayasa koyucunun genel af ibaresinden murat ettiği kapsamın, özel affa kıyasla daha geniş olduğunun tespitinin yapılması mümkündür.

15. Af yetkisinin kullanılması, netice itibarıyla devletin cezalandırma yetkisinden geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001). Bu çerçevede af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, azaltan veya daha hafif bir ceza türü ile değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir kamu hukuku tasarrufu olarak oraya çıkmaktadır. Buna göre kesinleşmiş cezaları kaldıran, azaltan veya daha hafif bir ceza türü ile değiştiren düzenlemeler özel af niteliğindeyken bir fiil nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturmayı ve varsa mahkûmiyeti, hükmedilmiş ise cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldıran affın genel af niteliğini taşıdığını söylemek mümkündür (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

16. Genel af, henüz kesin mahkûmiyetle sonuçlanmayan suçları kapsamına almışsa kamu davasını, kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan suçları kapsamına almışsa hükmedilen cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırır (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

17. Bu çerçevede özel af sadece cezaya yönelik iken genel affı, suçu konu alan, suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyen, başlanmışsa soruşturma ve kovuşturmayı, hükmedilmişse mahkûmiyeti, verilmişse cezayı tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir hukuki tasarruf olarak nitelendirmek mümkündür.

3. Genel ve Özel Affa İlişkin Ortak Nitelikler

a. Sadece Geçmişe Etkili Olma

18. Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği bir fiilin suç olarak kabul edilmesi ve suç kabul edildiğinde bunun için verilecek cezanın ne olacağının belirlenmesi kanunla olur. Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere *"Hukuk devletinde suç ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile ülkenin sosyal ve kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, ... konusunda takdir yetkisine ... sahiptir."* (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 104). Kanun koyucu suç ve ceza siyasetini belirleme konusundaki bu genel yetkisi kapsamında suç olan bir fiilin suç olmamasına ya da suç olarak devam etse bile cezasının daha hafif olmasına karar verebilir. TBMM, bunu nitelikli karar nisabı gerektirmeyen Anayasa'nın 87. maddesindeki *kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak* şeklindeki genel yetkisini kullanarak yapar. Bu şekilde yapılacak lehe bir düzenleme, sadece kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki olaylara uygulanmayacak, Anayasa'nın 38. maddesi gereği geçmişe de yürüyecek, geçmişte işlenmiş olan suçlar, bu suçlar nedeniyle yapılan soruşturma ve kovuşturmalar, hükmedilmişse mahkûmiyetler ve verilmişse cezaları da etkileyecektir (AYM, E.2019/9, K. 2019/27, 11/4/2019, § 18).

19. Öte yandan anayasa koyucu Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ye genel anlamda kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkisi dışında ve bu yetkiden farklı olarak *genel ve özel af ilânına karar vermek* yetkisi de tanımıştır. Bu yetkinin kullanılması da yukarıda açıklandığı üzere suç nedeniyle yapılan soruşturmaları ve kovuşturmaları, hükmedilmiş mahkûmiyetleri ve verilmiş olan cezaları etkilemektedir. Ayrıca bu yetkinin kullanılması anayasa koyucu tarafından nitelikli karar nisabına bağlanmıştır. Buna göre anayasa koyucunun genel olarak suç ve ceza siyasetini belirleme kapsamında kanunla bir fiilin suç olmaktan çıkarılması ya da cezasının hafifletilmesi yetkisi ile af yetkisini birbirinden ayrı gördüğü anlaşılmaktadır. Bu farkın ne olduğunun ortaya konulması af kurumunun varlığının tespiti bakımından kritik öneme sahiptir.

20. Genel suç ve ceza siyasetini belirleme kapsamında kanunla bir fiilin suç olmaktan çıkarılması ya da cezasının hafifletilmesi yetkisinden farklı olarak af yetkisini kullanan yasama organı, genel olarak bir fiili suç olmaktan çıkarmamakta ya da cezasında bir değişiklik yapmamakta, suç ve ceza aynı kalmakla birlikte sadece geçmişe yönelik olarak belli bir dönemde işlenmiş olan o fiilden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasını, mahkûmiyet kararı ve ceza verilmesini ya da verilen cezanın infaz edilmesini engellemektedir. Kısacası genel suç ve ceza siyasetini belirleme kapsamında suç ve cezayla ilgili yapılan lehe kanunlar geleceğe ve geçmişe, af ise sadece geçmişte belli bir döneme ilişkin etki doğurmaktadır (benzer yönde bkz. AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008).

b. Koşula Bağlanabilme

21. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'nin genel ve özel af ilânına karar verme yetkisini bu af türlerinin koşullu veya koşulsuz olması yönünden sınırlandırmamıştır. Bu itibarla TBMM'nin aftan yararlanmayı koşula bağlamasının önünde anayasal bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 18/7/2001 tarihli ve E.2001/4, K.2001/332 sayılı kararında da şu ifadelerle yer verilmiştir:

“Genel affın şarta bağlı olarak düzenlenmesi mümkündür. Şahsi hakların tazmin edilmesi veya belirli bir süre içerisinde başvurulması şeklinde bir mükellefiyeti yerine getirmeye mecbur tutularak taliki şartlar sözkonusu olabileceği gibi, sanık veya hükümlünün aftan yararlandıktan sonra belli bir süre ile suç işlememesi şeklinde infisahi şartlar da genel af tasarruflarında yer alabilir. (...)

Genel afta olduğu gibi özel af tasarruflarında da geciktirici (taliki) veya bozucu (infisahi) şartlara yer verilebilir.”

4. Cezaların İnfazına İlişkin Düzenlemelerin Af Yönünden Değerlendirilmesi

22. Kanun koyucunun bir düzenlemeyi cezaların infazı kapsamında ele alması, afla ilgili anayasal denetim bakımından bir önem taşımamaktadır. Önemli olan husus düzenlemenin anayasal özerk yorum çerçevesinde belirlenen af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığıdır (benzer yöndeki yaklaşım için bkz. AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966). Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere

bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir (AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002).

23. Bu kapsamda bir düzenlemenin öngördüğü kurumun niteliği belirlenirken ilk olarak af ile cezaların infazına ilişkin müesseselerin suça etki, suçun soruşturulması ve kovuşturulması, mahkûmiyetten ziyade kesin veya kesinleşmiş cezalara etki yönünden değerlendirilmesi gerekir. Zira cezaların infazına ilişkin düzenlemeler kural olarak kesin veya kesinleşmiş cezalar yönünden yapılmaktadır.

24. Bu bağlamda genel af cezanın tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasını, özel af ise cezanın kaldırılması veya hafifletilmesini konu alır. Ceza ile bağlantılı durumlarda özel af *cezaı* konu alır, yoksa cezanın *ne şekilde infaz edileceği* ile ilgili değildir. Dolayısıyla her ne şekilde adlandırılmış olursa olsun cezanın infazıyla bağlantılı bir düzenlemenin özel af niteliğinde olup olmadığı konusunda tespit edilmesi gereken temel husus düzenlemenin gerçekte *cezanın kendisini mi etkilediği* yoksa *cezanın infaz şeklini mi belirlediği*dir. Buna göre eğer düzenleme suç ve cezanın kapsamına ilişkin olarak cezanın ortadan kaldırılmasını, azaltılmasını veya türünü değiştirmek suretiyle hafifletilmesini öngörüyorsa bunun bir özel af düzenlemesi, suç ve cezanın kapsamına yönelik olmayıp sadece cezanın infaz şeklini düzenlemeye yönelik ise bunun bir infaz düzenlemesi olduğu söylenebilir.

B. Anlam ve Kapsam

25. Koşullu salıverilme, mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezadan kanunun gösterdiği bir kısmını iyi hâlle ve kurallara uyarak geçirmiş bulunan hükümlünün konulmuş olan şartlara riayet etmediği takdirde geri alınması koşuluyla ceza infaz kurumunda geçireceği süreyi tamamıyla bitirmeden, infaz hâkimince alınacak bir kararla salıverilmesini ve böylece serbest hayata dönmesini ya da bu hayata geçişin kolaylaştırılmasını sağlayan bir hukuki kurumdur (benzer yönde bkz. AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

26. Koşullu salıverilmenin en önemli öğeleri, cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması, hükümlünün bu

süre içinde iyi hâl göstermesi, koşullu salıverildikten sonra denetim süresine tabi tutulması ve koşullu salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesidir (benzer yönde bkz. AYM, E.1991/15, K.1991/22, 19/7/199; E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

27. Denetimli serbestlik de belirli şartları taşıyan hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek ve bu suretle yeniden suç işleme olasılığını azaltmak amacıyla koşullu salıverilme tarihinden belirli bir süre önce ceza infaz kurumundan salıverilmelerini ve koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlülere, kişiye göre belirlenmiş denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını öngören bir hukuki kurumdur (benzer yönde bkz. AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013; E.2014/14, K.2014/77, 9/4/2014; E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018, § 13).

28. 7242 sayılı Kanun'un dava konusu 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesi değiştirilmiştir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrası 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve söz konusu fıkra uyarınca istisna tutulmayan suçlar bakımından 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *bir yıllık* sürenin *üç yıl* olarak uygulanmasını öngörmektedir. Bu itibarla 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmesi için koşullu salıverilmesine en az bir yıl kalmış olması gerekmekte iken 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna tutulmayan suçlar bakımından geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası, koşullu salıverilmeye en az üç yıl kalınmış olması durumunda da denetimli serbestlik tedbirinden yararlanılmasını mümkün kılmıştır. Böylece kural, hükümlünün ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken süreyi iki yıl kısaltmıştır.

29. Geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde ise 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve söz konusu fıkra uyarınca istisna tutulmayan suçlar bakımından sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında Kanun'un 105/A maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *iki yıllık* sürenin *dört yıl* olarak uygulanması hükme bağlanmaktadır. Bu itibarla 105/A maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendine göre sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmesi için koşullu salıverilmesine en az iki yıl kalmış olması

gerekmekte iken 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna tutulmayan suçlar bakımından geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendi, koşullu salıverilmeye en az dört yıl kalınmış olması durumunda da denetimli serbestlikten yararlanılmasını mümkün kılmıştır. Böylece kural, sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken süreyi iki yıl kısaltmıştır.

30. Anılan bent, Kanun'un 105/A maddesinden farklı olarak yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler bakımından da ilk kez özel bir süre belirlemiş ve söz konusu hükümlülerin de koşullu salıverilmelerine en az dört yıl kalmış olmaları durumunda denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarını mümkün kılmıştır. Yetmiş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmelerine 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan genel süre uyarınca en az bir yıl kalınmış olması durumunda denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecekleri gözetildiğinde anılan bentle 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna tutulmayan suçlar bakımından yetmiş yaşını bitirmiş hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken sürenin üç yıl kısaltıldığı anlaşılmaktadır.

31. Geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve söz konusu fıkra uyarınca istisna tutulmayan suçlar bakımından maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken sürelerin azami süre sınırına bakılmaksızın Kanun'un 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabileceği; ağır hastalık, engellilik veya kocama hâlinin Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirileceği hükme bağlanmaktadır.

32. Benzer koşulları taşıyan hükümlülerin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmaları için gereken süre Kanun'un 105/A maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde belirtilmiştir. Anılan bende göre maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler, koşullu salıverilmelerine en az üç yıl kalması hâlinde denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilirler. Geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ise söz konusu durumda olan hükümlülerin altmışbeş yaşını bitirmiş olmaları şartını da öngörmek suretiyle 30/3/2020 tarihine kadar

işlenen ve istisna tutulmayan suçlar bakımından cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması şartı aranmaksızın denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarını mümkün kılmıştır.

33. Geçici 6. maddenin (3) numaralı fıkrası, (1) ve (2) numaralı fıkra hükümlerinin iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanacağını öngörmektedir. Bu itibarla Kanun'un 105/A maddesine göre denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmek için gereken, hükümlünün açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması ya da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşıması koşulu geçici 6. maddenin (1) ve (2) numaralı hükümlerinden yararlanmak için aranmayacaktır. Buna karşılık denetimli serbestlik tedbirinin belirleyici unsurlarından olan iyi hâl koşulu kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler bakımından da aranmaya devam edilecektir.

34. Geçici 6. maddenin (4) numaralı fıkrasında ise 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün üç gün, onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün iki gün olarak dikkate alınacağı hükme bağlanmaktadır.

35. Kanun'un 107. maddesinin (5) numaralı fıkrasında koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir günün iki gün olarak dikkate alınacağı belirtilmiş, onbeş onsekiz yaş aralığında bulunan hükümlü için ise herhangi bir özel hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla geçici 6. maddenin (4) numaralı fıkrası 30/3/2020 tarihine kadar işlenen tüm suçlar bakımından onbeş yaşından önceki hükümlüler için bir günün iki gün yerine üç gün olarak, onbeş onsekiz yaş aralığında bulunan hükümlüler için de bir günün bir gün yerine iki gün olarak dikkate alınmasını öngörmektedir. Bu itibarla küçük yaştaki hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumunda geçirmeleri gereken süre dolaylı olarak kısaltılmış olmaktadır.

C. İptal Talebinin Gerekçesi

36. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu Kanun'un 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesi uyarınca istisna

olarak belirtilen suçlar hariç olmak üzere 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlardan mahkûmiyeti bulunan hükümlülerin daha kısa süre ceza infaz kurumunda kalmak suretiyle denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarının sağlandığı, bu itibarla anılan hükümlülerin infaz edilecek ceza miktarında indirim yapıldığı, istisnai ve geçici bir düzenleme olan söz konusu maddenin öngördüğü kurumun bu özellikleri sebebiyle özel toplu af niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca af ilanını konu alan kanunların kabulü için TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gerektiği, dava konusu Kanun'un kabulünde ise bu nitelikli çoğunluğun aranmadığı belirtilerek kuralların şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Ç. Şekil Bakımından Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

37. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 96. maddesi yönünden incelenmiştir.

38. Kanunların esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunun maddi olarak (hukuk dünyasında yarattığı değişiklik itibarıyla) Anayasa'ya uygun olup olmadığını ifade etmektedir. Şekil bakımından uygunluk ise teklifin kanunlaşabilmesi için, diğer bir anlatımla kanun olarak varlık kazanabilmesi için Anayasa'da öngörülen usullere uyulup uyulmadığının denetimidir.

39. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

40. Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de Genel Kurul tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve “Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.” denilmiştir.

41. Anayasa'nın "Toplantı ve karar yeter sayısı" başlıklı 96. maddesinde *"Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz."* denilmektedir. Bu çerçevede TBMM'nin bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri olan 200 milletvekiliyle toplanması, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar vermesi ve karar yeter sayısının hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlası olan 151 milletvekilinden az olmaması gerekmektedir.

42. Anayasa'nın 87. maddesinde *"...Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek..."*, TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Böylece anayasa koyucu af ilanını konu alan kanunlar bakımından Anayasa'nın 96. maddesinde belirtilen karar yeter sayısından ayrılmış ve bu konuda özel bir karar yeter sayısı öngörmüştür.

43. Bu itibarla karar yeter sayısı bakımından dava konusu Kanun hakkında Anayasa'nın hangi hükmünün uygulanacağını belirlenmesi için Kanun'un öngördüğü kurumun hukuki niteliğinin ortaya konması gerekmektedir. Bu konuda belirleyici konumda olan ise Kanun'un dava konusu 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin öngördüğü düzenlemenin hukuki niteliğidir.

44. Geçici 6. maddenin suçu konu alan, suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyen, başlanmışsa soruşturma ve kovuşturmayı, hükmedilmişse mahkûmiyeti, verilmişse cezayı tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir niteliğinin bulunmadığı, bu yönüyle genel af niteliği taşımadığı açıktır. Bu çerçevede anılan maddenin öngördüğü kurumun özel af niteliğinde olup olmadığı incelenmelidir.

45. Yukarıda belirtildiği üzere bir düzenlemenin özel af niteliğini taşıdığının kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birinci düzenlemenin sadece geçmişe yönelik olmasıdır. İkinci ise düzenlemenin cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek suretiyle cezanın kapsamına etki etmesidir.

46. Buna göre sadece geçmişe yönelik olan düzenleme kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezanın miktarını

azaltıyor veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek (örneğin hapis cezasını para cezasına çevirmek) suretiyle hafifletiyor ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldırıyor ise bunun özel af olarak nitelendirilmesi gerekir. Ancak cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece çeşitli gerekçelerle cezanın infaz şeklini/rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

47. Geçici 6. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarıyla belirli bir tarihe kadar işlenmiş ve istisna tutulmamış suçlar bakımından daha kısa süre ceza infaz kurumunda kalınmak suretiyle denetimli serbestlik tedbirinden yararlanılması mümkün kılınmaktadır. (3) numaralı fıkra ise (1) ve (2) numaralı fıkra hükümlerinin iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

48. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise belirli bir tarihe kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün üç gün, onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir günün iki gün olarak dikkate alınması hükmüne bağlanmaktadır.

49. Geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarının kapsamının belirli bir tarihe kadar işlenmiş suçlarla sınırlı tutulması, (3) numaralı fıkra ise (1) ve (2) numaralı fıkralara atfen düzenleme yapılması, kurallarda özel affın unsurlarından biri olan sadece geçmişe yönelik olma şartının bulunduğunu göstermektedir. Buna karşın söz konusu unsurun varlığı, anılan hükümlerin öngördüğü kurumun af olarak kabulü için yeterli olmayıp yukarıda belirtildiği üzere cezanın kapsamında etkili olma şartının da gerçekleşmesi gerekir.

50. Hükümlünün geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) bendinden yararlanabilmesi için cezasının belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması ve bu süreyi iyi hâlli olarak geçirmesi gerekmektedir. Yine hükümlü salıverildikten sonra bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulacak ve gereklerini yerine getirmediği takdirde ceza infaz kurumuna geri dönme ihtimali varlığını sürdürecektir.

51. Geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise belirli bir tarihe kadar işlenmiş ve istisna tutulmamış suçlar bakımından, maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken sürelerin azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbirini uygulanmak suretiyle infaz edilebileceği öngörülme suretiyle cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması şartının bu koşullarda bulunan hükümlüler bakımından aranmasından vazgeçildiği görülmektedir.

52. Denetimli serbestlik tedbirinin en önemli amaçlarından birinin cezanın infazının kişiselleştirilmesini sağlamak olduğu gözetildiğinde bu amaçla uyumlu olarak ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin ceza infaz kurumu koşullarında tutulmasının zorluğu gözönünde bulundurularak bu tür hükümlüler bakımından cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması şartı aranmadan denetimli serbestlik tedbirine başvurulabilmesine imkân tanınmasıyla cezanın infazının kişiselleştirilmesi amacının sağlanmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır.

53. Kaldı ki söz konusu bentte “...infaz edilebilir.” ibaresine yer verildiği gözetildiğinde anılan koşulları taşıyan hükümlü hakkında dahi denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin zorunlu olmayıp bu konuda infaz hâkiminin takdir yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Yine bu çerçevede denetimli serbestlik tedbirinin belirleyici unsurlarından olan, hükümlünün iyi hâlli olma şartı da aranmaya devam edilecektir.

54. Öte yandan salıverildikten sonra hükümlünün bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulması ve gereklerine uyulmaması durumunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanarak cezanın infazı kararının geri alınabilmesi bu kapsamdaki hükümlüler bakımından da geçerli olacaktır.

55. Hükümlünün geçici 6. maddenin (4) numaralı fıkrasından yararlanabilmesi için de 107. madde uyarınca cezanın belirli bir kısmının ceza infaz kurumunda infaz edilmiş olması ve hükümlünün bu süre içinde iyi hâl göstermesi gerekmekte, koşullu salıverildikten sonra da hükümlü denetim süresine tabi tutulabilmekte ve gereklerine

uyulmaması durumunda koşullu salıverilme kararı geri alınabilmektedir. Bu itibarla söz konusu fıkra kapsamına giren hükümlüler de koşullu salıverilmeye ilişkin var olan aynı şartları sağlamaları hâlinde koşullu salıverilmeden aynı hüküm ve sonuçlarla yararlanabileceklerdir.

56. Bu çerçevede kuralların istisna kapsamına alınan suçlar dışında hükümlülerin denetimli serbestlik ve koşullu salıverme kurumlarından yararlandırılmak suretiyle ceza infaz kurumunda geçirecekleri süreyi önceki kanuni düzenlemeye göre kısalttığı, ancak -infaz edilecek- toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığı anlaşılmaktadır.

57. Burada açıklığa kavuşturulması gereken temel husus, bir cezanın infaz edildiğinden söz edilebilmesi için ceza süresinin mutlaka ceza infaz kurumunda geçirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Zira ceza süresinin birtakım alternatif infaz usulleriyle ceza infaz kurumu dışında geçirilmesi cezanın infazı kapsamında kabul edilecek ise dava konusu kuralların cezanın miktarında veya niteliğinde dolayısıyla cezada bir değişiklik yaratmadığı, kuralların cezaya ilişkin değil cezanın infaz biçimine ilişkin olduğu sonucuna ulaşılabacaktır.

58. Geçmişte cezanın infazıyla ilgili sınırlı hukuki kurumlara yer verilmiş iken modern ceza hukukundaki gelişmelerin bunları çeşitlendirdiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda insan psikolojisinin doğasını keşfetme, suç davranışının kaynaklarını daha iyi anlama ve toplumsal düzenin sağlanmasına yönelik psikolojik ve sosyolojik verilerin modern ceza hukukunda uygulanmasıyla cezanın infaz biçimine ilişkin kurumlarda ciddi değişiklikler ve çeşitlilikler meydana gelmiş, eskiden sadece ceza infaz kurumlarında infaz usulleriyle cezalar yerine getirilirken zamanla bu usullerde değişiklikler yapılmış, özellikle çeşitli ölçütler esas alınarak cezanın infazının kişiselleştirilmesi yöntemleri geliştirilmiştir.

59. Nitekim cezaların tümünün belli kapalı yerlerde tutulması suretiyle çektirilmesi anlayışından, önce cezanın bir kısmının açık ceza infaz kurumunda çektirilmesi rejimine geçildiği, son dönemlerde ise artık cezanın konutta infaz edilmesi veya başkaca yükümlülükler belirlenmek suretiyle ceza infaz kurumu dışında infaz edilmesi yöntemlerinin diğer yöntemlerle birlikte uygulandığı görülmektedir. Anılan yöntemlerle hem cezanın ödeticiliği hem de ıslah edicilik özelliklerinin aynı anda uygulanmaya devam edildiği örneklerle sadece ülkemizde değil başka ülkelerde de başvurulduğu bilinmektedir. Bu yönüyle modern ceza

ve infaz hukukunun dinamik bir yapıya sahip olduğu, bu kapsamda cezanın tek tip olarak ceza infaz kurumunda infaz edilmesi dışında yeni uygulamaların tartışıldığı, bunların hayata geçirildiği, bir kısmından olumlu sonuç alınarak bunların uygulanmasına devam edildiği, bir kısmında ise değişikliklere gidildiği görülmektedir.

60. Dava konusu kurallarda denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme kurumlarından yararlanmak suretiyle hükümlülerin ceza infaz kurumundan önceki kanuni düzenlemelere nazaran daha erken tahliye edilmesi ve cezanın kalan kısmının ceza infaz kurumu dışında infaz edilmesi öngörülmektedir. Bu çerçevede anılan kurumların cezanın ceza infaz kurumunda çektirilmesine alternatif bir infaz usulü niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti dava konusu kuralların da anılan niteliğe sahip olup olmadıklarının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

61. Denetimli serbestlik tedbiri kurumu ilk kez 5/4/2012 tarihli ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la hukuk sistemimize girmiştir. Denetimli serbestlik, içeriğinde kısmi değişiklikler yapılsa da özü itibarıyla aynı anlayış temelinde infaz sistemi içinde önemli bir kurum olarak işlev görmeye devam etmektedir. Bu kurumun cezanın infaz rejimlerinden/şekillerinden birini oluşturup oluşturmayacağının irdelenebilmesi için kısaca hangi esaslara göre işlediğinin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

62. 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesi uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilmesi için hükümlünün; talebinin bulunması, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması (ya da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamadığı için kapalı infaz kurumunda bulunması), koşullu salıverilmesine belli bir süre kalması, iyi hâlli olması ve ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak infaz hâkimince hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu tedbir otomatik olarak uygulanamamakta (bu konudaki etraflı değerlendirmeler için bkz. *Mithat Bakikuşağı*, B. No: 2013/4682, 17/9/2014), anılan tedbirden hükümlünün faydalanabilmesi için Kanun'daki koşulların yerine getirilmesi gerekmekte ve ancak bu koşulların yerine getirildiğine hükmeden infaz hâkiminin kararıyla hükümlü denetimli serbestlikten yararlanabilmektedir.

63. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanan hükümlünün; koşullu salıverilme tarihine kadar kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması, bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması, belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi, belirlenen programlara katılması yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilmekte ve hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilmektedir.

64. Hükümlünün hakkında belirlenen yükümlülüklerle, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar etmesi veya ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi hâlinde ise denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilmektedir.

65. Ayrıca hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başladıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilmektedir.

66. Denetimli serbestliğe başvurulmasının nedeni ise Kanun'un gerekçesinde açıklandığı üzere *"...hükümlülerin; yeniden suç işleme risklerinin azaltılması, sosyal hayata hazırlanmasına imkân sağlanması, tahliye şartlarına uyumunun gerçekleştirilmesi ve toplumsal kurallara uyma becerilerinin..."* geliştirilmesidir.

67. Buna göre denetimli serbestlikte salıverilen hükümlü üzerinde devletin denetim ve gözetim yetkisi devam etmekte, bu bağlamda örneğin cezasını konutta geçirme yükümlülüğü altında bırakılabilmektedir. Konutu terk etmeme yükümlülüğü altına sokulan hükümlünün ayrıca kamuda yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılması veya bir eğitim programına devam etmesine de karar verilebilmektedir. Hükümlü anılan yükümlülüklerle aykırı davrandığında veya kasıtlı yeni bir suç işlediğinde ise tekrar ceza infaz kurumuna gönderilebilmektedir.

68. Bu çerçevede kişinin denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için aranan koşulların ceza infaz kurumunun disiplinini, cezanın amacına uygun olarak infazını, kişiselleştirilmesini, ıslah edici fonksiyonunun güçlendirilmesini sağlamaya dönük olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan kişinin ceza infaz kurumu dışında geçirdiği süre çeşitli yükümlülükler uygulanmak suretiyle geçirilmekte, bu konuda Kanun'da cezanın hem ödeticiliği hem de ıslah ediciliği unsurlarının sağlanmasına yönelik tedbirlerin alınmasına imkân tanınmış bulunmaktadır.

69. Koşullu salıverilme ise 5271 sayılı Kanun'un 107. maddesinde düzenlenmiş olup bu kurum da genel olarak denetimli serbestlikle benzer nitelikler taşımaktadır.

70. Tüm bu hususlar dikkate alındığında gerek denetimli serbestliğin gerekse koşullu salıverilmenin cezanın ceza infaz kurumunda geçirilmesine alternatif bir ceza infaz usulü/rejimi niteliği taşıdığı sonucuna ulaşılmaktadır.

71. Bu açıklamalar çerçevesinde geçici 6. maddenin hükümlünün çektilmesi gereken toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığı, ceza infaz kurumundan kendiliğinden salıverilmesine yol açmadığı, bu kapsamda hükümlünün iyi hâlli olması şartının arandığı, anılan şart gerçekleşse dahi salıverilme kararı bakımından hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu, (1), (2) ve (3) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanmak için ayrıca hükümlünün talebinin varlığının gerektiği, salıverilme sonrasında da devletin hükümlü üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiği, bu bağlamda hükümlüye bir veya birden fazla yükümlülük yüklenebileceği, gereklerine uygun davranılmadığı veya yeniden suç işlendiği takdirde salıverilme kararının geri alınmak suretiyle hükümlünün cezasının infazına ceza infaz kurumunda devam edilebileceği gözetildiğinde geçici 6. maddenin cezanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olmayıp cezanın infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğü anlaşılmaktadır.

72. Anılan nedenlerle geçici 6. maddenin öngördüğü kurumun af niteliğinde olmadığı, bu itibarla söz konusu maddenin değiştirilmesini öngören dava konusu 52. maddeyi ihtiva eden dava konusu 7242 sayılı Kanun'un toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesine tabi olduğu görülmektedir.

73. Kanun'un görüşülmesine ilişkin TBMM Genel Kurul tutanaklarının incelenmesinden teklifin tümü üzerindeki oylamanın açık oylama yöntemiyle yapıldığı görülmektedir. Yapılan açık oylama sonucunda 279 kabul ve 51 ret oyunun kullanıldığı gözetildiğinde son oylamanın Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşılmaktadır.

74. Açıklanan nedenlerle son oylamasının Anayasa'da öngörülen çoğunlukla yapıldığı açık olan Kanun, Anayasa'nın 96. maddesine aykırı değildir. Bu itibarla Kanun'un ve 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından iptalleri talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 87. ve 88. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

75. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Tümüne,

B. 52. maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesine,

yönelik iptal talepleri 16/7/2020 tarihli ve E.2020/44, K.2020/41 sayılı kararla reddedildiğinden bu maddeye ve Kanun'a ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE 17/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

A. Tümünün,

B. 52. maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin,

şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 17/7/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (a) tümünün, (b) tümünün iptal edilmemesi durumunda 52. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen geçici 6. maddesinin şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasına ilişkin iptal taleplerini reddetmiştir.

2. Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'nin af yetkisi Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk halinde yer alan *"Anayasanın 14üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hariç olmak üzere, genel ve özel af ilanına...karar vermek"* şeklindeki düzenleme 2001 yılında değiştirilmiştir. Değişikle bir yandan Anayasa'nın 14. maddesindeki fiiller de af kapsamına alınmış, diğer yandan da af kararının nitelikli çoğunlukla karara bağlanması öngörülmüştür. Buna göre *"üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek"*, TBMM'nin yetkileri arasındadır.

3. Af niteliğindeki kararların beşte üç çoğunlukla alınmasına yönelik anayasal hüküm denetim konusu kanunun hukuki niteliğinin belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Başka bir ifadeyle kanun koyucunun adlandırmaktan bağımsız olarak çıkarılan düzenlemenin af niteliğinde olup olmadığı şekil bakımından anayasaya uygunluk denetiminde belirleyici rol oynamaktadır.

4. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir düzenlemenin af niteliğinde olup olmadığını belirlerken Anayasa'dan hareket etmek gerekir. Kanunlardaki tanımlar esas alınarak yapılan bir anayasallık denetimi anayasa yargısının doğasıyla bağdaşmaz. Zira bu durum kanunun Anayasa'ya değil kanuna uygunluğunu denetleme anlamına gelebilecek, kanun koyucunun af tanımında yapacağı muhtemel değişiklikler konuyla ilgili yorumların da değişmesine yol açabilecektir. Bu nedenle anayasal bir kurum olan affın Anayasa'dan hareketle özerk bir tanımının yapılması gerektiği hususunda çoğunlukla aynı görüşteyim (§ 22).

5. Bu kapsamda Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'nin üye tamsayısının beşte üçünün oyuyla karar vereceği af suç ve/veya cezalara yönelik hukuki tasarruflardır. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında affı şu şekilde tanımlamıştır: *"Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran,*

hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu genel tanım affın iki şekilde ortaya çıktığını göstermektedir. Bunlardan biri mahkûmiyet ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezaya etki eden özel aftır” (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001. Ayrıca bkz. AYM, E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008).

6. Diğer yandan özel affın cezaya nasıl etki ettiğini ortaya koymak gerekir. Anayasa’nın 104. maddesinin on altıncı fıkrasına göre Cumhurbaşkanı “Sürekli hastalık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır”. Cumhurbaşkanı’na tanınan bu yetkinin bir özel af yetkisi olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de “Anayasa’nın 87. ve 104. maddelerine göre ferdi özel af çıkarma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı’na... aittir” demek suretiyle bu hususu teyit etmiştir (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

7. Dolayısıyla özel affın cezaya etkisi hükmedilen cezayı hafifletme veya kaldırma şeklinde tezahür edebilir. Anayasa Mahkemesi özel affı, genel afftan farklı olarak, suça değil cezaya etki eden bir hukuki tasarruf olarak nitelendirmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, “Kamu davasına ve mahkûmiyete etkisi olmaması, yalnız ceza üzerine etkili olması nedeniyle özel af sadece cezayı kısmen veya tamamen düşüren bir sebeptir” (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

8. Eldeki davada Mahkememiz çoğunluğu, özel affı bu kez anayasal hükümlerden hareketle “kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezayı, miktarını azaltmak veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek suretiyle hafifleten ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldıran bir yasama veya yürütme işlemi” olarak tanımlamıştır (§ 11). Bu özel af tanımının isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

9. Şu hâlde dava konusu kuralların hükmedilen cezaları ne şekilde etkilediğine, cezaların infaz şekline ziyade onları hafifleten veya kaldıran bir yönünün olup olmadığına bakılmalıdır. Kısacası düzenleme, cezanın infaz şeklini değil de kendisini etkiliyorsa bunun af niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

10. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) 7. maddesi kapsamında suç ve cezada kanunilik ilkesini yorumlarken “ceza” ile “cezanın infaz şekli” arasındaki ayrıma dikkat çekmiş, ikincisinin 7. madde kapsamı dışında kaldığını

belirtmiştir. *Del Río Prada/İspanya* kararında farklı suçlardan üç bin yılı aşan hapis cezasına mahkûm edilen başvurucunun toplam otuz yıl olarak kabul edilen infaz süresinin, yüksek mahkemece yerleşik içtihat ve uygulamadan farklı olarak işlenen her bir suç için indirim süresinin hesaplanması ve bu suretle fiilen infaz süresinin uzatılmasında “ceza” ve “cezanın infaz şekli” ayrımı değerlendirilmiştir. AİHM bu kararında söz konusu ayrımı yapmanın her zaman kolay olmadığını, bununla birlikte, cezanın infaz şekli ya da uygulanması kapsamında kabul edilen kimi düzenlemeler ya da yargı kararlarının cezanın kapsamını etkileyebileceğini vurgulamıştır. AİHM somut olayda cezanın infazına değil kapsamına yönelik, başka bir ifadeyle başvurucunun aleyhine olacak şekilde aldığı cezaya etki eden bir içtihat değişikliği söz konusu olduğundan, şikayetin aleyhe ceza hükümlerinin geçmişe uygulanmasını meneden Sözleşme’nin 7. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermiştir (*Del Río Prada/İspanya* [BD], B.No: 42750/09, 21/10/2013, § 85, 89).

11. Dava konusu geçici 6. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarıyla 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve istisna kapsamına girmeyen suçlar bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak ve bazı hükümlüler yönünden koşullu salıverme sürelerinin hesaplanması değiştirilmek suretiyle ceza infaz kurumlarında geçirilmesi gereken süreler kısaltılmıştır. Esasen bazı suçlar bakımından ceza infaz süresinin kısaltılmasından ziyade hiç cezaevinde kalınmadan cezanın infazından bahsetmek gerekir. Örneğin istisna kapsamına girmeyen suçlardan birinden kesinleşmiş mahkûmiyete bağlı olarak altı (6) yıl hapis cezasıyla cezalandırılan bir kişi, dava konusu kurallardan önce 5275 sayılı Kanun’un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca cezasının iki (2) yılını ceza infaz kurumunda çektikten sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle serbest bırakılacaktı. Buna karşılık geçici 6. maddenin (1) nolu fıkrası denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması için 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süreyi “üç yıl”a çıkardığı için, kesinleşmiş mahkûmiyete bağlı olarak altı (6) yıl kesinleşmiş hapis cezasına çarptırılan kişi ceza infaz kurumunda kalmadan cezayı infaz etmiş sayılacaktır.

12. Denetimli serbestlik kurumunun amacı, hapis cezasına mahkûm edilen hükümlünün cezasının bir kısmını ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra, bazı şartlar altında yeniden topluma kazandırılması için serbest bırakılmasını sağlamaktır. Nitekim bu amaç 5275 sayılı

Kanun'un 3. maddesinde, *"hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak"* şeklinde ifade edilmiştir.

13. Dava konusu geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası, istisna kapsamında olmayan suçlardan dolayı altı yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilenlerin ceza infaz kurumunda kalmadan cezalarının infazına imkân tanımaktadır. Bu haliyle kuralın cezanın infaz şekline değil, bizzat kapsamına yönelik olduğu açıktır. Zira kural, bir anlamda hapis cezasını daha hafif mahiyetteki *"seçenek yaptırımlar"*a dönüştürmektedir. Geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasından yararlanarak altı (6) yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilenler, 5275 sayılı Kanun'un (5) numaralı fıkrasına göre denetim süresi içinde *"kamuya yararlı bir işte çalıştırılma"* veya *"belirlenen yer veya bölgelere gitmeme"* gibi yükümlülüklerle katlanmak durumundadır. Ancak bu yükümlülüklerin bir kısmı, aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinde yer alan *"kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar"* arasında bulunmaktadır. Bu madde uyarınca kısa süreli hapis cezası, sözgelimi, *"belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya"* veya *"kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya"* çevrilebilmektedir.

14. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, altı (6) yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin cezaevine girmeden cezalarının infaz edilmesine imkân sağlayan geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası, cezanın kapsamına etki eden ve bir anlamda onu daha hafif seçenek yaptırımlara dönüştürerek hafifleten, bu nedenle de özel af niteliğinde olan bir düzenlemedir.

15. Geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna dair bu gerekçeler, aynı maddenin (2) ve (4) numaralı fıkraları için de geçerlidir. Bilhassa (2) numaralı fıkranın (b) bendine değinmek gerekir. Bu kural, istisna tutulmayan suçlar bakımından maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin azami süre sınırına bakılmaksızın tüm hürriyeti bağlayıcı cezalarının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebileceğini öngörmektedir. Esasen bu düzenleme, Anayasa'nın 104. maddesinin on altıncı fıkrasında Cumhurbaşkanı'na tanınan *"özel af"*

yetkisine oldukça benzemektedir. Buna göre Cumhurbaşkanı “*Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır*”. Dava konusu kuralla cezaları infaz edilen kişileri Cumhurbaşkanı Anayasa’nın 104. maddesiyle kendisine verilen özel af yetkisini kullanarak affetmiş olsaydı hemen hemen aynı sonuç ortaya çıkacaktı. Bu da kuralın gerçekte cezaya etki eden, bir anlamda cezayı hafifleten, dolayısıyla af niteliğinde bir düzenleme olduğunu göstermektedir.

16. Özel affın özerk yorumundan hareketle ulaşılan bu sonuç, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında yaptığı değerlendirmelerle de uyumludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi on (10) yıla kadar hapis cezasına mahkûm edilenlerin ceza infaz kurumlarında kalmadan tahliyesini öngören 4616 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemenin af niteliğinde olduğunu belirlerken, düzenlemenin “*10 yıldan az mahkûmiyetlerde cezaevine hiç girmeyen mahkûmlara da şartlı salıverme olanağı sağlamakta*” olduğuna dikkat çekmiştir (AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001). Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, 4758 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 4616 sayılı Kanun’un 1. maddesinin 2. bendinin “*şartla salıverme*” değil af niteliğinde olduğunu, bu nedenle Anayasa’nın 87. maddesine göre TBMM üye tamsayısının beşte üçünün çoğunluğuyla kabul edilmesi gerektiğini belirterek, kuralı şekil bakımından Anayasa’ya aykırı bulmuştur (AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002).

17. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında affın tanımında esas aldığı Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükümleri de dava konusu kuralların af mahiyetinde olduğunu teyit etmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Af*” kenar başlıklı 65. maddesinin (2) numaralı fıkrasında “*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adlî para cezasına çevrilebilir*” denmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu fıkra kanun tasarısında o dönemde yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 98. maddesiyle uyumlu olarak “*Özel af, cezaı ortadan kaldırır veya azaltır veya değiştirir. Özel af, kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde aksi yazılı olmadıkça fer’î cezaları da etkiler.*” şeklindeyken Adalet Komisyonu tarafından mevcut haline dönüştürülmüştür. Bu değişikliğin gerekçesinde “*özel affın mahiyeti[nin] açık bir şekilde ortaya konulmuş*” olduğu, “*özel af ile sadece hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine*

son verilebileceği, infaz kurumunda çektirilecek sürenin kısaltılabileceği”nin kabul edildiği belirtilmiştir (bkz. Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (S. Sayısı 664), TBMM Tutanak Dergisi, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, s.472).

18. Af niteliğindeki kanuni düzenlemelerin çok önemli toplumsal ve siyasal sonuçlarının olduğu bilinmektedir. Ceza politikalarının belirlenmesinde suç işlenmesinin önlenmesi, caydırıcılık, suçluların ıslahı ve toplum vicdanının tatmini gibi amaçlar gözetilmektedir. Çok sık şekilde af niteliğinde düzenlemelerin yapılması, bu amaçların gerçekleşmesini engelleyebileceği gibi kamu vicdanını da yaralayabilir. Tam da bu nedenle anayasa koyucu TBMM’de genel ve özel affa karar verilebilmesi için nitelikli çoğunluk öngörmüştür. Böylece farklı toplumsal kesimleri ve görüşleri temsil eden siyasi partiler arasında belli ölçüde uzlaşmanın sağlanması hedeflenmiştir.

19. Dava konusu kuralların af niteliğinde olmadığı kabulü Anayasa’nın 87. maddesini işlevsiz ve anlamsız hale getirecektir. Bu yolla beşte üç çoğunluğa gerek duyulmaksızın, şartla salıverme ya da denetimli serbestlik adı altında belli suçlardan mahkûm olanların cezaları değiştirilebilecek, hafifletilebilecek veya tamamen ortadan kaldırılabilecektir. Mahkememiz çoğunluğunun kararı maalesef bu yolu açmaktadır. Gerçekten de 5275 sayılı Kanun’un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süreyi değiştirmek suretiyle çok uzun süreli hapis cezalarına çarptırılan hükümlülerin bile ceza infaz kurumlarına girmeden cezalarını infaz etmeleri ya da çok az süre cezaevinde kalmak suretiyle serbest bırakılmaları mümkün olabilecektir. Bunun da Anayasa’nın 87. maddesiyle bağdaşmayacağı her türlü izahtan varestedir.

20. Açıklanan nedenlerle, dava konusu Kanun’un af niteliğinde bir düzenleme olan geçici 6. maddesi Anayasa’nın 87. maddesi uyarınca TBMM üye tamsayısının beşte üçünün çoğunluğu ile kabul edilmediğinden şekil bakımından Anayasa’ya aykırılık teşkil etmektedir.

21. Diğer yandan af niteliğinde olan bir düzenlemenin içinde bulunduğu herhangi bir Kanun’un bir bütün olarak beşte üç çoğunlukla kabul edilmesi gerekir. Nitekim Anayasa’nın 87. maddesindeki değişikliğin bir gereği olarak 2003 yılında TBMM İçtüzüğü’nün 92. maddesinde de bu yönde bir değişiklik yapılmıştır. Bu maddeye göre

“Genel veya özel af ilanını içeren tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tekliflerin aflu ilgili maddelerinde ve tümünün oylanmasında ayrı ayrı aranır”. Anayasa Mahkemesi de 2005 yılında verdiği bir kararında, 5272 sayılı Kanun’un tümünün oylamasından sonra af içeren Geçici Madde 4’ün gerekli nitelikli çoğunluk sağlanamadığı için metinden çıkarılması üzerine artık söz konusu Kanun’un farklılaştığını, bu nedenle tümünün yeniden oylanması gerektiğini, bu yapılmadığı için de kanunun şekil bakımından Anayasa’ya aykırı hale geldiğini belirtmiştir (AYM, E.2004/118, K.2005/8, 18/1/2005).

22. Dava konusu Kanun’un geçici 6. maddesinin af niteliğinde bir düzenleme olduğu tespiti ışığında bu maddeyi içeren Kanun’un tümünün de beşte üç çoğunlukla kabul edilmesi gerekirdi. Bu nedenle 7242 sayılı Kanun’un tümü de şekil bakımından Anayasa’nın 87. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

23. Açıklanan gerekçelerle, dava konusu Kanun’un tümünün ve geçici 6. maddesinin şekil yönünden Anayasa’ya aykırı olmaları sebebiyle iptal edilmeleri gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 14.4.2020 tarihli ve 7241 sayılı Kanunun 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanunun Geçici 6. maddesinin iptali istenen ilgili hükümlerinin şekil yönünden incelenmesinde Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu çoğunluğu tarafından, özel af niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle kuralların şekil yönünden Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Çoğunluk gerekçesine katılmama nedenlerim aşağıda açıklanmaktadır.

2. İptali istenen kuralların genel af niteliğinde olmadığı hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Tartışma, infaz düzenlemesi görünümlü olan kuralların özel af niteliğinde olup olmamasıyla ilgilidir. Anayasal denetimde ölçü norm olamayacak ise de yasama organının bu kavramla

ilgili iradesini ortaya koyan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 65. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında özel af; *“Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir.”* biçiminde açıklanmıştır. Bu düzenlemeye göre özel affın hapis cezasının hukuki sonuçlarına etkisi bulunmamakta ise de cezanın kaldırılmasına, azaltılmasına veya hafifletilmesine yönelik düzenlemeler özel af niteliğinde görülebilecektir. Başka deyişle geçmişteki bir dönem mahkumiyet kararlarıyla sınırlı olarak hapis cezaları üzerinde; infaza engel olan veya cezaevinde kalmaya son verme veya süresini kısaltma sonucunu doğuran veya hapis cezasını para cezasına veya tedbire dönüştüren düzenlemeler özel af niteliği taşıyacaktır. Öte yandan aynı hükme göre özel af kapsamında hapis cezaları para cezasına dönüştürülebilecek iken, özel affın ceza hukuku alanındaki adli para cezaları üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle özel affın temelde hapis cezalarına yönelik düzenlemeleri kapsayacağı söylenebilir. Özel af hapis cezasının niteliğini veya süresini değiştirmekle birlikte hukuki sonuçlarını ortadan kaldırmamaktadır. Özel affa uğrasa dahi hükümlü hakkındaki mahkumiyet kararı, buna bağlı hukuki sonuçları doğurur. Bu anlamda özel af mahkumiyetin adli sicilden silinmesini gerektirmez, diğer bir suçun cezasının belirlenmesinde mahkumiyet kararı olarak dikkate alınır. Örneğin sonraki suçun ertelenmesinde engel teşkil edebilir veya mükerrerlik uygulamasında (TCK m. 58) dikkate alınır. Yine özel affa rağmen cezaya bağlı hak yoksunlukları eder, müsadere hükmü uygulanır. Anayasada ise genel ve özel af tanımlanmamıştır. Ancak Anayasanın 104. maddesinde bazı nedenlerle Cumhurbaşkanına tanınan özel nitelikli af yetkisinin cezaların hafifletilmesine veya kaldırılması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir. Bu hükmün 87. maddedeki özel af yönünden de emsal alınabileceği söylenebilir.

3. İnfazın ön şartı kesinleşmiş mahkumiyet kararının bulunmasıdır. İnfaz hukukunun en önemli anayasal temelini ise Anayasadaki “insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulmama” hakkı (m. 17/3) oluşturmaktadır. Mahkumiyet kararlarının infazında anılan yasağa ve yasa gereği sınırlandırılrsa dahi bazı anayasal temel hak ve özgürlüklere riayet edilmesi gerekmektedir. Öte yandan Hapis cezalarının infazının iki amacı bulunmaktadır. İlki, suçların önlenmesidir. Önleme amacının da iki boyutu bulunmaktadır. Özel önleme adı verilen

ilk boyutuyla işlenen suçun yaptırımını uygulanarak failin toplumsal düzeni bozan fiiliyle yüzleşip ıslah olmasını sağlamak ve gelecekte tekrar suç işlemesini önlemek, caydırmaktır. İkinci boyutu, suç karşılığı ceza uygulanmasının üçüncü kişileri suç işlemekten caydırıcı etkiye sahip olmasıdır (genel önleme). Cezalandırmanın ikinci amacı ise suçlunun infaz süreci sonunda sosyalleşmesi, sorumluluk sahibi bir birey olarak yeniden topluma kazandırılmasını sağlamaktır.

4. Geçici 6. maddede yapılan değişiklikte şartlı salıverme ve denetimli serbestlik adı verilen infaz kurumları üzerinden bir düzenleme yapılmaktadır. Bu nedenle öncelikle anılan infaz kurumlarının kanundaki düzenleniş şekillerine ve niteliklerine değinilmelidir.

5. Şartlı salıverme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 107. maddesinde düzenlenen bir infaz müessesesidir. Şartlı salıverme, cezasının önemli bir kısmı iyi halli olarak infaz edilmiş olan hükümlünün, kalan süresini suç işlemek ve bazı yükümlülüklerle uygun davranmak suretiyle özgür geçirmesini sağlamaktadır. Denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayılmaktadır (m. 107/14). Dolayısıyla şartlı salıverme bir infaz hukuku kurumudur. Anılan maddede şartlı salıverme için süreli hapis cezasına mahkum edilenlerin hapis cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çekmeleri gerekmektedir. Ancak 107/2. madde, 7242 sayılı Kanunun 48. maddesi ile değiştirilerek bu süre yarıya indirilmiştir. Bu haliyle yerindeliği bakış açısına göre eleştirilse dahi değişiklik kapsamındaki düzenlemenin genel ve herkese uygulanan bir infaz hukuku düzenlemesi olduğu söylenmelidir. Hatta son değişiklikten önce 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı KHK'nın 32. maddesi ile yürürlüğe konulan geçici 6. madde uyarınca bazı suçlar hariç olmak üzere 1.7.2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 107/2. maddedeki üçte ikilik oranının 'yarısı' şeklinde uygulanacağı kabul edilmişti.

6. Diğer bir infaz müessesesi olan *denetimli serbestlik* de infaz sürecinde hükümlüyü topluma kazandırma modellerinden biridir. Bu yolla cezasının önemli bir kısmının infazı tamamlanmış olan hükümlülerin kalan süreyi toplumsal çevresi içerisinde ve fakat infaz görevlilerinin denetimi altında geçirmesi imkanı verilerek, infaz sonrası topluma uyum sağlama kabiliyetlerinin artırılması, madde bağımlılarının rehabilite edilmesi amaçlanmaktadır. Böylece hükümlülere son infaz

sürecini sosyal kurallarla uyumlu yaşayabildiklerini gösterme fırsatı tanınmaktadır. AYM bir infaz müessesesi olan denetimli serbestlikle ilgili Kanunun 105/A maddesini incelerken bu kurumun; “suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözlemleyerek cezasının koşullu salıvermeden önceki bir yılını dışarıda geçirmesini sağlayan bir tedbir” (AYM 26.12.2013, 2013/133 E.- 2013169 K.) olduğunu ifade etmiştir. Yine “Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması ile de hükümlülerin; yeniden suç işleme risklerinin azaltılması, sosyal hayata hazırlanmalarına imkan sağlanması, tahliye şartlarına uyumun gerçekleştirilmesi, toplumsal kurallara uyma becerilerinin geliştirilmesi...amaçlandığı” sözleriyle (AYM 9.4.2014, 2014/4 E. – 2014/77 K.; AYM 5.7.2018, 2017/170 E. – 2018/77 K.) bu kurumun yeni bir infaz rejimi olduğunu kabul etmiştir.

7. Bununla birlikte denetimli serbestlik uygulamasıyla hükümlülerin özgürlüklerinin kısıtlanma hali sona erdirildiğinden, bu kurumun ceza adaleti sisteminin bütünlüğünü bozmayacak ve amaçlarını gerçekleştirmesini önlemeyecek bir biçimde kurgulanması önem taşımaktadır. Örneğin ceza ve infaz hukukunun en önemli iki amacından birini oluşturan ‘önleme’ amacını işlevsiz hale getirebilecek bir düzenlemenin ilgili kuralı infaz hukuku kurumu olmaktan çıkartıp, kanundaki yaptırımı ‘dönüştürdüğü’ söylenebilir. 5275 sayılı Kanunun 105/A maddesi uyarınca açık cezaevinde veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az kalan iyi halli hükümlünün talebi halinde, cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilmektedir. Aynı maddenin 2. ve 3. fıkralarında ise sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunanlar için bu süre iki yıl; ağır hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyenler bakımından ise üç yıl olarak uygulanacaktır. 14.4.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanunun 52. maddesiyle, 5275 sayılı İnfaz Kanununun geçici 6/1-3. maddesi ile; aynı Kanunun 105/A maddesindeki koşullu salıvermelerine kalan bir yıllık süre üç yıl, iki yıllık süre 4 yıl ve üç yıllık süre ise azami süre sınırı” aranmaksızın şeklinde değiştirilerek denetimli serbestlik hükmünün uygulanması imkanı getirilmiştir. Geçici 6. maddenin diğer fıkraları da getirilen atıfeti tamamlayıcı işlev görmektedir. Ayrıca belirtilmelidir ki geçici 6. madde ile getirilen değişikliğin anlaşılabilmesi için 5275 sayılı Kanunun koşullu salıvermeye ilişkin 107. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

8. Öncelikle belirtilmelidirki genel ceza hukuku veya infaz düzenlemeleriyle af kurallarını ayıran ilk ölçüt, af düzenlemelerinin geçmişe yönelik belirli ve sınırlı bir süreyi kapsıyor oluşudur. Geçmişle sınırlı bir düzenleme ceza yaptırımını da etkiliyorsa bu durum affı akla getirir. Nitekim AYM de bir kararında; suçlar, yaptırımları ve infaz rejimiyle ilgili kanunların yerine göre geleceğe ve geçmişe yönelik etkiler doğurmasına karşın, affın ise sadece geçmişteki belli bir dönemle sınırlı bir etki doğurduğu ifade edilmiştir (AYM 13.3.1979, 1978/67 E. – 1979/14K). Mahkeme diğer bir kararında da 5237 sayılı TCK'nın imar kirliliğine neden olma suçunu düzenleyen 184. maddesinin etkin pişmanlık halinde kamu davasının açılmayacağı, açılmışsa davanın düşeceği ve mahkum olunan cezanın sonuçlarıyla ortadan kalkacağı yönündeki 5. fıkrasını incelerken kuralın geçmişe yönelik olmadığını belirterek düzenlemenin af niteliğinde bulunmadığına karar vermiştir (AYM 12.6.2008, 2004/92 E. – 2008/119). İncelemeye konu Geçici 6. maddedeki değişiklikler de kanunda “30 Mart 2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından” yapılmıştır. Bu düzenleme uyarınca anılan tarihe kadar işlenen suçlardan, birinci ve ikinci fıkralarda istisna tutulmayan tüm suçlara ilişkin olarak gerek kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kesinleşmiş hapis cezaları, gerekse sonraki tarihlerde kesinleşecek hapis cezaları kapsama girmektedir.

9. Mahkeme çoğunluğu tarafından ifade edilen gerekçede “denetimli serbestlik ve koşullu salıverme yoluyla ceza infaz kurumunda geçirilen sürelerin kısaltıldığı ancak infaz edilecek toplam ceza miktarında değişiklik yapılmadığı” belirtilmektedir (par. 56). Ayrıca düzenlemenin özel af niteliğinde olmadığı görüşüne dayanak olarak; söz konusu hukuki kurumların uygulanış özelliklerinden hareketle bu kurumların alternatif bir ceza infaz rejimi olduğu vurgulanmakta ve iyi halin aranması, hakim kararının gerekmesi ve devletin denetim yetkisi kapsamında gerektiğinde kararın geri alınarak hükümlünün infaz kurumuna geri dönebileceği nedenlerine dayanılmaktadır (par. 7-71).

10. 5275 sayılı Kanunun 107. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte tarih ve suç türü bakımından kapsama giren suçlardan verilecek mahkûmiyet hükümleri nedeniyle koşullu salıverilmesine üç yıl veya dört yıl kalanların infaz kurumundan çıkmaları mümkün kılınmaktadır. 107. maddedeki düzenleme geçmişteki suçlara özgülenmeyip geleceği yönelik olduğundan af niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Bununla

birlikte Geçici 6. maddedeki düzenlemeler ile birlikte uygulandığında örneğin; birinci fıkra yönünden 6 yıl hapis cezasına mahkum edilen kimse hapis cezası hiç infaz edilmeden salıverilebilmektedir. Diğer fıkra yönünden bu sonuç 8 yıl hapis cezası bakımından söz konusudur. Öte yandan salıverilmenin iyi hal şartına bağlanması, kuralın özel af sayılmasını önlemediği gibi AYM'nin bir kararında belirtildiği üzere bu durum şartlı af olarak nitelenmektedir (AYM 28.5.2002, 2002/99 E. – 2002/51 K.). Ayrıca infaz kurumundan salıverilen hükümlülere denetim tedbiri uygulanması düzenlemenin infaz rejimi görünümü taşımasını sağlıyor ise de kuralların hukuki ve pratik sonuçları dikkate alındığında bu hususun da özel af niteliğine mani teşkil etmediği söylenmelidir. Görüldüğü gibi geçici 6. maddeyle Kanunun 105/A maddesine getirilen istisnaların belirlenmesinde suçun vasfına özgü bir ayırım yapılmadığı gibi hükümlünün ceza miktarına bağlı bir oranlama da getirilmemiş ve koşullu salıverilme için kişiliğinin gözlenmesini sağlayabilecek yeterli bir süre infaz kurumunda kalması aranmaksızın kesin ve maktu süreler öngörülmüştür. Bu durum, düzenlemelerin yer aldığı hukuki kurumlar ne olursa olsun pratikte mahkumiyet kararına konu yaptırımın niteliğinin değiştirilmesine ve adeta cezasızlığa yol açmaktadır. Diğer taraftan yukarıda özel af tanımı dolayısıyla belirtildiği üzere geçmişe yönelik olarak hapiste kalınan süreyi kısaltma sonucunu doğuran düzenlemeler özel af niteliğindedir. Geçici 6. madde ile sağlanan şey de tam anlamıyla budur.

11. Anayasada af kanunlarının geniş bir toplumsal ve siyasal mutabakat içerisinde kabul edilmesi amacıyla nitelikli çoğunluk öngörülmüştür. Ne var ki yasama organı bu yöntemi tercih etmeyerek infaz kanunlarındaki infaz hukuku kurumlarını değiştirmek suretiyle aynı sonuçları elde etmeyi isteyebilmektedir. Nitekim incelenen kurallar uyarınca 6 veya 8 yıl hapis cezasına mahkum edilen hükümlüler hakkındaki hapis cezalarının neredeyse tamamı infaz kurumunda kalmaksızın infaz edilmiş sayılmaktadır. Yine anılan kurallara göre daha fazla hapis cezasına mahkum edilenlerin hapis cezalarından ise aynı miktarda indirim yapılması söz konusu olmaktadır. Denetimli serbestlik ve şartlı tahliye kurumlarıyla hapis cezaları üzerinde bu boyutta hukuki ve fiili değişikliklerin sağlanıyor olması, incelenen düzenlemeleri şeklen infaz görünümlü yapıyor ise de düşüncemize göre belirtilen hususlar kuralın özel af olarak nitelenmesini önlememektedir. Zira geçici 6. maddedeki kurallar cezaların infaz biçimini düzenleme

amacını aşır, infaz müesseseleri aracılığıyla, mahkumiyet kararlarına konu teşkil eden hapis cezalarını başkalaştırır, çok daha hafif nitelikli bir yaptırıma dönüştürmektedir. Bu sonuç ise anayasal anlamı bir tarafa, Ceza Kanununun 65. maddesi yönünden dahi özel bir af niteliğine yol açmaktadır.

12. Belirli hal ve şartlardaki hükümlüler yönünden makul gerekçelerle denetimli serbestlik veya şartla tahliye kurumlarının kapsamını genişletmeye Kanun koyucunun elbette takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu tür bir düzenleme, nitelikleri gerektiriyorsa bir kısım suç tipleriyle ilgili olarak da yapılabilir. Ancak böyle bir düzenlemenin hapis cezalarını anlamsız kılar bir biçimde ve süreli olarak (geçmişte işlenen suçlarla sınırlı biçimde) yapılması, bunları genel nitelikli infaz düzenlemesi olmaktan çıkararak özel af niteliğine dönüştürebilmektedir. Esasen bu husus AYM tarafından bir kararında; “af yasalarıyla, temel yasaların suçlara ve cezalara göre kurduğu dengeyi bozmak, af kurumunun geleneksel hukuki yapısına da uygun düşmemektedir” sözleriyle ifade edilmiştir (AYM 13.3.1979, 1978/67 E. – 1979/14 K.). Geçici 6. maddenin, 107/2. maddeyle birlikte uygulanması sonucunda bir taraftan örneğin 6 yıl hapis cezası bulunan hükümlünün cezasının yarısı koşullu salıverme kurumu gereği düşülmekte, öte yandan geçici altıncı maddeyle kalan yarısı da denetimli serbestlik yoluyla atıfete mazhar kılınarak kişi hiç cezaevinde kalmadan 6 yıllık ve diğer fıkra yönünden 8 yıllık hapis cezasını infaz etmesi imkanı tanınmaktadır. Esasen böyle bir durumda iyi hal koşulunun gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği de açıktır. Çünkü iyi halin izlenmesi için bu hukuki kurumun amacına uygun bir süre hapistede kalma şartı, geçici hükümle ortadan kaldırılmaktadır. Böylece koşullu salıverme kurumunun gereği olan; hapis cezasının belli bir kısmı infaz edilmiş ve bu sürede iyi hali gözlenmiş olan hükümlünün gözetim şartıyla salıverilmesi şeklinde olması gereken yasal ve doktrinde belirtilen anlam ve kapsamı (bkz. AYM 19.7.1991, 1991/15 E. – 1991/122 K.; 21.10.1992, 1992/43 E. – 1992/49 K.) boşaltılmaktadır.

13. Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak devletin temel hakların korunmasını temin etmek, kamu barışını, güvenliğini, sağlığını korumak amacıyla etkin bir adalet sistemi kurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Suçluların takibi, yargılanması ve kanunda öngörülen yaptırımlara tabi tutulması, suçların önlenmesi ve suçlunun topluma kazandırılması amaçlarına uygun bir hukuk düzeninin

ve yargı sisteminin kurulması da hukuk devleti ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır. Kanun koyucunun suç ve yaptırımlar konusundaki politikayı belirleme ve düzenleme yönündeki geniş takdir yetkisinin bulunduğu Mahkememizin sayısız kararlarında ifade edilmiştir. Ancak bu yetkinin anayasada belirtilen ilgili kurallar doğrutusunda kullanılması gerektiği de açıktır. Af düzenlemelerine ilişkin kural da bunlardan biridir. İnfaz hukuku kurumlarını amaçlarından saptıracak, kanunlarda suçlar için öngörülen yaptırımları neredeyse şekle dönüştürebilecek düzenlemeler, doğrudan ceza miktarında veya niteliğinde değişiklik yapılmasa dahi ceza adaleti sistemini işlevsiz kılabilecektir. Belirtilen türdeki düzenlemeler kanunlardaki suçlar ve yaptırımlar arasındaki dengeyi bozabilecek, suç mağdurlarının hak arama özgürlüklerini zedeleyebilecek, Anayasa ile mahkemelere verilen görev ve yetkileri anlamsız kılabilecektir. Elbette Anayasa uyarınca toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak yasama organının belirli bir tarihe kadar işlenen suçlara özgü olarak özel af düzenlemesi yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki Anayasa’da belirtilen usul izlenerek kullanılabilir. Öte yandan incelenen kuralda olduğu gibi mahkûmiyet hükmünde veya belirlenen cezada doğrudan bir değişiklik yapılmamakla birlikte cezayı neredeyse ortadan kaldıran hukuksal değişiklikler de özel af niteliği taşıyabilir. Nitekim özel affın tanımına ilişkin değinilen Mahkememiz kararlarında açıklanan ilkeler gereği, incelenen kurallar mahkûmiyet kararında hüküm altına alınan 6 ila 8 yıl miktarındaki hapis cezalarını dönüştürmekte en azından hafifletmekte ve infaz kurumunda kalma süresini ortadan kaldırarak adeta cezasızlık sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir sonucun doğrudan hapis cezası üzerinde değişiklik yapılarak veya infaz kuralları üzerinden dolaylı biçimde yapılması arasında fark gözetilmemelidir.

14. Sonuç olarak bir düzenlemenin af sayılabilmesi için iki temel unsur aranmaktadır. İlki, kuralın geçmişe yönelik sınırlı süreli bir düzenleme olmasıdır. İkincisi ise düzenlemenin kesin hükümle belirlenen cezanın çekilmemesini sonuçlaması ya da miktarı veya niteliği itibarıyla cezanın hafifletilmesine neden olmasıdır. Geçici altıncı maddedeki hükümler, yukarıda belirtilen infaz kurumları üzerinden birlikte oluşturdukları sonuçları yönünden her iki unsuru da bünyesinde barındırmaktadır. Çoğunluk kararında ulaşılan sonucun aksine, incelenen kuralların özel af niteliğinde bulunması ve oylamada Anayasanın 87. maddesinde belirtilen nitelikli çoğunluk şartına uyulmaması nedeniyle

şekil bakımından Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerektiği görüşüyle oy kullandım.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 14/4/2020 tarihli ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 52. maddesiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un değiştirilen dava konusu geçici 6. maddesinin af düzenlemesi içerdiği ancak Anayasa'da af ile ilgili oy nisabı kuralına uyulmadığı gerekçesiyle şekil yönünden Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılmıştır.

2. Anayasa'nın 87. Maddesine göre *“genel ve özel af ilânına karar vermek”* için *“Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu”*nun kabul oyu gereklidir. Dolayısıyla genel ve özel af ilanı için nitelikli bir çoğunluk Anayasa koyucu tarafından aranmaktadır. Hem bu madde metninde hem de gerekçesinde af kavramının bir tanımı ve nasıl anlaşılması gerektiği hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Dolayısıyla, burada çözüme kavuşturulması gereken sorun dava konusu kuralın anlam ve kapsamını belirleyerek af niteliği taşıyıp, taşımadığının tespit edilmesidir.

3. Kanun koyucu iptali istenen kuralla düzenlenen hususları *af* olarak değil, cezaların infazına ilişkin müesseselerden *“denetimli serbestlik”* ve *“şartla tahliye”* (koşullu salıverilme) olarak nitelendirmiştir.

4. Anayasa'nın 104. maddesinin on altıncı fıkrasında Cumhurbaşkanının görevleri arasında *“Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırır.”* düzenlemesine yer verilmiştir. Burada Cumhurbaşkanıya tanınan özel af yetkisinin bazı niteliklere sahip kişilerin cezalarını hafifletmeyi veya kaldırmayı içermesinden hareketle özel af kavramının cezayı hafifletme ve kaldırmayı kapsadığını söyleyebiliriz. Bu maddede ifade edilen Cumhurbaşkanıya ait özel af yetkisinin ceza hafifletme veya kaldırma

özelliğinin Anayasa'nın 87. maddesinde geçen TBMM'nin sahip olduğu özel af yetkisi açısından da geçerli olduğunu Anayasa'nın sistematik yorumuna dayanarak söylemek mümkündür.

5. Genel af ise özel affa göre daha geniş bir kapsama sahiptir. Anayasa Mahkemesi bir kararında (E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001) aşağıdaki tespitleri yapmıştır:

“Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Bu genel tanım affın iki şekilde ortaya çıktığını göstermektedir. Bunlardan biri mahkûmiyet ve kamu davasını ortadan kaldıran genel af, diğeri de sadece cezaya etki eden özel aftır.”

6. Daha yakın tarihli bir kararda ise (E.2004/92, K.2008/119, 12/6/2008) Anayasa Mahkemesi af kavramını şu şekilde tanımlamıştır:

“Af, önceden ve belli bir zamana kadar işlenmiş olan, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır.”

7. Yukarıdaki kararlar ışığında, iptali talep edilen kuralın geçmişe yönelik olup olmadığının ve suç veya cezayı etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi konumuz açısından hayati bir öneme haizdir.

8. Geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkraların başında, anılan fıkralardaki düzenlemelerin hangi döneme ilişkin olduğunu belirtmek için “30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından” ibarelerine, (3) numaralı fıkroda ise (1) ve (2) numaralı fıkralara atfen bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre dava konusu fıkraların tamamı geçmişe dönük, belli bir döneme kadar işlenmiş olan suçları kapsamaktadır.

9. Geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarına baktığımızda hiçbirisi açık bir şekilde, doğrudan cezayı hafifletmemekte ya da kaldırmamaktadır. Kanun koyucu söz konusu fıkralardaki düzenlemeleri cezaların infazı kapsamında denetimli serbestlik ve şartlı tahliye müesseseleri olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte, kanun koyucunun bu niteliğinin ötesine geçilerek, adı geçen düzenlemelerin af özelliği taşıyıp taşımadıklarının da incelenmesi anayasallık denetimi açısından önem taşımaktadır.

10. Bu çerçevede yukarıda sayılan fıkralar, suçu konu alarak suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyen; başlanmışsa soruşturma ve kovuşturmayı, hükmedilmişse mahkûmiyeti, verilmişse cezayı tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir düzenleme getirmediğinden genel af niteliği taşımamaktadır. Bu tespitten sonra söz konusu fıkraların kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezayı, miktarını azaltmak veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek suretiyle hafifleten ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldıran bir özel af olup olmadığına da bakmak gerekmektedir.

11. Cezaların infazına ilişkin kurallar 5275 sayılı Kanun'a göre, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan bir hükümlünün cezasının önemli bir kısmını ceza infaz kurumunda geçirdikten sonra kalan kısmında denetimli serbestlik tedbiri ve koşullu salıverilme imkânlarından yararlanması mümkündür. Bunlar cezanın infaz şekline ilişkin hususlar olup, cezanın tamamının ceza infaz kurumunda kalmak şeklinde çektirilmemesinin kesin ve kesinleşmiş bir mahkûmiyetin sonucu olarak verilen cezanın kapsamını etkilemediği söylenebilir.

12. İlgili mevzuat gereğince hükümlünün denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı yönteminden yararlanabilmesi için koşullu salıverilmesine en az bir yıl kalmış olması gerekirken, geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası hükümlünün ceza infaz kurumunda geçirmesi gereken süreyi iki yıl kısaltmaktadır. Bu durum kesin veya kesinleşmiş olan mahkûmiyete bağlı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılan hükümlüler bakımından, normal infaz rejimine kıyasla hiç ceza infaz kurumunda kalmadan hürriyeti bağlayıcı cezasının infaz edilmesi sonucunu doğuracaktır.

13. Hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmanın doğal sonucu hükümlünün ceza infaz kurumunda tutulmasıdır. Dava konusu geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası 6 yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin bu cezayı doğal sonucu olan ceza infaz kurumunda hiç kalmadan infaz etmelerine olanak sağlamaktadır. Bu şekilde cezaya mahkûm edilenler denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz imkânından yararlanabileceklerdir. Dolayısıyla bu fıkrayla getirilen düzenleme gerçekte cezanın infaz şeklinden ziyade cezanın kendisini etkilemektedir.

14. Dava konusu kural, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve söz konusu fıkra uyarınca istisna tutulmayan suçlar bakımından hükmedilmiş 6 yıl

ve daha az hapis cezası ile 5237 sayılı Kanun'un 50. maddesi uyarınca hükmedilen belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma ve kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımlarını büyük ölçüde aynılaştırmakta, gerçekte hapis cezasının doğasını değiştirerek onu daha hafif başka bir yaptırıma dönüştürmektedir.

15. Bu değerlendirmeleri dikkate aldığımızda geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin, cezanın infaz şekline ilişkin olmadığı, cezanın kapsamını etkilediği, adeta daha hafif bir cezaya dönüştürerek cezayı hafiflettiği ve özel af niteliğinde olduğu görülmektedir.

16. Geçici 6. maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendine göre koşullu salıverilmesine 4 yıl kalan hükümlüler bakımından denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına imkân getirildiğinden ve olağan durumda şartla tahliye süresi cezanın yarısı kadar olduğundan, bu kez 8 yıl ve daha az hapis cezası almış hükümlüler örneği üzerinden geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasında belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri bu kural yönünden de geçerli olacaktır.

17. Geçici 6. maddenin (2) Numaralı Fıkrasının (b) Bendi, geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının yukarıda belirtilen sonuçlarını, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen ve söz konusu fıkra uyarınca istisna tutulmayan suçlar bakımından, maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülere verilen süre sınırı olmaksızın tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar yönünden doğurmaktadır. Dolayısıyla geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak yukarıda belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri dava konusu bu kural için de söz konusudur.

18. Geçici 6. maddenin (4) numaralı fıkrası diğer fıkralardaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı sürenin kısaltılmasından farklı olarak, bazı hükümlüler yönünden şartla tahliye süresini kısaltılmaktadır. Dolayısıyla bu kural tek başına ele alındığında söz konusu hükümlüler yönünden ceza infaz kurumunda kalınacak süreyi tamamen ortadan kaldıracak bir sonuç doğurmamakta, bu süreyi azaltmaktadır.

19. Cezaların infazına ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin gerçekte af niteliğinde olup olmadığını belirlemek için tespit edilmesi

gereken temel husus bunların gerçekte infaz şekline mi ilişkin olduğu yoksa cezanın kapsamını mı etkilediğidir. Aynı sorun infaza ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bağlamında da ortaya çıkmaktadır. Bu sorunun çözümü için AİHM cezanın infazı şekli-cezanın kapsamının değiştirilmesi kıstasını uygulamaktadır. Strazburg Mahkemesi *Del Río Prada/İspanya* kararında (§ 111) şartla tahliye süresinde yapılan değişikliği, cezanın kapsamının değiştirilmesi olarak kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi de *Metin Durmaz* kararında (B. No: 2013/7764, 25/3/2015, §39) anılan AİHM kararına da atfen Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile şartla tahliyenin geri alınması bağlamında benzer bir yaklaşımını benimsemiştir.

20. Anayasa Mahkemesi norm denetimi çerçevesinde verdiği bir kararında da (E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002) yaptığı değerlendirme sonucu kanun koyucunun şartla salıverme olarak nitelendirdiği bir düzenlemeyi af niteliğinde kabul edip gerekli karar nisabına uyulmaması nedeniyle iptal etmiştir. Anılan kararda şu ifadelerle yer verilmiştir:

“2. bendin ilk paragrafında, müebbet ağır hapis cezasına veya şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesi, ikinci paragrafında da, birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu infisahi) koşuluna bağlanması, getirilen düzenlemenin toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.”

21. Yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararları ve AİHM kararı dikkate alındığında cezanın ceza infaz kurumunda çektirileceği süreyi etkileyen şartla tahliye süresine ilişkin düzenlemelerin cezanın infaz şeklini belirleyen değil, cezanın kapsamını değiştiren düzenlemeler olarak kabul edilmesi gerekir. Buna göre *onbeş yaş altı ile onbeş onsekiz yaş aralığındaki hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirdiği süreler bakımından şartla tahliye süresini kısaltan* dava konusu geçici 6. maddenin (4) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin cezanın miktarını azaltmak suretiyle hafiflettiği ve bu nedenle özel af niteliğini taşıdığı açıktır.

22. Dava konusu geçici 6. maddenin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarının özel af niteliği taşıdıkları kanaatine varıldığından, bu fıkraların

kanunlaşması için Anayasa'nın 87. maddesine göre “Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu”nun kabul oyu vermiş olması gerekir. İlgili TBMM Genel Kurul tutanaklarının incelenmesi sonucunda teklifin tümü üzerindeki oylamanın açık oylama yöntemiyle yapıldığı ve oylama sonucunda 279 kabul ve 51 ret oyu kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla son oylamada Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca aranan nitelikli karar çoğunluğu kuralına uyulmamıştır.

23. Açıklanan nedenlerle yukarıda belirtilen fıkralarının şekil bakımından Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olduğu ve iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadık.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 14.4.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun'un şekil bakımından Anayasa'nın 87. ve 88. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali talebi ile açılan davada Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca bahse konu Kanun'un geçici 6. maddesinin af niteliğinde olmadığı, bu itibarla dava konusu 7242 sayılı Kanun'un toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasa'nın 96. maddesine tabi olduğu şeklindeki görüşe katılmamaktayız.

2. Bilindiği üzere ceza hukukundaki af kurumu hakkında oldukça farklı değerlendirmeler yapılmakta, demokratik hukuk devletinde çıkarılan af kanunları da farklı kesimlerce değişik tepkilerle karşılanmaktadır. Bunun içindir ki ülkemizde af ile ilgili olarak anayasa koyucu da bazı hassasiyetlere dikkat çekmektedir.

3. Bu bağlamda Anayasa'da af ile ilgili en önemli vurgulardan birisi Anayasa'nın 87. maddesinde yer almaktadır. Buna göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin ancak üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluk oyu ile genel veya özel af ilanına karar verebileceği öngörülmektedir. 2001 Anayasa değişikliği ile getirilen bu yenilik sayesinde af kanununun

normal kanunlardan daha yüksek bir yetersayısı ile çıkarılması esası benimsenerek af kanunlarının çıkarılması zorlaştırılmaya çalışılmıştır.

4. Bu tarihten sonraki zamanlarda da çıkarılan kimi kanunlar af niteliğinde görülerek Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış ve bu kanuni düzenlemeler dolayısıyla Mahkeme af ile ilgili değerlendirmelerde bulunmuştur.

5. Elbette ki af kanunu çıkarma Anayasa'da öngörülen esaslara uygun olmak şartı ile kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun koyucu öncelikle af ile ilgili düzenlemeleri şekil şartı olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üçlük çoğunluğunun oyu ile kabul etmek zorundadır.

6. Dava konusu Kanun adında da ifade edildiği üzere ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ilgili olarak kimi kanunlarda değişiklikler yapmaktadır. Bu bağlamda dava konusu Kanunun özellikle geçici 6. maddesi af boyutu ile daha fazla tartışmaların merkezinde oturmaktadır. Bu maddedeki fıkralarda 30.03.2020 tarihine kadar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen bazı suçları işleyenler bakımından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanundaki denetimli serbestlik ve koşullu salıverme ile ilgili esaslı değişiklikler yapılmaktadır.

7. Her ne kadar dava konusu geçici 6. madde bir infaz düzenlemesi gibi görünse de sonuç itibarıyla kapsamına aldığı suçlar yönüyle cezaların çektirilmesinde esaslı değişiklikler öngörmektedir. Bu yönü ile de kişilerin cezaevinde kalacakları süreleri de kısaltan yenilikleri bünyesinde barındırmaktadır.

8. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu tarafından bu hususlar bir infaz rejimi olarak nitelendirilmekte olup bu kanunun af kanunu niteliği taşımadığı, cezanın infazına yönelik hükümler niteliğinde olduğu kanaatine şu gerekçeyle ulaşılmıştır:

“Bu açıklamalar çerçevesinde geçici 6. maddenin hükümlünün çektirilmesi gereken toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığı, ceza infaz kurumundan kendiliğinden salıverilmesine yol açmadığı, bu kapsamda hükümlünün iyi hâlli olması şartının arandığı, anılan şart gerçekleşse dahi salıverilme kararı bakımından hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu, (1), (2) ve (3) numaralı fıkra hükümlerinden yararlanmak için ayrıca hükümlünün talebinin varlığının gerektiği, salıverilme sonrasında da devletin hükümlü

üzerindeki gözetim ve denetim yetkisinin devam ettiği, bu bağlamda hükümlüye bir veya birden fazla yükümlülük yüklenebileceği, gereklerine uygun davranılmadığı veya yeniden suç işlendiği takdirde salıverilme kararının geri alınmak suretiyle hükümlünün cezasının infazına ceza infaz kurumunda devam edilebileceği gözetildiğinde geçici 6. maddenin cezanın kapsamına ilişkin bir düzenleme olmayıp cezanın infaz usulüne yönelik hükümler öngördüğü anlaşılmaktadır.” (§ 71).

9. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira dava konusu geçici 6. maddeyi esas alan bir infaz rejimine göre bazı kişilerin 6 yıla kadar olan hapis cezaları bu kişiler hiçbir şekilde ceza infaz kurumunda kalmadan sadece denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilebilecektir. Böylelikle dava konusu düzenleme bu kişiler yönüyle hapis cezasını kişiye hiç çektirmeden daha hafif yaptırımlara dönüştürmektedir.

10. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında müebbet ağır hapis cezasına veya şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesini ve çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu infisahi) koşuluna bağlanmasını toplu ve şartlı özel af niteliğinde kabul ettiğini ifade etmiştir (Bkz.: E.S.: 2002/99, K.S.: 2002/51, K.T.: 28.5.2002. Benzer bir başka Anayasa Mahkemesi kararı için bkz.: E.S.: 2001/4, K.S.:2001/332, K.T.: 18.7.2001)

11. Dava konusu geçici 6. maddede infaz düzenlemesi kapsamına alınan suçlar ile bu maddeden faydalanamayacak olanlar kanun koyucu tarafından hiçbir somut kriter öngörülmeden tamamen takdiri bir şekilde düzenlenmiştir. Geçici 6. madde kapsamına alınan suçlar yine Kanun hükmündeki “30/03/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından” şeklinde belli bir tarih esas alınarak farklı bir infaz rejimine tabi tutulmaktadır.

12. Öncelikle dava konusu hükmün geçmişe yönelik bir düzenleme öngördüğü ve tüm suçlardan ziyade belli suçları kapsamına aldığı ifade edilmelidir. Ancak bu hükmün çoğunluk kararında da ifade edildiği üzere suçu konu alan, suç nedeniyle soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyen, başlanmışsa soruşturma ve kovuşturmayı, hükmedilmişse

mahkumiyeti, verilmişse cezayı tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran bir hukuki tasarruf (§ 17) olarak nitelendirilemeyeceğinden genel af olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte dava konusu hükmün suçu ortadan kaldırmaya bile çekilecek cezayı bazı suçlar yönünden azaltması ve hatta bazı kişiler açısından hiçbir şekilde cezaevine girmeyecek şekilde infaza tabi tutması yönü ile bu hükmün bir özel af niteliğinde olduğu açıktır. Dolayısıyla dava konusu kanun hükmünün salt denetimli serbestlik şeklindeki bir infazın ötesine geçen ve cezayı hafifleten yönü ile özel af sonucunu doğuran boyutu bulunduğu rahatlıkla fark edilmektedir.

13. Nitekim çoğunluk kararında da bu hususa “kuralların istisna kapsamına alınan suçlar dışında hükümlülerin denetimli serbestlik ve koşullu salıverme kurumlarından yararlandırılmak suretiyle ceza infaz kurumunda geçirecekleri süreyi önceki kanuni düzenlemeye göre kısalttığı” şeklinde vurgu yapılmıştır. Ancak infaz edilecek toplam ceza miktarında bir değişikliğe neden olmadığına değinilerek af kanunu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (§ 56).

14. Çoğunluk kararında daha sonra modern ceza infaz rejiminde cezaların tümünün belli kapalı yerlerde tutulması suretiyle çektirilmesi anlayışından, önce cezanın bir kısmının açık ceza infaz kurumunda çektirilmesi rejimine geçildiği, son dönemlerde ise artık cezanın konutta infaz edilmesi veya başkaca yükümlülükler belirlenmek suretiyle ceza infaz kurumu dışında infaz edilmesi yöntemlerinin diğer yöntemlerle birlikte uygulandığı, bu yönüyle modern ceza ve infaz hukukunun dinamik bir yapıya sahip olduğu, bu kapsamda cezanın tek tip olarak ceza infaz kurumunda infaz edilmesi dışında yeni uygulamaların tartışıldığı, bunların hayata geçirildiği, bir kısmından olumlu sonuç alınarak bunların uygulanmasına devam edildiği, bir kısmında ise değişikliklere gidildiği ifade edilmektedir (§§ 58-59).

15. Her ne kadar çoğunluk kararında dava konusu geçici 6. maddenin bir infaz düzenlemesi olduğu, cezanın miktarı ve türünde bir değişiklik yapmadığı ifade ediliyorsa da bahse konu düzenlemenin bu kapsamdan başka çekilecek hapis cezasını azaltmakta veya cezanın türünü de hafifletmekte olduğunu vurgulamak gerekir. Yine ifade etmek gerekir ki modern ceza hukukunda cezaların infazı ile ilgili farklı ve yeni usuller keşfedilip uygulamaya konulmakta ise de bu alandaki cezai yaptırımlardan en caydırıcısı halen hapis yaptırımıdır. Zira hapis

cezasının şahsi hürriyeti kısıtlayan boyutu onu halen en etkili ve caydırıcı cezai yaptırım olarak göstermektedir.

16. Bunun içindir ki anayasa yargısında af kanunları denetlenirken, anayasal özerk yorum çerçevesinde üzerinde asıl odaklanılması gereken hususların içerisinde hapis cezası şeklindeki cezai yaptırımın süresinin azaltılması veya başka yaptırımlara dönüştürülmesinin söz konusu olup olmaması halen en önemli başlıklardan birisi olarak varlığını devam ettirmektedir. Bu bağlamda dava konusu düzenlemenin kişilerin cezaevinde kalacakları süreleri de azaltan yenilikleri bünyesinde barındırmakta olduğu dikkate alındığında bu yönüyle bahse konu kanuni düzenlemenin bir özel af kanunu niteliği taşıdığı görülmektedir.

17. Bu nedenle af niteliğinde olan dava konusu geçici 6. maddenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 3/5'lik oyçokluğu ile kabul edilmediğinden, şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali gerektiği kanaatinde olduğumuz için Mahkememiz çoğunluk görüşüne katılamamaktayız.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Kanunun 7242 sayılı Kanunla değiştirilen geçici 6. maddesinin ve buna bağlı olarak 7242 sayılı Kanunun tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red gerekçesinde; geçici 6. maddede yapılan değişikliklerle, belli bir tarihe kadar işlenmiş ve istisna tutulmamış suçlar bakımından daha kısa sürede denetimli serbestlik tedbiri uygulanması öngörülerek bu kapsamdaki hükümlülerin ceza infaz kurumundaki infaz sürelerinin kısaltıldığı, bir düzenlemenin hükümlülerin ceza infaz kurumundan salıverilmeleri sonucunu doğurmasının af niteliğinde olduğunun kabulü için yeterli olmadığı, geçici 6. maddede yapılan değişiklikte denetimli serbestlik müessesesinin bütün unsurlarının korunduğu, bu itibarla

mezkûr düzenlemenin af niteliğinde bulunmadığı ve karar yeter sayısı bakımından Anayasanın 87. maddesine değil, 96. maddesine tâbi olduğu, bu maddeye göre de karar yeter sayısının sağlandığı belirtilerek, şekil bakımından iptal talebi reddedilmiştir.

Anayasanın 96. maddesinde; TBMM'nin, Anayasada başka bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar vereceği, ancak karar yeter sayısının hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamayacağı hükme bağlanarak karar yeter sayısına ilişkin genel ilke belirlenmiştir. Anayasanın 87. maddesinde ise; TBMM'nin genel ve özel af ilânına üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun karar verebileceği belirtilerek, 96. maddede karar yeter sayısı konusunda öngörülen genel ilkeye bir istisna getirilmiştir.

Anayasanın 87. maddesinde veya başka bir hükmünde genel ve özel affın bir tanımına yer verilmemekte, Anayasada böyle bir tanım yapılmış olmasına gerek de bulunmamaktadır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre -aşağıda da açıklanacağı üzere- Anayasaya uygunluk denetimi, bu denetime konu olan kurallardaki müesseselerin gerçek nitelik ve içerikleri tespit edilerek gerçekleştirilmektedir.

Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesine göre, Anayasada yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı usuller uygulanarak oluşturulması hâlinde, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve hâkim kılınabilmesi için bu tasarrufların anayasal denetiminin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir (örn. olarak bkz. 28/5/2002 tarihli ve E.2002/99, K. 2002/51 sayılı karar).

Bu sebeple, dava konusu kanun hükümleri hakkında da, karar yeter sayısı bakımından Anayasanın hangi hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesi için dava konusu maddenin anlam ve kapsamının, dolayısıyla kanunun öngördüğü müessesenin hukukî niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, daha önce 4616 sayılı Kanundaki “düzenlemenin hükümlülere getirdiği yarar cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlamasıdır” diyerek “toplu özel af” niteliğinde olduğuna karar vermiş

(18/7/2001 tarihli ve E. 2001/4, K. 2001/332 sayılı karar); bu Kanunun iptal edilmesinden sonra çıkarılan 4758 sayılı Kanunla ilgili olarak yaptığı değerlendirmede de, düzenlemenin aynı hususları kapsamı yanında belirli bir süre suç işlememe şartına bağlanmasının “toplu ve şartlı özel af” niteliğinde olduğunu belirterek -ilk kararından yaklaşık üç ay sonra değiştirilen- Anayasanın 87. maddesinde af için öngörülen karar yeter sayısının sağlanmaması nedeniyle, incelenen kuralın şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir (28/5/2002 tarihli ve E. 2002/99, K. 2002/51 sayılı karar).

Böylece Mahkememiz, her iki kanunla yapılan düzenlemenin de yasama organınca yapılan adlandırmasını değil, içeriğine göre yaptığı değerlendirmeyi esas alarak sonuca ulaşmış ve mezkûr kanunların genel ve sürekli nitelik taşımayan geçici nitelikteki hükümlerinin özel af niteliğinde olduğunu belirtmiştir.

Bu itibarla, geçici 6. maddede yapılan düzenlemenin hukukî niteliğinin belirlenmesine ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede de, yukarıdaki kararlarımızda bu müesseselere nasıl bir anlam verildiği gözönünde bulundurulmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesinin 2001 ve 2002 yıllarında verdiği mezkûr kararlarda, geçici bir hükümle cezaevinde kalma süresini kısaltan veya cezaevine hiç girmeden cezanın infazına imkân veren düzenlemelerin özel af niteliğinde olduğuna hükmedilmiş; doktrinde de yaygın şekilde -yukarıda aktarılan kararımıza konu 4616 sayılı Kanun da dahil olmak üzere- cezaların infazıyla ilgili geçici nitelikteki düzenlemelerin af niteliğinde olduğu belirtilmiştir (örn. olarak bkz. M. Ruhan Erdem, Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001, s. 37-38; Timur Demirbaş, Af Tartışmaları ve 4616 sayılı “23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”, Anayasa Yargısı, S. 18, Ankara 2001, s. 96; Adem Sözüer, Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelenmeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu, Anayasa Yargısı, S.18, Ankara 2001, s. 219 vd.; Doğan Soyaslan, Af, Anayasa Yargısı, S.18, Ankara 2001, s. 430-431).

Diğer taraftan söz konusu düzenlemenin af niteliğinde olup olmadığının tespitinde, Mahkememizin yukarıda belirtilen kararlarından sonra yürürlüğe konulan ve mezkûr içtihadımız ile bilimsel görüşlerin de dikkate alınması suretiyle düzenlendiği anlaşılan 5237 sayılı Kanunun 65. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki “Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir” hükmünün de, Anayasanın 87. maddesinde geçen “özel af”ın belirlenmesinde gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

Mahkememizin birçok kararında da, Anayasaya uygunluk denetiminin önemli bir safhasını oluşturan “incelenen kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesinde” kuralın bulunduğu kanunun diğer hükümleri ve ilgili diğer kanunların -özellikle temel kanunların- hükümlerinin gözönünde bulundurulacağı belirtilmektedir.

Mesela yakın tarihli bir kararımızda “kuralın anlam ve kapsamının anlaşılabilmesi için sadece lafzıyla değil içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanması... kuralın amacının araştırılarak amacına uygun yorumlanması gerekir. Ayrıca yargı içtihatlarıyla şekillenen ... temel ilkelerin de kuralın yorumunda gözönünde bulundurulması gerekmektedir” denilerek kuralın anlam ve kapsamı belirlenirken (11/4/2019 tarihli ve E. 2019/8, K. 2019/26 sayılı karar); başka bir kararımızda da, 5237 sayılı Kanunun 103. maddesindeki bazı hükümlerin Anayasaya uygunluk denetiminde hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesi için Kanunun 6. maddesindeki “çocuk” tanımı aktarılarak Anayasaya uygunluk denetimi buna göre yapılmıştır (15/5/2019 tarihli ve E. 2017/135, K. 2019/35 sayılı karar). (19) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin bir hükmünün Anayasaya uygunluk denetiminde de, iptali talep edilen kuralın anlam ve kapsamı belirlenirken 5018 sayılı Kanunun 3. maddesindeki “bütçe” tanımı ile 12. maddesindeki “bütçe türleri ve bunların kapsamı” esas alınmıştır (11/6/2020 tarihli ve E. 2018/155, K. 2020/27 sayılı karar).

Örnekleri daha da çoğaltılabilecek bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, incelenen hükmün anlam ve kapsamının belirlenmesi Anayasaya uygunluk denetiminin bir parçasıdır ve dava konusu kurala ilişkin bu denetimde anayasal ilkelerle birlikte Mahkememizin kararlarından, hukukun genel ilkelerinden, yargısal ve bilimsel içtihatlardan

yararlanılması yanında 5237 sayılı Kanunun 65. maddesi de gözönünde bulundurulmalıdır. Anılan maddenin, düzenlemenin anlam ve kapsamının belirlenmesinde gözönünde bulundurulması kanunun kanunla denetlenmesi anlamına gelmeyeceği gibi söz konusu özerk anayasal yorumun gereğidir.

Çoğunluğun red gerekçesinde de, incelenen kuralın öngördüğü kurumun hukukî niteliğinin belirlenmesi amacıyla dava konusu maddenin anlam ve kapsamının ortaya konulması gerektiği ifade edilerek, 5271 sayılı Kanunun 107. maddesindeki koşullu salıverilme ve 5275 sayılı Kanunun 105/A maddesindeki denetimli serbestlik müesseselerinin açıklanmasına ve kuralın denetimli serbestlik müessesesine ilişkin bir düzenleme öngördüğü sonucuna varılırken Kanunun denetimli serbestlik şartlarını düzenleyen 105/A maddesine göre değerlendirme yapılmasına, bu yönüyle de düzenlemenin af getirmediğinin belirtilmesine karşılık, Mahkememizin önceki kararlarına ve 5237 sayılı Kanunun 65. maddesindeki tanıma ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Kararda sadece, bir özel af türü olan sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarının Cumhurbaşkanı tarafından hafifletilmesi veya kaldırılması hükmüne atıfla bir tanım getirilerek, “gerek Cumhurbaşkanının gerekse TBMM’nin kararıyla olsun özel affın cezayı hafifletme veya kaldırma niteliğine sahip olduğu” belirtilmiştir. Böylece incelenen kuralın cezayı ortadan kaldırmak veya kısaltmak suretiyle cezanın kapsamına etki etmediği, sadece cezanın infaz şeklini değiştirerek ceza infaz kurumunda geçirilecek sürenin kısaltıldığı ifade edilmek suretiyle kuralın anlam ve kapsamı 5237 sayılı Kanundan ve önceki kararlarımızdan farklı olarak belirlenmiştir. Bu anlam ve kapsam belirleme usulüne katılmak mümkün değildir.

Kuşkusuz, bir infaz rejimi olan denetimli serbestlikte de cezalar infaz edildiğinden, sadece infaz şeklinin değiştirilmesi sebebiyle hükümlülerin ceza infaz kurumlarından salıverilmeleri sonucunu doğurması, düzenlemenin öngördüğü kurumun af niteliğinde olduğunun kabulü için yeterli değildir. Başka bir anlatımla, kanunda düzenlenen suç ve cezayı ortadan kaldıran veya fiil için öngörülen cezayı azaltan yasal değişikliklerin sonucu olarak hükümlülerin cezaevlerinden tahliye edilmesini Anayasanın 87. maddesi anlamında af olarak nitelendirmek isabetli olmadığı gibi infaz rejimini düzenleyen genel ve sürekli

hükümlerde yapılan değişikliklerle, örneğin hükümlülerin şartla salıverilme veya denetimli serbestlik müesseselerinden yararlanabilmeleri için cezaevinde geçirmeleri gereken sürelerin kısaltılmasının sonucu olarak salıverilmelerinin de 87. madde kapsamında af olarak nitelendirilmesi doğru olmaz.

Buna karşılık, denetimli serbestlik rejimi ile ilgili olduğunda tartışma bulunmayan bir kuralın -5275 sayılı Kanunun denetimli serbestlik şartlarını düzenleyen 105/A maddesinde öngörülen şartlar ve cezaevinde infaz edilmesi gereken süreler değiştirilmeden- sadece belli bir tarihe kadar işlenmiş suçlardan verilen cezaları kapsayan geçici nitelikte bir düzenleme içermesi; başka bir ifadeyle, yukarıda belirtilen sonuçları doğurmasına karşılık bunu genel ve sürekli nitelik taşımayan bir düzenleme ile gerçekleştirmesi, özel af niteliğinde olduğunu gösterir.

Nitekim, iptali talep edilen geçici 6. maddede, 30/3/2020 tarihine kadar işlenen bazı suçlardan hükümlü olanlar bakımından cezaların denetimli serbestlik yoluyla infaz edilmesi için kalan sürelerin iki veya üç katı olarak uygulanması öngörülerek cezaevinde infaz edilmesi gereken ceza sürelerinin kısaltıldığı, bazı suçlar bakımından ise kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Mesela mezkûr maddenin (1) numaralı fıkrası, altı yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm edilenlerin bu cezalarının ceza infaz kurumlarında hiç kalmadan infaz edilmesine imkân sağlamaktadır. Özetle, geçici 6. madde, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son vermesi veya infaz kurumunda çektirilecek süreyi kısaltması ve bunu genel ve sürekli nitelik taşımayan geçici nitelikteki düzenlemelerle yapması nedeniyle özel af niteliğinde bir hüküm getirmektedir. Aksinin kabulü, özel af için nitelikli çoğunluk öngören Anayasanın 87. maddesinin ve Anayasa koyucunun buna ilişkin iradesinin etkisiz kılınması sonucunu doğurur.

Bu sebeple Anayasanın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluk tarafından kabul edilmesi gereken geçici 6. madde bakımından bu karar yeter sayısının sağlanmadığında ise tereddüt bulunmamaktadır.

Diğer taraftan yerleşik içtihadımıza göre bir kanunun herhangi bir maddesinin şekil bakımından iptali -kanun maddelerinin hepsi üzerinde tek bir oylama yapılmış ise- kanunun tümünün de iptalini gerektirmektedir.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Bu itibarla, geçici 6. madde ile yapılan düzenlemede özel af getirilmesine rağmen Anayasanın 87. maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluğun sağlanmaması nedeniyle geçici 6. maddenin ve buna bağlı olarak Kanunun tümünün şekil bakımından Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2020/12
Karar Sayısı : 2020/46
Karar Tarihi : 10/9/2020
R.G. Tarih - Sayı : 18/11/2020 – 31308

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Manisa 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez." ibaresinin Anayasa'nın 13., 26. ve 34. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Gerçekleştirilmek istenen toplantı ve gösteri yürüyüşüne izin verilmemesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 22. maddesi şöyledir:

"Yasak yerler

Madde 22- (...) ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamaz ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez.

Genel meydanlardaki toplantılarda, halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sağlamak üzere valilik ve kaymakamlıklarca yapılacak düzenlemelere uyulması zorunludur."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN,

Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 19/2/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Burak FIRAT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle toplantı ve gösteri yapmanın amacının birtakım hak taleplerinin veya hukuksuzlukların kamuoyu ile paylaşılmasını sağlamak olduğu, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerin belirlenmesinde o yeri kullanacak diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin de gözetilmesi ve makul bir dengenin kurulması gerektiği, ancak böyle bir değerlendirme yapılmadan itiraz konusu kuralla şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü yapılmasının kategorik olarak yasaklandığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 26. ve 34. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasında parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamayacağı ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Anılan fıkra da yer alan "...ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

5. Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan hak, bireylerin düşünce

açıklamalarında bulunmak amacıyla açık veya kapalı mekânlarda, kamu otoriteleri ile üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın geçici olarak bir araya gelebilme serbestisini korumaktadır.

6. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, bir düşünceyi açıklamak, ortak çıkarları savunmak, belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak ve siyasal karar organlarını etkilemek için bireylerin bir araya gelebilmeleri amacına hizmet eder. Bu nedenle söz konusu hak, ifade özgürlüğüyle de yakından ilgili olup ifade özgürlüğü ile birlikte demokratik toplumun temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne gösterilen önem ve hassasiyetin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı yönünden de geçerli olması gerekmektedir.

7. Kural, şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenemeyeceğini öngörmek suretiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını yer yönünden sınırlamaktadır.

8. Anayasa Mahkemesi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının yer yönünden sınırlandırılmasına ilişkin temel yaklaşımını, 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Genel yollar ...*" ibaresinin iptaline karar verdiği 28/9/2017 tarihli ve E.2014/101 ve K.2017/142 sayılı kararında ortaya koymuştur.

9. Anılan kararda toplantı ve gösteri yürüyüşünün başkalarının günlük yaşamlarını bir miktar zorlaştırmasının kaçınılmaz olduğu, genel yolların farklı amaçlarla kullanımının, farklı özgürlüklerin çatışmasına yol açabileceği, ancak temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda özgürlükler arasında makul bir denge kurularak mümkün olduğu ölçüde her ikisinin de korunduğu bir yolun benimsenmesi gerektiği, bu bağlamda genel yollarda toplantı düzenlenmesinin bu yolları kullanan kişilerin seyahat özgürlüklerini kısıtlamasının, otomatik olarak bu yollarda toplantı yapılmasının yasaklanmasını gerektirmeyeceği belirtilmiştir. Trafik akışının bozulması riskinin, genel yolların toplantılara tamamen kapatılmasına haklılık kazandırmayacağına vurgu yapılan kararda gündelik yaşamın etkilenme boyutuna yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın genel yollarda toplantı yapılmasının kategorik olarak yasaklanmasının demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği, dolayısıyla kuralla getirilen söz konusu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun

bir sınırlama olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşarak kuralın iptaline karar verilmiştir (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/9/2017, §§ 119, 123).

10. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmiştir. Buna göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama şartlarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

11. Anayasa'nın 34. maddesinin üçüncü fıkrasında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda kabul edilen 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesinde toplantı yapılamayacak ve gösteri yürüyüşü düzenlenemeyecek yerler belirlenmiş olup şehirlerarası karayollarında da gösteri yürüyüşü düzenlenmesi yasaklanmıştır.

12. Anayasa'nın anılan maddesinin ikinci fıkrasında ise toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesi, kamu düzenini ve diğer insanların seyahat özgürlüğünü etkileyebilir. Nitekim maddenin *“Maddede toplantı ve yürüyüş yapılması yasak olan yerler açıklanmış, ayrıca trafik düzeninin aksamaması hususu göz önünde bulundurulmuştur”* şeklindeki gerekçesinden, kanun koyucunun şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesini yasaklama nedeninin trafik düzeninin aksatılmaması olduğu anlaşılmaktadır.

13. Trafik düzeninin aksamasının kamu düzenini ve diğer bireylerin seyahat özgürlüğünü etkileyebileceği açıktır. Bu itibarla şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenemeyeceğini hükme bağlayan kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerine uygun olarak öngörüldüğü, dolayısıyla anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

14. Şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi, farklı özgürlüklerin çatışmasına yol açabilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda özgürlüklerden birinin diğerine tercih edilmesi değil, özgürlükler arasında makul bir denge kurularak her ikisinin de gerektiği ölçüde korunduğu bir yolun benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin bu yolları kullanan kişilerin seyahat özgürlüklerini kısıtlaması, o alanda gösteri yürüyüşü yapılmasının kategorik olarak yasaklanmasını gerektirmez. Diğer bir ifadeyle trafik akışının bozulması riski ve bunun doğuracağı sonuçlar, şehirlerarası karayollarının gösteri yürüyüşlerine tamamen kapatılmasına haklılık kazandırmamaktadır.

15. Gösteri yürüyüşünün yapılacağı güzergâh belirlenirken trafik düzeninin etkilenip etkilenmediği hususunun da gözönünde bulundurulması, haklar arasında denge kurulabilmesi bakımından gerekli ise de trafik düzeninin aksamamasına mutlak bir üstünlük tanınması, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aleyhine orantısız bir şekilde bozulması sonucunu doğuracaktır. Zira Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da işaret edildiği üzere toplantı ve gösteri yürüyüşünün başkalarının günlük yaşamlarını bir miktar zorlaştırması kaçınılmaz olup demokratik toplumda bu hakkın kullanılmasının gündelik yaşamı bir miktar zorlaştırmasının hoşgörüsüyle karşılanması gerekir (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/9/2017, § 51; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 119; *Dilan Ögüz Canan* [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 41; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 69).

16. Yürüyüşün yapılacağı mekânın belirlenmesinde başkalarının hak ve özgürlüklerine mutlak bir üstünlük tanınması durumunda, sadece belirli yerler gösteri yürüyüşü güzergâhı olacak, geri kalan yerler ise mutlak olarak yasaklanmış alan sayılacaktır. Oysa bazı durumlarda gerçekleştirilecek yürüyüşlerin muhataplarını etkileyebilmesi bakımından düzenlendiği mekânın, seçilen güzergâhın büyük bir önemi bulunmaktadır. Demokratik bir toplumda zorlayıcı bir neden bulunmadıkça kişilerin gösteri yürüyüşünü düzenleyecekleri mekânı seçebilmeleri gerekir.

17. Öte yandan, trafik düzeninin aksamaması ölçütünün dikkate alınmayacağı da söylenemez. Bu kapsamda bir yerde gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi nedeniyle trafiğin aksaması gündelik yaşamı *aşırı ve katlanılamaz* derecede zorlaştırıyorsa anayasal ilke ve kurallara uygun davranılması şartıyla söz konusu hakkın sınırlanması mümkündür. İtiraz konusu kuralda ise zorlaştırmanın boyutuna yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmezsizin şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşünün düzenlenmesi kategorik olarak yasaklanmaktadır. Bu itibarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına getirilen sınırlama zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlama olarak değerlendirilemez.

18. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 26. maddesi yönünden incelenmemiştir.

IV. HÜKÜM

6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA 10/9/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

FARKLI GEREKÇE

1. Mahkememizce, 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez." ibaresinin iptaline karar verilmiştir. İptal kararına aşağıda belirtilen gerekçelerle iştirak ediyorum.

2. 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasında parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamayacağı ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

3. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir." denilmek suretiyle anayasal güvenceye bağlanmıştır.

4. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, düşünceyi ifade etme biçimlerinden birini oluşturur ve bireylerin bir fikri açıklamak, ortak çıkarları savunmak, belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak ve siyasal karar organlarını etkilemek için bir araya gelebilmeleri amacına hizmet eder. Bu hak ifade özgürlüğüyle yakından ilgilidir ve ifade özgürlüğü ile birlikte demokratik toplumun önemli unsurlarından birisini oluşturur. Dolayısıyla demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne gösterilen önem ve hassasiyetin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına da gösterilmesi gerekir.

5. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının amacı ve mahiyeti ile konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları gözetildiğinde, bu hakkın, toplantı veya gösteri yürüyüşünün yapılacağı mekânı seçme serbestisini de kapsadığı açıktır. Bu itibarla bireylerin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyecekleri yeri belirleme serbestisini sınırlayan düzenlemeler bu hakka müdahale niteliği taşır.

6. İtiraz konusu kural şehirlerarası karayollarında hiçbir şekilde gösteri yürüyüşü düzenlenemeyeceğini öngörmek suretiyle anılan hakka sınırlama getirmektedir.

7. Anayasa'nın 34. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Buna göre demokratik toplum açısından çok önemli bir hak olmasına rağmen toplantı ve gösteri yürüyüşleri de Anayasa'da belirtilen nedenlere, kural ve ilkelere uygun davranmak kaydıyla sınırlandırılabilir. Dolayısıyla kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine uygun davranmak koşuluyla toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılacak yer ve güzergâhlara yönelik olarak sınırlamalar getirmesi mümkündür.

8. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmiştir.

9. Buna göre kuralın Anayasa'ya uygun olup olmadığının tespit edilebilmesi için kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 34. maddesinde belirtilen sebeplere dayanma, demokratik toplum düzeninin

gereklerine uygun olma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama şartlarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

10. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya *başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amacıyla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

11. Şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesi kamu düzenini ve diğer insanların seyahat özgürlüğünü etkileyebilir. İtiraz konusu kuralın gerekçesinde "*Maddede toplantı ve yürüyüş yapılması yasak olan yerler açıklanmış, ayrıca trafik düzeninin aksamaması hususu göz önünde bulundurulmuştur.*" denilmiştir. Gerekçeye göre kanun koyucunun şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesini yasaklama nedeninin trafik düzeninin aksatılmaması olduğu anlaşılmaktadır.

12. Şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü düzenlenmesinin, buna bağlı olarak da trafik düzeninin aksamasının, başta gösteri yürüyüşü yapacak bireylerin olmak üzere birçok kişinin can ve mal güvenliğini dolayısıyla kamu düzenini ve bir kısım bireylerin seyahat özgürlüğünü etkileyebileceği tartışmasıdır. Bu nedenle gösteri yürüyüşünün yapılacağı güzergâhın belirlenmesinde trafik düzeninin aksamaması ölçütünün dikkate alınmayacağı söylenemeyeceğinden, itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerine uygun olarak öngörüldüğü sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla *başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amacına dayanan kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak kuralın anayasal bağlamda meşru bir sınırlama nedenine dayanması yeterli olmayıp demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlama niteliğini de taşıması gerekir.

13. Anayasa Mahkemesinin muhtelif kararlarında işaret edildiği üzere bir kısım hak ve özgürlükler ile diğer bir kısım hak ve özgürlükler arasında veya bir kısım hak ve özgürlükler ile kamu yararı arasında kaçınılmaz olarak bir çatışma çıkması halinde, özgürlüklerden birinin diğerine tercih edilmesi gibi bir yolun değil, özgürlükler arasında veya özgürlükler ile kamu yararı arasında makul bir denge kuran, her ikisini de gerektiği ölçüde koruyan bir yolun benimsenmesi gerekir. Ayrıca toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı bakımından, toplantı ve

gösteri yürüyüşünün başkalarının günlük yaşamlarını bir miktar zorlaştırmasının kaçınılmaz olduğunun, demokratik toplumda bu zorlaştırmanın hoşgörüyü karşılanması gerektiğinin de dikkate alınması gerekir. (AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/9/2017, § 51; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 119; *Dilan Ögüz Canan* [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017, § 41; *Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 69).

14. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na bakıldığında, şehirlerarası karayollarının (erişme kontrollü karayolları- otoyollar, ekspres yollar, tek yönlü karayolları, iki yönlü karayolları, bölünmüş karayolları vb. şekilde) farklı özellikleri haiz birçok türünün bulunduğu görülmektedir. Bu durum dikkate alındığında, gösteri yürüyüşü yapılabilmesi bakımından her bir şehirlerarası karayoluna farklı bir yaklaşım gösterilebileceği; ayrıca gösteri yürüyüşlerinin gerçekleştiriliş biçimleri ile gösteri yürüyüşüne katılacak olanların sayısal farklılıklarının da her türdeki şehirlerarası karayolu bakımından farklı değerlendirmeler yapılabilmesine imkân sağlayabileceği; hal böyle olunca da salt trafik düzenin aksamaması amacının temini bakımından, şehirlerarası karayollarının tümünde ve her durumda gösteri yürüyüşü yapılmasının mutlak olarak yasaklanmasının gerekmediği, itiraz konusu kuralda ise bu durumla çelişen bir hükme yer verildiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle salt trafik akışının bozulması riskinin ve bunun doğuracağı sonuçların, birçok çeşidi bulunan şehirlerarası karayollarının aralarında ayırım yapılmaksızın tümünün kategorik olarak gösteri yürüyüşlerine tamamen kapatılmasına haklılık kazandırmadığı sonucuna varılmaktadır.

15. Ayrıca belirtmek gerekir ki bazı durumlarda, gerçekleştirilecek yürüyüşlerin muhataplarını etkileyebilmesi bakımından, düzenlendiği mekânın, seçilen güzergâhın büyük bir önemi bulunur. Dolayısıyla demokratik bir toplumda zorlayıcı bir neden bulunmadıkça kişilerin gösteri yürüyüşünü düzenleyecekleri mekânı seçebilmeleri gerekir.

16. Bu itibarla haklar arasında denge kurulabilmesi bakımından, gösteri yürüyüşünün yapılacağı güzergâhın belirlenmesinde trafik düzeninin etkilenip etkilenmediği hususu gözönünde bulundurulabilecek bir unsur niteliğini haiz ise de bundan hareketle yukarıda belirtilen hususlar bağlamında demokratik toplum düzeni bakımından gerekliliği ortaya konulmaksızın, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına nazaran trafik düzeninin aksamamasına mutlak bir üstünlük

tanınmasının, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır.

17. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

KARŞI OY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, fıkra da belirtilen amaçlarla kanunla sınırlanabilmektedir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

İptal istemine konu kural, Anayasanın anılan hükümleri doğrultusunda bir sınırlama öngörmekte ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşü yapılması yasaklamaktadır. Ülke çapında çeşitlilik gösteren (erişme kontrollü karayolları-otoyollar, ekspres yollar, tek yönlü karayolları, iki yönlü karayolları, bölünmüş karayolları vb.) şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması, şüphesiz kamu düzeninin (trafik güvenliği) ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına dayalıdır. Anayasa'nın açıkça sınırlama getirebileceğini düzenlediği bir hakkın, yine Anayasa'nın 13. maddesine uygun biçimde sınırlanması gerekir. Kural bu yönü itibarıyla de 13. maddeye uygun olup, ölçülülük ilkesine aykırı değildir. Aksinin kabulü, karayolu trafiğine tahsisli şehirlerarası yolların yayalarca gösteri yürüyüşü sahası olarak yoğun biçimde kullanılmasına yol açacak, can ve mal güvenliği, dolayısıyla da karayolu ulaşımı ve trafiği büyük risk ve tehlike altına girecektir. Kamu düzeni ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi Anayasal kriterler bir istisna olarak düzenlenmiş ve bu konuda yasa koyucuya bir takdir hakkı tanınmışken,

gösteri yürüşü düzenleme hakkının bu istisna gözetilmeksizin adeta mutlak bir hak gibi değerlendirilmek suretiyle, kişilerin diledikleri mekânda gösteri yürüyüşü düzenlemeleri gerektiği şeklinde bir sonuca ulaşılması, belirtilen Anayasal düzenlemelerle uyumlu değildir.

Açıklanan nedenlerle; kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞI OY GEREKÇESİ

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, Anayasanın 34. maddesinde yer alan mutlak olmayan anayasal bir haktır. Anayasa'nın 34/2. maddesi gereğince bu hak; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde bu hak toplanma hakkı olarak isimlendirilmekte ve Anayasadaki düzenlemenin aksine gösteri yürüyüşünden bir hak veya unsur olarak bahsedilmemektedir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında gösteri yürüyüşü, toplanma hakkının özel bir tezahür şekli olarak söz konusu hak kapsamında değerlendirilmektedir¹. Aynı şekilde oturma eylemi yapmak ve slogan atmakta toplanma hakkının özel tezahür şekilleri olarak kabul görmektedir².

Anayasada yer alan düzenlemeye uygun şekilde toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı her iki faaliyeti de kapsayacak şekilde ve her ikisini de ayrı ayrı tanımlamak suretiyle 2911 sayılı Kanun tarafından düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun 2. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü kavramları ayrı ayrı tanımlanmıştır. Kanunun sistematığında de bu iki faaliyet genel olarak birlikte zikredilmek suretiyle değerlemelere

1 Christians Against Racism and Fascism - Birleşik Krallık (Prg.148)

2 Cisse - Fransa, Oya Ataman - Türkiye

tabi tutulmakla birlikte, itiraz talebine konu 22. maddede olduğu gibi ayrı ayrı düzenlemelere de tabi olabilmektedir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı niteliği itibariyle başta ifade özgürlüğü olmak üzere diğer temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinde bir araç hak olarak da fonksiyon icra etmektedir. 2911 sayılı Kanunun 2. maddesindeki tanımlarda toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının “belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzel kişilerin düzenleyecekleri faaliyetler” olarak nitelendirilmek suretiyle, bu hakkın ifade özgürlüğüyle olan ilişkisi ön plana çıkartılmaktadır. Bununla birlikte toplanma hakkı din ve vicdan hürriyetinin gerçekleştirilmesinde de fonksiyon icra edebilmektedir.

Özü itibariyle gerek toplanma ve gerekse gösteri yürüyüşü 2911 sayılı Kanunda iki ayrı faaliyet olarak tanımlanmış olsa da özünü toplanma fiilinin oluşturduğu tek bir haktır. Ayrıca başta düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti olmak üzere diğer hakların gerçekleştirilmesine de hizmet eden bir araç hak niteliğindedir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “toplanma hakkı” ismiyle hayat bulmakta, toplanma fiiline ek olarak yürüme, oturma, slogan atma, protestoda bulunma şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Hakkın temelinde birden fazla kişinin bir araya gelerek kendilerini ifade etmeleri yatmaktadır. Buradan hareketle ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, aslolan insanların bir araya gelerek kendilerini ifade etmeleri, toplanmak suretiyle birlikteliklerinden oluşacak güçten istifade etmeleridir.

Kanun koyucu 2911 sayılı Kanunun 22/1. maddesinde şehirlerarası karayollarını gösteri yürüyüşleri için uygun bir mekân olarak değerlendirmemektedir. Bu durumun Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hususuna gelince, öncelikle söz konusu hakkın Anayasa’daki düzenleniş şekline bakılmasında fayda vardır.

Yukarıda da belirtildiği gibi söz konusu hak tanımlanırken nitelik itibariyle tasnife tabi tutularak ancak silahsız ve saldırsız olan toplantı ve gösteri yürüyüşleri temel bir hak olarak tanımlanmıştır. Ayrıca kendisini düzenleyen maddede özel kısıtlama sebepleriyle tahdit edilebileceği de belirtilmiştir. Bu bağlamda bir toplantı ve gösteri yürüyüşü silahsız

ve saldırısız olsa bile Anayasanın 34/2. maddesinde sayılan sebeplerle sınırlandırmaya tabi tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu sebepler arasında “başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması” gerekçesiyle yapılacak sınırlamalar konumuz açısından da özel önem arz etmektedir.

Şehirlerarası karayolları insanların başta seyahat özgürlüğü olmak üzere birçok hakkını kullanmak için yararlandığı yerlerdir. Bu hakkın yanı sıra, şehirlerarası karayolları ayrıca kişilerin mülklerini kullanmaları, eğitim haklarından yararlanmaları, çalışma haklarını gerçekleştirmeleri için de kullandıkları mekanlardır. Bu nedenle şehirlerarası karayollarında yapılacak gösteri yürüyüşlerinin başkalarının başta seyahat özgürlüğü olmak üzere birçok hakkını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyeceği gayet açıktır. Bunun yanı sıra bu yolları kullanan ambulans ve itfaiye araçları gibi acil hareket etmeleri bireylerin yaşam hakkıyla doğrudan ilintili vasıtalar nedeniyle buralarda yapılacak faaliyetlerin başkalarının yaşam haklarına da olumsuz tesir etme ihtimali bulunmaktadır. Hatta gösteri yürüyüşlerine katılanların dahi şehirlerarası karayollarının özellikleri gereği yaşamlarının tehlikeye girme ihtimali de bulunmaktadır.

Öte yandan toplanma ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kendisinden umulan fonksiyonu yerine getirebilmesi için birtakım rahatsızlıklara neden olmasını da tahammülle karşılamak gerektiği genel kabul gören bir gerçekliktir. Buradaki ölçü ise başkaları ve kamu açısından toplantı gösteri yürüyüşünden kaynaklanacak sıkıntıların katlanılmaz boyutlara ulaşmamasıdır³.

2911 sayılı Kanun’un 22. maddesinin 1. fıkrası ile kanun koyucu bir hakkın kullanılması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında şehirlerarası karayollarında toplanmaya izin vermek ama gösteri yürüyüşlerini yasaklamak suretiyle makul bir denge kurmuştur.

Daha statik ve kontrolü nispeten daha kolay olan toplanma faaliyetine izin vermek suretiyle bireylerin ifade özgürlüklerini kullanmalarına ve seslerini duyurmalarına imkân sağlarken, daha dinamik ve kontrolü daha zor olan, ayrıca zaman itibarıyla daha uzun sürede gerçekleşme ihtimali yüksek bulunan gösteri yürüyüşlerini kısıtlamak suretiyle Anayasanın 34/2. maddesinde sayılan kısıtlama sebeplerinden yararlanarak başkalarının hak ve özgürlüklerini kullanmalarını teminat altına almaya çalışmıştır.

3 Eva Molnar - Macaristan

İtiraz istemine konu olan düzenleme, sadece gösteri yürüyüşünü kısıtlaması ve toplanma faaliyetine dair bir yasak ihtiva etmemesi nedeniyle hakkın özüne temas eden ve onu anlamsız kılan bir nitelik göstermemektedir.

Bu itibarla, hak ve özgürlükler açısından ölçsüz bir kısıtlama mahiyetinde olduğu söylenemez. Zira temel faaliyet olan toplanma konusunda bir yasak içermemekte, bu hakkın özel tezahür şekillerinden sadece bir tanesi olan gösteri yürüyüşü düzenlemeye tahdit koymaktadır. Toplanma hakkının muhtevasında yer alan oturma eylemi, protesto, slogan atma gibi bireylerin kendilerini ifade etme imkânları halen kullanılabilir niteliktedir.

Çoğunluğun itiraza konu düzenlemenin kategorik bir yasak getirdiği yönündeki görüşüne de iştirak dört sebeple mümkün değildir.

Öncelikle Anayasada kanun koyucunun kategorik düzenleme yapmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

İkinci olarak, kanun koyucunun yer ismi zikretmek suretiyle yapacağı her kısıtlamayı kategorik kısıtlama olarak nitelemek yasamanın genellik fonksiyonuyla çelişecektir. Bu kaygıyla hareket edilmesi durumunda tek tek sayılarak getirilecek kısıtlamaların ulaşacağı hacme kanun metinlerinde yer verilmesi mümkün olmayacak, muhtemelen amaca hizmet edecek birçok unsur düzenleme dışı kalarak kanun kalitesini olumsuz yönde etkileyecektir.

Üçüncü olarak, kısıtlama tüm ulaşım yollarını kapsamış olsaydı çoğunluğun kastettiği manada kategorik bir kısıtlama akla gelebilirdi. Ancak mevcut düzenlemede yasak tüm ulaşım yollarını değil sadece şehirlerarası karayollarını kapsamaktadır. Düzenlemede bu yerlerin toplumun ihtiyaçları ve bireylerin temel haklarının kullanılması açısından ifa ettiği işlev kanun koyucu tarafından dikkate alınmıştır. Bunun makul olmadığını iddia etmek de mümkün değildir.

Son olarak, getirilen kısıtlama denetime konu temel hak açısından kategorik bir kısıtlama ihtiva etmemekte, toplanma hakkının birçok tezahür şeklinden sadece gösteri yürüyüşü yönünden tahdit içermekte bu durum da temel hakkın kullanılması açısından ciddi bir engel oluşturmamaktadır.

Düzenlemenin tüm bu nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun takdir hudutları dahilinde hareket ettiği, getirilen kısıtlamanın hakkın özüne dokunmadığı, Anayasada öngörülen özel kısıtlama sebeplerine dayandığı, demokratik toplum gerekliliklerine aykırılık teşkil etmediği ve ölçülü olduğu görüldüğünden çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne iştirak edilmemiştir.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1) 6.10.1983 tarihli, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun; 22. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...ve şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez.” ibaresinin Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle saygın çoğunluk tarafından verilen iptal kararına aşağıda açıklanan gerekçelerle katılmamaktayız.

2) Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, mutlak bir hak olmayıp kanun ile sınırlandırılması mümkün olan haklardandır. Anayasa'nın 34. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca, fıkrafta belirtilen amaçlarla kanunla sınırlanabilmektedir. Ayrıca, maddenin üçüncü fıkrasında, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği belirtilmiştir.

3) Dava konusu kural ile, şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenmesi yasaklanmak suretiyle gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sınırlama getirilmiştir. Getirilen sınırlama, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amacına dayanmaktadır. Bu sınırlamanın aynı zamanda ölçülü olduğu hususunda da bir şüphe bulunmamaktadır.

4) Şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlemesi yapılamayacağı kuralı ile şehirler arası karayolları için bir sınırlamaya gidilmiş olup, gösteri yürüyüşlerinin düzenlenebileceği başka mekanlar

ve alanlar öngörülmüştür. Milyonlarca insanın birlikte yaşadığı kent yaşamında ve ulaşımın hızlandığı ve yaygınlaştığı bir küreselleşme ortamında; mahiyetleri itibariyle gösteri yürüyüşlerinin düzenlenmesinin mekan ve yer itibariyle sınırlandırılmasının çağdaş yaşamın koşullarının getirdiği bir zorunluluk olduğu bilinmektedir.

5) Şehirler arası karayollarının asıl var olma amacı; yerel, bölgesel, ulusal ve küresel düzeyde araçların (insan ve eşya) ulaşımının ve seyahatinin sağlanması olup, buralarda gösteri yürüyüşleri düzenlenmesi kişilerin seyahat ve ulaşım hakkını zedeler. Maddenin gerekçesinden, kanun koyucunun şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenmesini yasaklamasının nedeninin trafik düzeninin aksatılmaması olduğu anlaşılmaktadır. Şehirler arası karayollarında, trafik düzeninin aksatılmadan gösteri yürüyüşü düzenlenmesi mümkün olmadığından kanun koyucu, buraların gösteri yürüyüşü güzergahı olarak belirlenmesine yönelik bir yasak öngörmüştür.

6) Şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenmesi; trafiği aksatacak, yavaşlatacak ve hatta bir süre durduracak olmasının etkisiyle, gündelik yaşamın *“aşırı ve katlanılamaz”* derecede zorlaşmasına neden olacaktır. Şehirler arası karayollarında düzenlenen bir gösteri yürüyüşünün sebep olduğu trafiğin aksaması nedeniyle oluşan başkalarının mağduriyetleri ile zedelenen hak ve özgürlükleri dikkate alınmalıdır. Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale, ölçülülük ilkesine bir aykırılık oluşturmamaktadır.

7) Gösteri yürüyüşleri düzenlemesi bakımından şehirler arası karayolları için bir sınırlamaya gidilmiş olması, gösteri yürüyüşlerinin düzenlenebileceği başka mekanlar ve alanlar öngörülmüş olması birlikte ele alındığında; geldiğimiz iletişim ve haberleşme koşulları çerçevesinde, gösteri ve yürüyüş hakkının kullanımının etkinliğine zarar vermemektedir. Gösteri ve yürüyüş hakkının kullanımının geniş kitlelere duyurulması ihtiyacını, geldiğimiz bilişim ve teknoloji düzeyinde; sosyal medya, yerel, bölgesel, ulusal hatta küresel medya ve haber ajansları duyurmaktadır. Yirmi dört saat yayın yapan çok sayıda internet, görsel ve yazılı basın ile gösteri ve yürüyüşün duyurulması imkan ve fırsatı var olduğundan, başkalarının hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine yol açabilecek, başkalarının mağduriyetine neden olabilecek, şehirler arası yolda gösteri yapma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu

nedenlerle, itiraz konusu kuralla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlama olarak değerlendirilmektedir.

8) Şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenmesinin yasaklanması, gösteri yürüyüşleri düzenlenecek mekanları sınırlandıracağından gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale niteliği taşıdığı ileri sürülebilir. Şehirler arası karayollarının gösteri yürüyüşleri düzenlenme yeri olarak belirlenmesinin yasaklanması suretiyle hakka yapılan müdahalenin, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacına dayandığı ve meşru olduğu anlaşılmaktadır. Meşru amaca dayanan bu sınırlandırma Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü bulunması da ayrıca gerekmektedir. Sınırlandırma, getirilen hakkın özüne dokunmayan ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve aynı zamanda ölçülüdür. Şehirler arası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenmesi yapılmasını yasaklayan kural, çoğunluk görüşünde ileri sürülen argümanların aksine Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine uygun bulunmaktadır.

Üye	Üye	Üye
Recai AKYEL	Yıldız SEFERİNOĞLU	Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2019/21
Karar Sayısı : 2020/51
Karar Tarihi : 24/9/2020
R.G. Tarih-Sayısı : 15/12/2020-31335

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 138 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27/12/2018 tarihli ve 7159 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 90. maddesine eklenen üçüncü fıkranın,

B. 4. maddesiyle 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen "...ve 2960 sayılı Kanun..." ibaresinin ve bu maddeye bağlı değiştirilen 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi'nin,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 48., 56. ve 63. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un;

1. 1. maddesiyle üçüncü fıkranın eklendiği 3201 sayılı Kanun'un iptali talep edilen kuralın da yer aldığı 90. maddesi şöyledir:

"Madde 90- (Değişik: 20/1/1960 - 7410/1 md.)

Emniyet Umum Müdürlüğüne bağlı ve varidatı, Emniyet Umum Müdürlüğü kadrosuna dahil maaşlı ve ücretli memurlardan, Sandığa ortak

olanlar tarafından temin edilmek üzere bir (Polis Bakım ve Yardım Sandığı) kurulur.

Bu Sandık hükmi şahsiyeti haiz olup ortaklarının hizmet esnasında ve emekliliklerinde, nizamnamesinde tesbit edilen hususlarla birlikte, Sandık idare binaları, talebe yurtları, dinlenme kampları ve ortakların mesken ihtiyaçlarını karşılamak üzere gayrimenkullere tasarruf edebilir.

(Ek fıkra:27/12/2018-7159/1 md.) **Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurlar görevleri süresince Sandığın daimi ortağıdır.**

Sandığın mevcutları ve alacakları Devlet mallarına ait hak ve rüçhanları haizdir.

Evvelden kurulmuş olan Polis Bakım ve Yardım Sandığı işbu 90 ncı madde hükümlerine tabidir."

2. 4. maddesiyle ibarenin eklendiği ve bağlı 2960 sayılı Kanun'da tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi'nin değiştirildiği 3194 sayılı Kanun'un iptali talep edilen kuralın da yer aldığı geçici 16. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 16- (Ek: 11/5/2018-7143/16 md.)

Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla, 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapılar için Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve yetkilendireceği kurum ve kuruluşlara 31/10/2018 tarihine kadar başvurulması, bu maddedeki şartların yerine getirilmesi ve 31/12/2018 tarihine kadar kayıt bedelinin ödenmesi halinde Yapı Kayıt Belgesi verilebilir. Başvuruya konu yapının ve arsasının mülkiyet durumu, yapı sınıf ve grubu ve diğer hususlar Bakanlık tarafından hazırlanan Yapı Kayıt Sistemine yapı sahibinin beyanına göre kaydedilir.

Yapının bulunduğu arsanın 29/7/1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre belirlenen emlak vergi değeri ile yapının Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda yüzde üç, ticari kullanımlarda yüzde beş oranında alınacak kayıt bedeli başvuru sahibi tarafından genel bütçenin (B) işaretiyle cetveline gelir kaydedilmek üzere merkez muhasebe birimi hesabına yatırılır. 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılmak üzere kaydedilen gelirler karşılığı Bakanlık bütçesine ödenek

eklemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenek, dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılarak kullanılır. Kayıt bedeline ilişkin oranı iki katına kadar artırmaya, yarısına kadar azaltmaya, yapının niteliğine ve bölgelere göre kademelendirmeye, ayrıca başvuru ve ödeme süresini bir yıla kadar uzatmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Yapı Kayıt Belgesi yapının kullanım amacına yöneliktir. Yapı Kayıt Belgesi alan yapılara, talep halinde ilgili mevzuatta tanımlanan ait olduğu abone grubu dikkate alınarak geçici olarak su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilir.

Yapı Kayıt Belgesi verilen yapılarla ilgili bu Kanun ve **2960 sayılı Kanun** uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezaları iptal edilir.

Yapı ruhsatı alıp da yapı kullanma izin belgesi almamış veya yapı ruhsatı bulunmayan yapılarda, Yapı Kayıt Belgesi ile maliklerin tamamının muvafakatinin bulunması ve imar planlarında umumi hizmet alanlarına denk gelen alanların terk edilmesi halinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyeti tesis edilebilir. Bu durumda, ikinci fıkrada belirtilen bedelin iki katı ödenir.

Beşinci fıkra uyarınca kat mülkiyetine geçilmiş olması 6306 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin uygulanmasına engel teşkil etmez.

Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların, Hazineye ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, bu taşınmazlar Bakanlığa tahsis edilir. Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin 31/12/2019 tarihine kadar yapacakları satın alma talepleri üzerine taşınmazlar Bakanlıkça rayiç bedel üzerinden doğrudan satılır. Bu durumda elde edilen gelirler bu maddenin ikinci fıkrasına göre genel bütçeye gelir kaydedilir. Ayrıca bu gelirler hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin beşinci fıkrası, yapı ve tesisler hakkında ise onbirinci fıkrası hükmü uygulanmaz. (Ek cümleler:4/7/2019-7181/14 md.) Yapı kayıt belgesine konu taşınmaz için 24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre tapu tahsis belgesi alınması ve bu belgeye esas arsa bedellerinin ödenmiş olması hâlinde bu madde uyarınca ayrıca satış bedeli alınmaz. Yapı kayıt belgesi alınan taşınmazların satışa konu edilen kısımlarından yapı kayıt

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

belgesi tarihi ile satış tarihi arasındaki dönem için ecrimisil alınmaz, tahakkuk ettirilen ecrimisiller terkin edilir, satış tarihi itibarıyla tahsil edilen ecrimisil tutarı satış bedelinden mahsup edilir, bu tutardan fazlası iade edilmez.

Yapı Kayıt Belgesi alınan yapıların belediyelere ait taşınmazlar üzerine inşa edilmiş olması halinde, Yapı Kayıt Belgesi sahipleri ile bunların kanuni veya akdi haleflerinin talepleri üzerine bedeli ilgili belediyesine ödenmek kaydıyla taşınmazlar rayiç bedel üzerinden belediyelerce doğrudan satılır.

Üçüncü kişilere ait özel mülkiyete konu taşınmazlarda bulunan yapılar ile Hazineye ait sosyal donatı için tahsisli araziler üzerinde bulunan yapılar bu madde hükümlerinden yararlandırılmaz.

Yapı Kayıt Belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir. Yapı Kayıt Belgesi düzenlenen yapıların yenilenmesi durumunda yürürlükte olan imar mevzuatı hükümleri uygulanır. Yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır.

Bu madde hükümleri, 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihi yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde belirlenmiş Tarihi Alanda uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık ve Maliye Bakanlığı tarafından müştereken belirlenir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla 14/3/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ergin ERGÜL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayananlar ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 1. Maddesiyle 3201 Sayılı Kanun'un 90. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın incelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

3. Dava konusu kural, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) kadrosunda göreve başlayan memurların görevleri süresince Polis Bakım ve Yardım Sandığının (POLSAN) daimî ortağı olmalarını hükme bağlamaktadır. Buna göre kuralın yürürlüğe girdiği tarihten önce EGM kadrolarında görev yapanların üyeliği ihtiyari iken yeni göreve başlayan emniyet mensubu memurların POLSAN'a üye olmaları zorunlu hâle getirilmektedir.

4. Gerekçesinde kuralın amacı, *“Kamu düzeni ve güvenliğinden sorumlu Emniyet Genel Müdürlüğü mensuplarına sosyal ve ekonomik yardımlar sağlamak üzere kurulan Polis Bakım ve Yardım Sandığının daha güçlü bir mali yapıya kavuşturularak ortaklarına yaptığı yardımların artırılması amacıyla Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarında görevli tüm memurların Sandığa ortak olmalarını öngören bir düzenleme Teklife Yeni Çerçeve 1 inci madde olarak eklenmiştir”* şeklinde ifade edilmiştir.

5. Yardımlaşma sandığı, kişilerin kendi aralarında yardımlaşma, dayanışma ve bazı zorunlu ihtiyaçlarını uygun koşullarla karşılamak amacıyla oluşturdukları müşterek mal topluluğudur. Türk hukukunda 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca dernekler bünyesinde kurulanlar, kanunla kurulanlar ve kanunun yetkilendirmesiyle kurulmuş olanlar olmak üzere üç tür yardımlaşma sandığı mevcuttur.

6. 15/2/1913 tarihinde Polislerle Polis İdare Memurları Tasarruf Sandığı Nizamnamesi ile kurulan POLSAN 3201 sayılı Kanun'un 90. maddesinin ilk hâlinde yer alan *“Meslek memurlarının hizmet esnasında ve tekaüdlüklerinde her türlü zarurî ihtiyaçlarını karşılamak ve varidatı sandığa dahil olanlar tarafından temin edilmek üzere Emniyet umum müdürlüğünce*

bir (Polis bakım ve yardım sandığı) kurulabilir.” hükmü ile yasal dayanağa kavuşmuştur. Anılan maddede 20/1/1960 tarihli ve 7410 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle yapılan değişiklikle de “Emniyet Umum Müdürlüğüne bağlı ve varidatı, Emniyet Umum Müdürlüğü kadrosuna dahil maaşlı ve ücretli memurlardan, Sandığa ortak olanlar tarafından temin edilmek üzere bir (Polis Bakım ve Yardım Sandığı) kurulur./ Bu Sandık hükmi şahsiyeti haiz olup ortaklarının hizmet esnasında ve emekliliklerinde, nizamnamesinde tespit edilen hususlarla birlikte, Sandık İdare Binaları, Talebe Yurtları, Dinlenme Kampı ve ortakların Mesken ihtiyaçlarını karşılamak üzere gayrimenkullere tasarruf edebilir./ Sandığın mevcutları ve alacakları Devlet mallarına ait hak ve rüçhanları haizdir./ Evvelce kurulmuş olan Polis Bakım ve Yardım Sandığı işbu 90. madde hükümlerine tabidir” hükümleri öngörülmüştür. Bu kapsamda anılan maddeye dayanılarak 4/8/1998 tarihli ve 23423 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Polis Bakım ve Yardım Sandığı Tüzüğü (Tüzük) ile POLSAN’ın kuruluş ve görevleriyle üyelerinin sosyal güvencelerine katkıda bulunacak yardım ve hizmetlerin yerine getirilmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

7. Tüzük’ün 18. maddesine göre ortaklık aidatı, ortakların Emekli Sandığı veya Sosyal Sigortalar Kurumu kesintisine esas olan brüt maaş veya ücretlerinin yüzde beşi tutarında olup bu miktar, Genel Kurul kararıyla yüzde ona kadar arttırılabilir. 23. madde uyarınca, POLSAN ortaklarına veya ölümleri hâlinde mirasçılarına bir defada ve toptan olarak emeklilik, maluliyet ve ölüm yardımı yapılmaktadır. Diğer yandan anılan maddenin ikinci fıkrasında bu yardımlarla ilgili olarak Tüzük’te yer almayan diğer esasların yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede POLSAN, üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmeyi amaçlayan bir tüzel kişilik olarak faaliyette bulunmaktadır.

8. Dava konusu kural, EGM kadrosunda hâlen görevde olanları kapsamayıp kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra EGM kadrosunda kamu görevine başlayan memurların görevleri süresince POLSAN’ın daimî ortağı olmalarını öngörmektedir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

9. Başvuru kararında özetle; kuralın yürürlüğe girmesinden sonra yeni göreve başlayan bütün emniyet personelinin POLSAN üyeliğinin zorunlu hâle getirildiği, hâlbuki anılan üyeliğin özel hukuk kurallarına

tabi bir sözleşme ilişkisi niteliğinde olduğu, Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapmanın yanında yapmama özgürlüğünü de içerdiği, kuralla belirli bir tarihten sonra göreve başlayan emniyet mensuplarının POLSAN'a üyeliklerinin zorunlu tutulmasının sözleşme özgürlüğünün özüne dokunduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

10. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgili nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

11. Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

12. Özel hukuk, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini eşitlik ve irade serbestisi esasına göre düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğü ise özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü; devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belirli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

13. Sözleşme özgürlüğünün kural olarak özel hukuk alanında geçerli olması nedeniyle öncelikle POLSAN üyeliğinin özel hukuk kurallarına tabi olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

14. POLSAN üyeleri EGM kadrosuna dâhil memurlardır. Maaşları EGM bütçesinden ödenen üyelerin kamu görevlisi olduğu kuşkusuzdur.

Kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Nitekim kuralda da POLSAN ile memurlar arasındaki ilişkinin anılan statü hukuku çerçevesinde kanunla kurulduğu görülmektedir.

15. Kamu personeli, belirli bir statüde ve nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte; o statünün sağladığı ücret, atanma, yükselme gibi kimi haklara sahip olmaktadır. Kamu hizmetine giriş, hizmet içinde yükselme ve bulunulan statünün sağladığı haklar statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Kanun koyucu; statü hukuku çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, özlük haklarına ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir.

16. Kanun'da POLSAN'ın tüzel kişiliğe sahip olduğu belirtilmesine karşın tüzel kişiliğinin hangi hukuk hükümlerine tabi olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ancak POLSAN'ın kuruluşu, teşkilatı, yetki ve ayrıcalıkları gibi özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle tabi olduğu hukuki rejim tespit edilebilir.

17. Kanun'un 90. maddesinin birinci fıkrasında *"Emniyet Umum Müdürlüğüne bağlı ve varidatı, Emniyet Umum Müdürlüğü kadrosuna dahil maaşlı ve ücretli memurlardan, Sandığa ortak olanlar tarafından temin edilmek üzere bir (Polis Bakım ve Yardım Sandığı) kurulur."* denilmiş, ikinci fıkrasında POLSAN'ın *hükmi şahsiyetinin* bulunduğu belirtilmiş, dördüncü fıkrasında da *"Sandığın mevcutları ve alacakları Devlet mallarına ait hak ve rüçhanları haizdir."* hükmüne yer verilmiştir.

18. Tüzük ile de POLSAN'nın kuruluşu, teşkilatı, görevleri, işleyişi, denetimi ve üyelerinin sosyal güvencelerine katkıda bulunacak yardım ve hizmetlerin yerine getirilmesi düzenlenmiştir.

19. Bu çerçevede POLSAN'ın Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı olarak faaliyet göstermek üzere Kanun'la kurulmuş bir tüzel kişilik olduğu, üyelerinin EGM kadrosuna dâhil maaşlı memurlardan oluştuğu, POLSAN üzerinde EGM vasıtasıyla İçişleri Bakanlığının idari vesayet yetkisinin bulunduğu, kuruluşunun, teşkilatının, işleyişinin ve tabi olduğu esasların Kanun ve Bakanlar Kurulunca çıkarılan Tüzük ile belirlendiği, mevcutlarının ve alacaklarının devlet mallarına ait hak ve önceliklere sahip olduğu görülmektedir.

20. EGM bütçesinden maaş alan memurların statü hukukuna tabi kamu görevlisi ve POLSAN'ın, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etme amacıyla kanunla kurulan ve yukarıdaki esaslara tabi bir kurum olduğu gözetildiğinde POLSAN üyeliği ilişkisinin bir tür sözleşme olmayıp kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla POLSAN üyeliği konusunda irade serbestisinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün varlığından söz etmek mümkün olmadığından zorunlu üyelik esası öngören kuralın sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez.

21. Öte yandan Anayasa'nın 35. maddesinde *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.

22. Kuralda POLSAN'a zorunlu üyelik düzenlendiğinden bu üyeliğin tabi sonucu olarak üyelerin POLSAN'a belirli bir ortaklık aidatı ödemesi gerekmektedir. Nitekim Kanun'un 90. maddesinin birinci fıkrasında gelirlerinin POLSAN'ın üyesi olan ortaklardan temin edileceği açıkça belirtilmiştir. Bu yönüyle kuralla mülkiyet hakkına sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

23. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"* denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

24. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş, anılan hakkın kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Polislik mesleğini icra eden memurların sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve aralarındaki dayanışmayı güçlendirme amacıyla kurulan yardımlaşma sandığının faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli olan gelire sahip olmasında kamu yararının bulunmadığı söylenemez. Buna göre zorunlu üyelik esasını öngören kuralın mülkiyet hakkını kamu yararı

amacıyla dolayısıyla anayasal bağlamda meşru bir amaca dayanarak sınırlandığı anlaşılmaktadır. Ancak kuralın Anayasa'ya uygun olduğunun söylenebilmesi için kuralla getirilen sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amaca dayanması yeterli olmayıp ölçülü olması da gerekir.

25. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

26. Polislik mesleğini icra eden memurların sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve aralarındaki dayanışmayı güçlendirme amacıyla kurulan yardımlaşma sandığının faaliyetlerini etkin bir şekilde gerçekleştirebilmesi geniş bir katılımı gerektirdiğinden, kuralla üyeliğin zorunlu tutulmasının anılan amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

27. Kural; geçmişte POLSAN'a üye olmayı veya olmamayı seçmiş memurlar için herhangi bir zorunluluk getirmemekte, sadece EGM kadrolarına yeni atanacak memurları kapsamaktadır. Bu kişiler EGM'de göreve başladıklarında aynı zamanda POLSAN'ın mevzuatında öngörülen yükümlülöklere tabi olacaklarını bildiklerinden kuralla öngörülebilir olmayan bir yükümlölük getirilmesi söz konusu değildir. Diğer taraftan kuralla getirilen ekonomik külfet sonucu ödenecek miktar sonuç itibarıyla bu ödemede bulunan kişilerin ortağı olduğu POLSAN'ın malvarlığına aktarılmakta ve bundan ortaklar yararlanmaktadır. Ayrıca idarenin ortaklık aidatının belirlenmesi işlemlerine karşı yargı yolu açık olup mevzuatta kuralın amacı dışında kullanılarak kişilere aşırı külfet yükleyecek miktarda aidatlar belirlenmesini önleyecek usulü güvence de sağlanmış bulunmaktadır. Anılan hususlar dikkate alındığında kuralla getirilen sınırlamanın orantılı olmadığı da söylenemez.

28. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

B. Kanun'un 4. Maddesiyle 3194 Sayılı Kanun'un Geçici 16. Maddesinin Dördüncü Fıkrasına Eklenen "...ve 2960 sayılı Kanun..." İbaresini ile Bu Maddeye Bağlı Değiştirilen 2960 Sayılı Kanun'da Tanımlanan Boğaziçi Sahil Şeridi ve Öngörünüm Bölgesine Ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi'nin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

29. 7159 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle, 3194 sayılı Kanun'un geçici 16. maddesinde ve maddeye bağlı kroki ve listede değişiklik yapılmıştır. Söz konusu değişiklikler kapsamında 2960 sayılı Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ile tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edilmesi hükme bağlanmış ve Boğaziçi öngörünüm bölgesinde kalan bazı yerlerdeki taşınmaz maliklerinin de yapı kayıt belgesinden faydalanmasına izin verilmiştir. Anılan fıkrada yer alan "...ve 2960 sayılı Kanun..." ibaresi ile bu maddeye bağlı değiştirilen 2960 sayılı Kanun'da tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

30. Kuralların gerekçesinde, "2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi öngörünüm bölgesi içerisinde belirlenen alanlarda yer alan taşınmaz maliklerinin de yapı kayıt belgesinden faydalanmasının sağlanması(nın)" amaçlandığı belirtilmektedir.

31. Kuralların Plan ve Bütçe Komisyonundaki görüşmeleri sırasında teklif sahibi tarafından yapılan açıklamalarda; imar barışı uygulamasıyla vatandaşların yapılarına yapı kayıt belgesi alma imkânının getirildiği, bu şekilde hem vatandaşların mağduriyetlerinin giderildiği hem de yapıların kayıt altına alındığı, daha önceki kanuni düzenlemede Boğaziçi bölgesinin kapsam dışında tutulduğu, kurallarla ise Boğaziçi bölgesinin sadece yapılaşmanın yoğun olduğu bir kısmının belirlenerek imar barışı kapsamına alındığı, bu şekilde Boğaziçi sahil şeridini korumanın daha mümkün hâle geleceği, bu alanda verilecek yapı kayıt belgelerinin kentsel dönüşüm önünde bir engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

32. Kurallara ilişkin açıklamalarda değinilen imar barışına ilişkin düzenleme 3194 sayılı Kanun'a 7143 sayılı Kanun'la eklenen geçici 16. maddede yer almaktadır. Anılan madde ile afet risklerine hazırlık gerekçesiyle ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapıların kayıt altına alınması ve imar barışının sağlanması amacıyla 31/12/2017 tarihinden

önce yapılmış yapılar için yapı kayıt belgesinin verilmesi öngörülmüştür. Emlak vergi değeri ile yapının idare tarafından belirlenen yaklaşık maliyet bedelinin toplamı üzerinden konutlarda %3, ticari kullanımlarda %5 oranında bir bedel karşılığında verilecek olan bu belge ruhsata aykırı yapıya su, elektrik ve doğal gaz bağlanabilme imkânı ile anılan yapıyı kullanabilme hakkı sağlamaktadır. Maddenin onuncu fıkrası uyarınca yapı kayıt belgesi, yapının yeniden yapılmasına veya kentsel dönüşüm uygulamasına kadar geçerlidir.

33. Geçici 16. maddenin gerekçesinde; “Afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması amacıyla 31/12/2017 tarihinden önce yapılmış yapıların, yapı sahiplerinin müracaatları üzerine ve beyanına göre hazırlanacak Yapı Kayıt Sistemine işlenmesi, bu yapılara su, elektrik ve doğalgaz bağlanabilmesi, yargı ve belediyelerdeki iş yükünün azaltılabilmesi için alınmış yıkım kararlarından ve tahsil edilmeyen para cezalarından vazgeçilmesi, maliklerin yarısının muvafakatinin bulunması hâlinde yapı kullanma izin belgesi aranmaksızın cins değişikliği ve kat mülkiyetinin tesis edilebilmesi, Yapı Kayıt Belgesinden elde edilecek gelirin genel bütçeye gelir kaydedilmesi, bu gelirin de şehirlerin yeniden inşası ve imarında kullanılması yönünde düzenleme yapıldığı” belirtilmiştir.

34. Kanun teklifinin Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri sırasında teklif metnine bu madde hükümlerinin, 2960 sayılı Kanun’da tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alan ile İstanbul tarihî yarımada içinde ekli kroki ile listede sınır ve koordinatları gösterilen alanlarda ve ayrıca 19/6/2014 tarihli ve 6546 sayılı Çanakkale Savaşları Gelibolu Tarihi Alan Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanunun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirlenmiş Tarihi Alanda uygulanmayacağına ilişkin hüküm eklenmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesi Komisyon raporunda, “İstanbul Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesi ile İstanbul Tarihi Yarımada’nın kültürel ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek ve bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak yapılanmayı sınırlandıran bu hükmün maddeye yeni fıkra olarak eklenmesi...” şeklinde ifade edilmiştir.

35. İstanbul Boğaziçi Alanında yapılanma yasağı öngören Kanun’un 1. maddesinde Kanun’un amacı, “İstanbul Boğaziçi Alanının kültürel

ve tarihi değerlerini ve doğal güzelliklerini kamu yararı gözetilerek korumak ve geliştirmek ve bu alandaki nüfus yoğunluğunu artıracak çeşitli yapılanma çalışmalarını sınırlamak için uygulanacak imar mevzuatını belirlemek ve düzenlemek” olarak ifade edilmiştir. 20. maddede ise İmar Kanunu’nun ve diğer kanunların bu Kanun’a aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

36. 2960 sayılı Kanun’un 2. maddesinde Boğaziçi Alanı; *“Boğaziçi kıyı ve sahil şeridinden, öngörünüm bölgesinden, geri görünüm bölgesinden ve etkilenme bölgelerinden oluşan ve sınırları ve koordinatları bu Kanuna ekli krokide işaretli ve 22/7/1983 onay tarihli nazım planda gösterilen alan”* olarak tanımlanmıştır.

37. Kanun’un *“Genel esaslar:”* başlıklı 3. maddesinde, Boğaziçi Alanının korunması ve geliştirilmesinde ve imar mevzuatının uygulanmasında esas alınacak ilkelere yer verilmektedir. Anılan maddenin (a) bendinde *“Boğaziçi Alanında yeralan kültürel ve tarihi değerler ve doğal güzellikler muhafaza edilir ve doğal yapı korunur”,* (e) bendinde ise *“Boğaziçi Alanındaki yapılar bu Kanun hükümlerine ve imar planları esaslarına göre yapılır, aykırı olanlar derhal yıkılır veya yıktırılır.”* hükümlerine yer verilmiştir.

38. Kanun’un 13. maddesine göre ise yıkılacak veya yıktırılacak yapılar; inşaat ruhsatı olmayan yapılar, yapının inşaat ruhsatı ve eklerine ve imar mevzuatına aykırı yapılmış bölümleri, Boğaziçi İmar Müdürlüğüne mühürlenerek yapımı durdurulmuş yapıların mühürlendikten sonra yapılan ilaveleri ve yapılarda kullanma izni verildikten sonra imar mevzuatına aykırı olarak yapılan değişiklikler ve eklentileri olarak sayılmıştır. Öte yandan 3194 sayılı Kanun’un 42. maddesinde sayılan idari yaptırımların bir kısmı anılan Kanun’un 4. maddesinde yapılan atıf uyarınca 2960 sayılı Kanun kapsamındaki imara aykırılıklarda da uygulanabilmektedir.

39. Boğaziçi Alanını ilgilendiren diğer bir kanun ise 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu’dur. Anılan Kanun’un 16. maddesine göre *“korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarında ruhsatsız olarak inşaat yapmak yasaktır.”* Maddede ayrıca ruhsatsız olarak yapılacak inşaatlar ile koruma amaçlı imar planlarında, plana; sitlerde ise sit şartlarına aykırı olarak inşa edilen yapılar hakkında imar mevzuatına göre işlem yapılacağı da ifade edilmektedir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

40. Dava dilekçesinde özetle; imar barışının uygulanmayacağı 2960 sayılı Kanun kapsamında kalan alanın kurallarla daraltıldığı, bu bölgede bulunan çok sayıda kaçak yapı hakkında daha önce verilmiş yıkım kararlarının uygulanmasından ve verilmiş idari para cezalarının tahsilinden vazgeçildiği, çok sayıda kaçak yapının yasal olarak kullanılmasına imkân tanındığı, Boğaziçi Alanının kültürel ve tarihî değerlerinin ve doğal güzelliklerinin korunmasının devletin yükümlülüğü olduğu, 2960 sayılı Kanun'da bu yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi amacıyla imar konusunda özel düzenlemelere yer verildiği, hukuka aykırılıkların normalleştirilmesinin ve hukuka aykırı davranışların ödüllendirilmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, 2960 sayılı Kanun kapsamındaki bazı binalar bakımından imar barışından yararlanma imkânı getirilirken aynı statüde olan diğer bazıları yönünden böyle bir imkân tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, düzenlemenin devletin tarih, kültür ve tabiat varlıklarını koruma ödeviyle bağdaşmadığı, imar barışından yararlanacak binalar için asgari güvenlik standartlarına sahip olma şartının dahi aranmaması nedeniyle imar barışından yararlanarak yıkılmasının önüne geçilecek yapıların insan sağlığı için tehlike teşkil ettiği, bu durumun devletin çevreyi geliştirme ve çevre sağlığını koruma ödevine aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 10., 56. ve 63. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

41. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir./ Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."* hükümlerine yer verilmiştir. Buna göre çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbiri almak devletin temel ödevlerindendir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür.

42. Anayasa'nın anılan maddesinde ifade edilen *sağlıklı ve dengeli çevre* kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirliliğinin önlendiği bir çevre kadar, belirli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur.

43. Anayasa'nın "*Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması*" başlıklı 63. maddesinde ise devletin, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevlerine yer verilmiştir.

44. Kurallarda 2960 sayılı Kanun'da tanımlanan Boğaziçi öngörünüm bölgesi içinde belirlenen alanlarda imara aykırı yapılar yönünden imara aykırı durumların yeniden yapıncaya veya kentsel dönüşüme kadar muhafaza edilmesine izin verilmesi ile anılan Kanun uyarınca alınmış yıkım kararları ve tahsil edilemeyen idari para cezalarının iptal edilmesi öngörülmektedir.

45. Kanun koyucunun devletin Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen görevlerini yerine getirmek amacıyla, ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma ve bu konuda gerekli olan araçları belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu açıktır. Ancak bu yapılırken düzenlemeyi gerekli kılan kamu yararı ile anılan bölgedeki doğal güzellikler ile tarihî ve kültürel değerlerin korunması ve geliştirilmesi biçimindeki kamu yararı arasındaki makul dengenin kurulması gerekir.

46. İlişkili olduğu imar barışı düzenlemesinin gerekçesi de dikkate alındığında kurallarla afet risklerine hazırlık kapsamında ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı veya imar mevzuatına aykırı yapıların kayıt altına alınması ile dönüşüm projelerine finans sağlanarak dönüşümün daha hızlı ve etkin yapılması, yapı kayıt belgesinden elde edilecek gelirin genel bütçeye gelir kaydedilmesi, bu gelirin de şehirlerin yeniden inşası ve imarında kullanılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla düzenleme ile nihai olarak şehirlerin yeniden inşası ve imarı için kaynak temini hedeflendiğinden kuralların Anayasa'nın 56. maddesinde belirtilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ilişkin devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesine yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilir.

47. Bununla birlikte anılan düzenleme yapılırken kurallarla Boğaziçi Alanında yapılan imara aykırı yapıların yıkılmasının önlenmesinin ve bu alana yapılan imara aykırı yapılar nedeniyle verilen idari para cezalarının iptal edilmesinin çevre ile kültür ve tabiat varlıklarına vereceği zararın da gözetilmesi gerekir. Bu çerçevede kurallarla öngörülen kamu yararı ile kuralların neden olacağı zararın tartımının yapılarak Anayasa'nın 56. ve 63. maddelerdeki pozitif yükümlülüklerle aykırı bir düzenleme yapıp yapılmadığı belirlenmelidir.

48. Tarih, kültür ve doğa varlıklarının zenginliği açısından dünyada özel bir yere sahip olan ülkemizde, medeniyetlerin beşiği bir kent olan İstanbul'un ayrıcalıklı bir yeri bulunmaktadır. İstanbul Boğaziçi Alanı ise içerdiği doğal güzellikler, tarihî, kültür ve tabiat varlıklarıyla önemli bir değer olup bu alana tarihin her döneminde büyük önem atfedilmiştir. Bu eşsiz bölge doğal güzelliğinin yanı sıra millî tarih ve kültür açısından da çok önemli eser ve değerler barındırmaktadır. Türkiye'de en çok kayıtlı tescilli kültür varlığı bulunan şehir olan İstanbul'da Boğaziçi, tescilli binaların en yaygın bulunduğu bölgelerin başında gelmektedir. Bölge, insanlığın ortak mirasını oluşturan önemli kültür ve tabiat varlıklarına sahiptir. Bundan dolayı Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesinin korunması, hayatta olan bireylerin yanı sıra gelecek kuşakları da ilgilendirmektedir. Bütün bu nedenlerle Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesinin doğal güzellikleri ile kültürel ve tarihî değerlerinin korunması ve geliştirilmesinde önemli bir kamu yararının bulunduğu aşikârdır.

49. Bu çerçevede kurallarla öngörülen şehirlerin yeniden inşası ve imarı açısından kaynak temininin başka yöntemlerle de elde edilmesinin mümkün olduğu, bunun için ender bir doğal güzellik ile tarihi ve kültürel değerlere sahip olan Boğaziçi Alanının korunmasıyla bağdaşmayacak düzenlemeler getirilmesinin menfaatler arasında makul bir denge kurulmasını engellediği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle çevre ile kültür ve tabiat varlıkları yönünden neden olunacak zarar ile sağlanacak yarar gözetildiğinde kurallarda çevre ile kültür ve tabiat varlıklarını koruma ve geliştirmeye ilişkin devletin pozitif yükümlülükleri arasındaki adil dengenin kurulamadığı sonucuna ulaşılmıştır. (benzer yöndeki kararları için bkz. E.1985/11, K.1986/29, 11/12/1986; E.1988/61, K.1989/28, 28/6/1989).

50. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 56. ve 63. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe ek gerekçeyle katılmıştır.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 56. ve 63. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kurallar Anayasa'nın 56. ve 63. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

51. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

27/12/2018 tarihli ve 7159 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A. 4. maddesiyle 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen "...ve 2960 sayılı Kanun..." ibaresine ve bu maddeye bağlı değiştirilen 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi'ne yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 90. maddesine eklenen üçüncü fıkraya yönelik iptal talebi 24/9/2020 tarihli ve E.2019/21, K.2020/51 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkraya ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE,

24/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

27/12/2018 tarihli ve 7159 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 90. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 4. maddesiyle 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin dördüncü fıkrasına eklenen "...ve 2960 sayılı Kanun..." ibaresinin ve bu maddeye bağlı değiştirilen 18/11/1983 tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

ve öngörünüm bölgesine ait Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi'nin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, OYBİRLİĞİYLE,

24/9/2020 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 3201 sayılı Kanunun, 7159 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 90. maddesine eklenen üçüncü fıkra ile; bu düzenlemeden sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların Polis Bakım ve Yardım Sandığı'nın zorunlu ve daimi ortağı olduğu hükme bağlanmıştır. Kuralın anayasal denetiminde öncelikle Sandığın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

2. İştirakçilerinin sosyal ve ekonomik dayanışması için 2013 yılında kurulan Sandığa üyelik başlangıçta ihtiyari kabul edilmiştir. Kanunun Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmelerinde amacın, Sandığın daha güçlü bir mali yapıya kavuşturularak ortaklarına yaptığı yardımların artırılması olduğu belirtilmiştir. Tüzüğe göre Sandık ortaklarına veya

ölümleri halinde mirasçılarına bir defada ve toptan; “emeklilik yardımı, maluliyet yardımı, ölüm yardımı” yapılmaktadır. Bununla birlikte Kanunda POLSAN’ın sosyal güvenlik amacıyla kurulduğu veya bu işlevi göreceği belirtilmemektedir. Nitekim Anayasanın 60. maddesi uyarınca çalışanların sosyal güvenliğinin sağlanması amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu kurulmuş ve ilgili kanunu gereği tüm sosyal güvenlik konularında faaliyet göstermektedir. Sandığın amacı ise belki ek bazı sosyal güvencelerin sağlanmasıdır. Fakat yasal düzenlemeye göre zorunlu üyelik dışında üyeler üzerinde bir kamu gücü ayrıcalığının bulunduğu söz edilememektedir. Sandığa üyelik ve ilgili yardımlar için Kurum mensubu olma ve üyelik bağı dışında yapılan görevle bir bağ da kurulmadığından, sandığın yapılan kamu görevinin bir parçası olduğu da söylenemez. Başka deyişle Sandık, üye olan görevlilerin kamu görevlisi olma nitelikleri ve özlük haklarıyla ilgili değildir. Dolayısıyla kanunla kurulma, zorunlu üyelik ve yönetim şekli yönünden bazı kamusal ayrıcalıkların bulunması POLSAN’ı bir sosyal güvenlik kurumu ya da kamu hizmeti amaçlı kendine özgü bir kamu tüzelkişisi yapmamaktadır. Başka deyişle mevcut düzenleme karşısında Sandığın özel hukuk hükümlerine göre faaliyet göstermesi gerektiği kabul edilmelidir.

3. Özel hukuk alanında faaliyet gösteren Sandıkla üyeleri arasındaki ilişkinin de sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Sözleşme özgürlüğü Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınmıştır. Anılan anayasal güvence, sözleşme yapma serbestisi ile birlikte tarafların iradesine aykırı olarak sözleşme ilişkilerine müdahale yasağını da içermektedir. Başka bir ifadeyle sözleşme özgürlüğü uyarınca Devlete müdahale etmeme şeklinde negatif yükümlülük yüklenmektedir. Kişilerin sözleşme yapmaya zorlanması da bu özgürlüğe müdahale oluşturmaktadır. İncelenen kuralda ise kişilerin sözleşme yapıp yapmama konusundaki iradelerine anayasal güvenceye aykırı biçimde müdahale edilmektedir. Sözleşme özgürlüğünün örneğin Anayasanın 60. maddesi uyarınca Devletin pozitif yükümlülüğü gereği sosyal güvenlik kurumuna üyelik gibi meşru nedenlerle sınırlandırılması mümkün olabilir. Ancak söz konusu Sandığın bu kapsamda olmadığı açıktır. Diğer taraftan Devletin kolluk faaliyetini yürüten kamu görevlilerinin ekonomik açıdan güçlü olmasında kamu yararı bulunduğu tartışmasızdır. Ancak kuralda sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin dengelenmesine yönelik olarak belirli bir süre sonra cayma hakkının tanınması gibi bir unsur

da yer almamaktadır. Bu nedenle yapılan müdahalenin Anayasanın 13. maddesi kapsamında demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğu da söylenememektedir.

4. Öte yandan Sandığa zorunlu üyelik sonucunda üyelerin aylık ücretlerinden belirli oranda bir kesinti yapılmaktadır. Her ne kadar bu kesintiler üyelerin adına saklı tutulmakta ise de kuralın uygulanmasıyla mülkiyet haklarına bir müdahale yapıldığı ve mal varlıkları üzerinde tasarruf yetkilerinin uzun bir süre kaldırıldığı görülmektedir. Dolayısıyla kural Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına da müdahale oluşturmaktadır. Yine sözü edildiği üzere kuralda kişilere bir süre sonra cayma hakkı gibi dengeleyici bir yetkinin de tanınmaması karşısında mülkiyet hakkına yapılan müdahale de ölçüsüz niteliktedir.

5. Açıklanan hukuki nedenlerle kuralın Anayasanın 48., 35. ve 13. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

EK GEREKÇE

27.12.2018 tarih ve 7159 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle 3.5.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun geçici 16. maddesinin 4. fıkrasına "*bu Kanun*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*ve 2960 sayılı Kanun*" ibaresinin ve bu maddeye bağlı değiştirilen 18.11.1983 tarih ve 2960 Sayılı Boğaziçi Kanununda tanımlanan Boğaziçi sahil şeridi ve öngörünüm bölgesine ait "Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi"nin Anayasa'nın 2., 56. ve 63. maddelerine aykırı olması itibarıyla iptaline dair karar ile gerekçelerine, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden aşağıdaki ek; 10. maddesi yönünden de ilave gerekçe ile katılıyorum:

1. Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında da ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin

hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. (Any. Mah.nin 14.10.2015 tarih ve E. 2015/94, K. 2016/27 sayılı kararı). 7159 sayılı Kanun'un Ekindeki "Kroki ile Sınır ve Koordinat Listesi" incelendiğinde; 15 sahifeden ibaret bu "Ek" in ilk sahifesinin İstanbul Boğazı'nın yarım bir krokisi ile 14 sayfa halinde "Transversal Merkator Projeksiyonu" başlığı altında "Sıra No", "Sağa" ve "Yukarı" başlıkları altında toplam 2448 koordinata yer verildiği görülmektedir. Tamamen teknik ve uzmanlık gerektiren bu listelere bakarak Boğaziçi Kanununun "Öngörünüm Bölgesi"nde yer almakla birlikte "İmar barışı" kapsamına sokulan, diğer bir deyişle konut yapma yasağı belli koşullarda kaldırılan bölge ve semtlerin nereleri olduğunu anlamaya imkân yoktur. Ancak konuya ilişkin internet sitelerine gidildiğinde, Boğaziçi Kanunu'na tâbi olan yerlerden yaklaşık 40 mahallenin bu af kapsamına girdiğinin, tek tek sayılmak suretiyle belirtildiği anlaşılmaktadır. Bu haliyle anılan kroki ile sınır ve koordinat listesinin ne anlama geldiği anlaşılamadığından; iptal istemine konu kuralların şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir, dolayısıyla "belirli" olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Yalnız belli uzmanların (harita mühendisleri, şehir plâncıları vb.) anlayabileceği bir yasal düzenleme ise hukuk devleti ilkesiyle uyumlu değildir. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık sonucuna bu ek gerekçeyle katılıyorum.

2. Anılan kurallar Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de uygun düşmemektedir. Gerçekten sözkonusu düzenleme, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu'nun uygulaması bakımından şu eşitsizlikleri de beraberinde getirmiştir:

(a) 2960 sayılı Kanun'da "sahil şeridi bölgesi" ile "Öngörünüm bölgesi"nde kesin konut yapma yasağı öngörülmüştür; gerekçesiz biçimde "sahil şeridi bölgesi" nde yer alan konutlar imar barışı kapsamı dışında tutularak bir eşitsizlik yaratılmıştır.

(b) 2960 sayılı Kanun'un "Öngörünüm bölgesi"nde yer alan bölgelerin (semtlerin) bir kısmı (internet bilgilerine göre 40 mahalle) imar barışı kapsamına alınırken, Boğaz'ın kalan öngörünüm bölgeleri kapsam dışında bırakılarak, bu iki grup yönünden de bir eşitsizlik yaratılmıştır.

Dolayısıyla, kurallar uygulaması itibariyle aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı düştüğünden; iptal gerekçesine bu hususun ilavesi gerektiği kanaatindeyim.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. İptali istenen kural, 7159 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 3201 sayılı Kanun'un 90. maddesine eklenen üçüncü fıkrada yer almaktadır. Dava konusu kural, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların görevleri süresince Polis Yardım ve Bakım Sandığı'nın (POLSAN) daimi ortağı olduklarını hükme bağlamaktadır. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce görev yapan memurların üyeliği kendi tercihlerine bırakılmışken bu tarihten sonra göreve başlayanların POLSAN'a üye olmaları zorunlu tutulmuştur.

2. POLSAN'a üyeliğin hukuki niteliğine baktığımızda Sandığın amacının üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını korumak ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etmek olduğu, üyeliğin görevin icrasına yönelik kamusal bir boyut içermediğini ve Sandık üyelerinin temel sosyal güvenlik ihtiyaçlarının Sosyal Güvenlik Kurumuna üyelik yoluyla karşılandığını da düşünürsek Sandık üyeliğinin ana hedefinin özel çıkarları korumak olduğu ve bu nedenle özel hukuk yönünün öne çıktığı görülmektedir. Bu bağlam içerisinde değerlendirildiğinde POLSAN üyeliğinin bir tür sözleşme olduğunu söyleyebiliriz.

3. Özel hukuk kurallarına tabi olan POLSAN üyeliği konusunda esas olan, irade özerkliği ve bunun anayasa hukukundaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde görev yapan memurların serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır.

4. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir..."* denilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde, hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferдин sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınmasının tabî olduğu ve bu hürriyetlerin ancak, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

5. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

6. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

7. Anayasa Mahkemesi 8.10.2015 tarihli ve E.2014/126, K.2015/86 sayılı kararıyla Türk Eczacıları Birliğine üye eczacıların, 6643 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereğince kurulan yardımlaşma sandığına üye olmalarını ve bu üyelikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorunlu tutan kuralı iptal etmiştir. Mahkeme, *"...Özel hukuk kurallarına tabi olan yardımlaşma sandığına üyelik konusunda esas olan irade özerkliği ve bunun anayasa hukukundaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, bireylerin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek, bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır. Belirtilen niteliğiyle söz konusu düzenleme, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmakta ve Anayasa'da öngörülen öze dokunma yasağını ihlal etmektedir."* biçimindeki gerekçeyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.

8. İtiraz konusu kural sözleşme özgürlüğünün yanı sıra örgütlenme özgürlüğüne de aykırılık taşımaktadır. Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında *"hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz"* ibaresi yer alırken, yedinci fıkra da derneklere ilişkin maddede yer alan hükümlerin vakıflar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Yardımlaşma sandığı, dernek ya da vakıf statüsünde olmamakla beraber mal topluluğu olması ve kuruluş ve işleyiş biçimi açısından vakıflarla benzerlikler taşımaktadır.

9. Bilindiği üzere Anayasamızda özel olarak düzenlenmiş bir örgütlenme özgürlüğü maddesi bulunmamaktadır. Her ne kadar POLSAN bir dernek veya vakıf olmasa da ona üyeliğin özel hukuk özelliklerinin baskın olduğunu düşündüğümüzde dernek ve vakıflarla ilgili olan 33. maddedeki hükümlerin bu yardımlaşma sandığına zorunlu üyelik için de geçerli olabileceğini iddia etmek mümkündür.

10. Anayasada yer alan kavramlar ve korunan haklara verilecek anlamlar demokratik toplumların değerleri ve bakış açılarıyla belirlenmeli ve geniş anlamda yorumlanmalıdır. Derneklere ilişkin hükümlerin vakıflara da uygulanacağını belirtmesi ve modern toplumlarda örgütlenmelerin çok farklı şekillerde ortaya çıkması ve boyutlar taşıması dikkate alındığında, Anayasa'nın 33. maddesindeki dernek kavramının diğer insan örgütlenmelerini kapsayacak şekilde yorumlanabileceğini ifade edebiliriz.

11. Anayasa koyucu sadece dernekler ve vakıflar için değil sendika (51. madde) ve siyasi partiler (68. madde) için de üyelikten serbestçe ayrılmayı güvence altına almıştır. Bütün bunları dikkate aldığımızda anayasa koyucunun örgütlenme özgürlüğünü korurken eş anlı olarak örgütlenmeme özgürlüğünü de güvence altına aldığını belirtebiliriz. Örgütlenmeme özgürlüğünü de bünyesinde barındıran örgütlenme özgürlüğü özerk bir kavram olarak zorunlu üyeliklerin özel hukuk yönünün öne çıktığı kurallarda ve durumlarda 33. madde bağlamında anayasal denetimde kullanılabilenlidir. Dava konusu kuralla, örgütlenme özgürlüğünün negatif yönüne ölçülü olmayan bir müdahalede bulunmaktadır.

12. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde örgüt olarak sadece dernek ve sendikalara yer verilmiş olsa da diğer örgütler için de örgütlenme özgürlüğünün

varlığının maddenin esasında bulunduğuna dikkat çekmiştir.¹ Nitekim bir başka davada Sözleşme'nin 11. maddesinde güvenceye kavuşturulan örgütlenme özgürlüğünün maddenin lafzında geçmemesine rağmen siyasi partileri de kapsadığına hükmetmiştir.²

13. Bireylerin herhangi bir kuruluşa, amaç ne kadar ulvi olursa olsun, sırf statü hukuku içinde çalışmalarından dolayı kendi isteklerine aykırı şekilde devlet tarafından üye olmaya zorlanmaları kişi hak ve özgürlüklerine demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahalede bulunmayla eşdeğerdedir.

14. Paternalist ve korporatist bir devlet anlayışının tezahürü olan bu tür zora dayalı uygulamalar özgürlüğe zarar vermektedir. Özgürlük bireylerin yaptıkları kötü tercihler için başkalarına zarar vermedikçe kamu otoritesinden baskı ve zorlama görmeden özgürlüğün risklerini anlama ve kabul etmeleri anlamına gelir. Özerk ve özgür bireyin başkalarının, özellikle de kamu otoritelerinin, koruyup kollamasına ihtiyacı olduğunu varsaymak onun iradesini ve tercih özgürlüğünü hiçe sayan paternalist bir değerlendirmedir. Burada özgürlüğü kısıtlanan insanın mutluluğu, çıkarı, refahı ve iyiliği için kişinin iradesinin başka bir kişi veya kurum tarafından hiçe sayılması söz konusudur.

15. Bir yardımlaşma sandığına üyeliği zorunlu tutmanın çok çeşitli meşru amaçları olabilir ve bu üyelik kişiler için birtakım yararlar da sağlayabilir. Bazı insanlar bu yararları kısa dönemli çıkarlarını düşünerek veya başka bazı nedenlerle öngöremeyebilirler. Bu durumda devletin yapması gereken özgürlüğe ve bireysel tercihlere saygı duymaya en az zararı verecek uygulamalara gitmek olmalıdır. İnsanları belli bir yönde seçimler ve tercihler yapmaya yönlendirmek için teşvik edici, seçimi kolaylaştırıcı düzenlemelere gitmek zorlamalardan kaçınmak gerekmektedir. Tercih ve seçim özgürlüğünü kısıtlamadan bir “seçim mimarisi” şeklinde politikalar tasarlayarak kişileri “dürtmek” hem özgürlüğü korumak hem de kamusal amaçları sağlamak açısından en optimal çözüm gibi görünmektedir.³

1 Sidiropoulos ve diğerleri /Yunanistan, B.No: 57/1997(841/1047, Karar tarihi: 10/7/1998, § 40.

2 Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, Karar tarihi: 30/1/1998, §§ 24-31.

3 2017 Nobel Ekonomi ödülünü alan Richard Thaler, Cass Sunstein ile birlikte yayınladığı “Dürtme” isimli kitabında bu konuyu çeşitli örneklerle açıklamaktadır. Bkz.: Thaler, Richard H. ve Cass R. Sunstein, Dürtme (Nudge), 2013, İstanbul, Pegasus Yayınları.

16. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 13. 33. ve 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara muhalif kaldım.

Üye

Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

3201 sayılı Kanunun 90. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Red kararının gerekçesinde; Sandığın kanunla kurulduğu ve bağlı bulunduğu esaslar gözetildiğinde Sandığa üyeliğin kamu hukuku ilke ve kurallarına tâbi olduğu, bu itibarla Sandık üyeliği konusunda irade serbestisinin ve sözleşme özgürlüğünün varlığından söz edilemeyeceği, dolayısıyla kuralın sözleşme özgürlüğüne aykırı olmadığı, Sandığa üyeliğin tabîi sonucu olarak aidat ödenmesi gerektiğinden kuralla mülkiyet hakkına sınırlama getirildiği kabul edilse de meşru bir amaca dayanan ve ölçülü olan bu sınırlamanın da mülkiyet hakkına aykırılık oluşturmadığı belirtilmiştir.

Anılan Kanuna 7159 sayılı Kanunla eklenen fıkrada Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların görevleri süresince Polis Bakım ve Yardım Sandığına (Sandık) ortak olmaları zorunlu kılınmaktadır. İlgili Tüzüğe ve Yönetmeliğe göre ortaklarından brüt maaş veya ücretlerinin yüzde beşi oranında ortaklık aidatı alan (Sandık Genel Kurulunun kararıyla bu oran yüzde ona kadar artırılabilir) ve ortaklarına (veya bunların ölümü hâlinde mirasçılara) emeklilik, malûliyet ve ölüm yardımı yapan Sandık, ortakları arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek amacıyla faaliyette bulunan bir yardımlaşma sandığıdır. Bu özelliği itibarıyla Sandık esas olarak özel hukuk hükümlerine tâbi bir mal topluluğudur.

Sadece kanunla kurulmuş olması Sandığı bir kamu tüzelkişisi hâline getirmediği gibi yukarıda belirtilen amaçları ve faaliyet konuları da Sandığın bir kamu tüzelkişisi veya sosyal güvenlik kuruluşu olduğuna hükmetmek için yeterli değildir.

Kamu tüzelkişiliğinden söz edilebilmesi için kanunla kurulma şartının yanında kuruluş kanununda tüzelkişiliğin bu niteliğinin belirtilmesi, kamu gücü ile donatılmış olması, vesayet ilişkisine tâbi bulunması, mallarının ve gelirlerinin kamu malları ile gelirlerine tanınan himayeden yararlanması ve personelinin özellikle ceza hukuku açısından Devlet memurları gibi görülmesi yönünde hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

Sandığın kanunla kurulmuş olması itibariyle yukarıda belirtilen kanunla kurulma ölçütünün bulunduğu ve malları ile alacaklarının Devlet mallarına ait himayeden yararlanmasının öngörüldüğü, buna karşılık kuruluş kanununda Sandığın kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu belirtilmediği gibi yukarıda belirtilen diğer kriterleri de taşımadığı veya bunların Kanunda değil, Tüzükte ve Yönetmelikte düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, adı geçen Sandık bir kamu tüzelkişisi olmadığı gibi bir sosyal güvenlik kurumu da değildir.

Kuşkusuz, Anayasanın 48. maddesinde öngörülen sözleşme hürriyeti mutlak olmadığından bazı durumlarda kanunla sözleşme yapma zorunluluğu getirilebilir. Ancak bu düzenlemenin de, Anayasanın 13. maddesine göre meşru bir amacının bulunup bulunmadığı, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı ve bu kapsamda sınırlamanın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, ayrıca elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.

Diğer taraftan Sandığa zorunlu ortaklığın, Tüzüğe göre brüt maaş ve ücretlerin yüzde beşi tutarında aidat yükümlülüğü getirdiği ve bu oranın Sandık Genel Kurulunun kararıyla yüzde ona yükseltilebileceği de dikkate alındığında, sözleşme hürriyeti yanında mülkiyet hakkına getirilen bu sınırlamanın da Anayasanın 13. maddesine uygun olup olmadığı bakımından incelenmesi gerekmektedir.

Sandığın amacının sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek olduğu kabul edilse bile, Sandığa üyeliğin mesleğin yerine getirilmesine yönelik bir işlevinin bulunmadığı ve üyelerin sosyal güvenliklerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna iştirakçilik yoluyla karşılandığı gözönünde bulundurulduğunda, Sandık üyeliğinin sadece bazı ek imkânlar sağlayan

ve temel hedefi özel menfaatleri korumak olan bir hukukî ilişki olduğu, dolayısıyla özel hukuk ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede, dava konusu kuralla sözleşme hürriyetine getirilen sınırlamanın zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği söylenemeyeceği gibi gereklilik ve orantılılık unsurları açısından ölçülü olmadığı da açıktır. Aynı sebeplerle, mezkûr düzenleme mülkiyet hakkına da, maaşlardan yapılacak kesintilerin ve bunların oranı ile alt sınırının (veya en azından bunlara ilişkin kriterlerin ve düzenleyici işlemlerle yapılacak düzenlemenin sınırlarının) Kanunda açıkça öngörülmemesinden dolayı kanunîlik unsuru açısından da dayanaktan yoksun ve ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.

Sandığa zorunlu üyelik çoğunluk tarafından Anayasaya aykırı bulunmamış ise de, üyelerin Sandıkla ilişkileri bakımından aşağıda belirtilen kararımızdan ayrılmayı gerektiren bir farklılık söz konusu değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlıklı Üçüncü Kısımın “Yürütme” başlıklı İkinci Bölümünde “İdare” altbaşlığı altında düzenlenen ve 135. maddesinde temel ilkeleri belirlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan, idare hukukunda da hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında sayılan Türk Eczacıları Birliğine üye eczacıların, kurulan yardımlaşma sandığına üye olmalarını ve üyelikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorunlu kılan kuralın oybirliği ile iptaline ilişkin kararımızda yardımlaşma sandığı, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarının korunması, yardımlaşma, dayanışma ve bazı ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla oluşturulan mal topluluğu olarak tanımlanmış; söz konusu sandığa üyelik konusunda esas olanın irade özerkliği ve bunun Anayasadaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğü olduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiğine, kuralda belli bir mal topluluğu ile serbest irade dışında hukukî ilişkiye girme zorunluluğu öngörülerek bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğünün kaldırıldığına ve düzenlemenin, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunduğu için Anayasanın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğuna hükmedilmiştir (8/10/2015 tarihli ve E. 2014/126, K. 2015/86 sayılı karar).

İncelenen bu kural da mezkûr kararımızda belirtilen gerekçelerle Anayasanın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu gibi -Tüzükle oldukça

yüksek bir oranda aidat ödeme zorunluluğu öngörüldüğü, bu oranı iki katına çıkarma konusunda da Sandık Genel Kuruluna yetki tanındığı dikkate alındığında- Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına da kanunî dayanağı olmayan ve ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.

Diğer taraftan, Sandığın bir sosyal güvenlik kuruluşu olmaması nedeniyle üyelerin Sandıkla ilişkilerinin hukukî mahiyetinin serbest iradeleri ile üye olmalarını gerektirdiğini ve kuralın -örgütlenme özgürlüğü kapsamında- bu tür örgütlere üye olmama özgürlüğünü de teminat altına alan Anayasanın 33. maddesine de aykırı olduğunu düşünüyorum.

Bu sebeplerle, dava konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu ve iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Karayolları Trafik Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 27/12/2018 tarihli ve 7159 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 90. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararına katılmamaktayım.

2. Daha önceden kurulmuş olan Polis Bakım ve Yardım Sandığına dava konusu fıkra hükmü ile bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların görevleri süresince Sandığın daimi ortağı olarak zorunlu üyeliğe tabi tutulması esası getirilmiştir. Dolayısıyla geçmişten beri faaliyette bulunan bir yardım sandığına artık mesleğe yeni kabul edilecek Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurlar mecburi şekilde daimi ortak kabul edileceklerdir.

3. Anayasaya aykırı olmadığı kanaatine ulaşılan Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararındaki şu görüşe katılmak mümkün değildir:

“EGM bütçesinden maaş alan memurların statü hukukuna tabi kamu görevlisi ve POLSAN’ın, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etme amacıyla kanunla kurulan ve yukarıdaki esaslara tabi bir kurum olduğu gözetildiğinde POLSAN üyeliği ilişkisinin bir tür sözleşme olmayıp kamu hukuku ilke ve kurallarına tabi olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla POLSAN üyeliği konusunda irade serbestisinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün varlığından söz etmek mümkün olmadığından zorunlu üyelik esası öngören kuralın sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez.” (Ş 20).

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararında Polis Bakım ve Yardım Sandığının sahip olduğu tüzelkişiliğin kamu tüzelkişiliği olduğu tespitinin hukuken isabetli olup olmadığından bağımsız olarak öncelikle şu hususu ifade etmek gerekir: Kanun koyucu tarafından bir tüzel kişilik oluşturulup buna bazı alanlarda çalışan kamu görevlilerinin zorunlu biçimde üye olması esasını getirmek ve bu tüzel kişilik ile üyeleri arasında kamu hukuku ilişkisini tesis etmek, eğer kurulan bu tüzelkişilik bir kamu hizmeti sunmuyorsa Anayasa’nın 48. maddesindeki sözleşme ve 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlükleri ile çelişecektir.

5. Zira idareye sağlanan kamu gücü ayrıcalıkları öncelikle ve özellikle kamu hizmetini sunmak için tanınmış olan hukuki imkanlar olarak görülmelidir. Kamu gücü ayrıcalıklarının bazı kamu görevlilerinin *“sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etme”* amacı ile kanun koyucu tarafından kullanılmasının kamu hizmeti teorisi ve kamu gücü ayrıcalıklarının genel mantığı ile de bağdaşmadığı aşıkardır. İfade etmek gerekir ki kamu gücü ayrıcalıkları idareye kamu hizmeti sunumunda kamu yararını sağlamak amacıyla verilen ve özel hukuk aşan bir takım yetki ve durumlardır (Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt: 1, Üçüncü Baskı, Ekin Yay., Bursa 2019, s. 96). Bu bağlamda bir kamu tüzelkişiliğinin kuruluş amacı kamu yararına dayanmalıdır, oluşturulan bu tüzelkişiliğin kamu hizmeti sunması gerekmektedir ve kamu tüzelkişilikleri ancak bu amaçla üstün, ayrıcalıklı yetkilerle donatılmışlardır (Yıldırım / Yasin / Kaman / Özdemir / Üstün / Okay / Tekinsoy, İdare Hukuku, Güncellenmiş 6. Baskı, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2016, s.22).

6. Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararında ise kanunla oluşturulan POLSAN adındaki tüzelkişiliğe zorunlu üyelik esasının getirilmesi ve POLSAN ile üyeleri arasındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olduğu bir veri olarak kabul edilip bu veriden hareketle Anayasa'ya uygunluk sonucuna ulaşılmıştır. Oysa burada zaten oluşturulan bu zorunlu üyelik ve bununla bağlantılı kamu hukuku ilişkisi Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulmaktadır. Bu nedenle çoğunluğun bu biçimde konuya yaklaşımının bu yönü ile de hukuken sorunlu olduğu ifade edilmelidir.

7. Dava konusu kuralla, önceden kurulmuş olan Polis Bakım ve Yardım Sandığına dava konusu kanun hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve yeni başlayan tüm memurların üye olması mecburiyeti getirilmektedir. Bununla birlikte bahse konu tüzelkişilik olan Polis Bakım ve Yardım Sandığının kendi üyelerinin memuriyet esnasında veya emekliliklerinde birtakım sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılama dışında bir kamu hizmeti sunması durumu söz konusu değildir.

8. Esasında bu biçimdeki bir zorunlu üyelik durumu Mahkememizin daha önce denetlediği İLKSAN ile ilgili kanuni düzenlemeye benzemektedir. O kararda da Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca Milli Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan tüm ilkökul öğretmenlerinin İLKSAN'a üye olmasını öngören itiraz konusu kuralın iptali istemi reddedilmişti. O karara ilişkin karşıoyda yazdığım gerekçelerin aynen buraya da uyarlanabileceği kanaatindeyim. Bu yönü ile dava konusu kuralın İLKSAN ile ilgili düzenlemenin iptal isteminin reddedildiği karardaki karşıoyda ifade ettiğim gerekçelerle Anayasa'nın 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğunu düşünmekteyim (Bkz.: E.: 2016/192, K.: 2017/160, K. T.: 29.11.2017 künyeli karardaki karşıoyum).

9. Ek olarak dava konusu kural aynı zamanda Anayasa'nın 33. maddesindeki örgütlenme özgürlüğüne de müdahale teşkil etmektedir. Zira artık Emniyet Genel Müdürlüğü kadrosunda göreve başlayan memurların tercihlerine bırakılmaksızın zorunlu biçimde Polis Bakım ve Yardım Sandığına ortak olarak kabulü öngörülmektedir. Bu bakımdan bahse konu müdahalenin örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir sınırlama olarak kabulü gerekmektedir.

10. Dolayısıyla memurların örgütlenme özgürlüğüne bir sınırlama getirdiği için bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelerle uyumlu olup olmadığına da bakmak gerekecektir. Bu bağlamda dava konusu kuralla getirilen zorunlu üyeliğin meşru bir amacı olduğu kabul edilse dahi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir. Zira demokratik bir toplumda bir kişinin kamu hizmetine girerken zorunlu biçimde bir sosyal yardımlaşma amaçlı sandığa üye olması kabul edilemez. Zaten Anayasa'nın 60. maddesi bağlamında devlet tarafından tüm memurlar için de sosyal güvenlik hakkının tesisi amacıyla sosyal güvenlik sistemine girme zorunluluğu öngörülmektedir.

11. Sosyal güvenlik kuruluşuna zorunlu üyelik mevcut iken, yerindelik boyutu ile fevkalade yararlı olsa bile, yeni göreve giren bazı memurlara zorunlu biçimde bir sosyal yardımlaşma kuruluşuna üye olmayı öngören düzenlemenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunu ve ölçülü bir sınırlama getirdiğini söyleyebilmek imkansızdır. Zira bu zorunlu üyeliğin emniyet mensuplarının birer kamu görevlisi olarak sunmakta oldukları kamu hizmetinin bir gereği olarak kabulü mümkün değildir.

12. Yukarıda sıralanan gerekçelerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 13., 33. ve 48. maddelerine aykırılık teşkil ettiği ve iptali gerektiği kanaatinde olduğum için çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2020/21
Karar Sayısı : 2020/53
Karar Tarihi : 1/10/2020
R.G. Tarih - Sayı : 17/11/2020 - 31307

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tekirdağ 2. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 8. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Denetim görevini mevzuata uygun şekilde yerine getirmediği gerekçesiyle bir yapı denetim şirketi hakkında 4708 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 8. maddesi şöyledir:

“İdari müeyyideler ve teminat

Madde 8- (Değişik: 4/4/2015-6645/32 md.)

Yapı denetim kuruluşlarından bu Kanunda ve ilgili mevzuatta öngörülen esaslara göre denetim görevini yerine getirmedikleri tespit edilenlere, tespit edilen fiil ve hâllerin durumuna göre, aşağıdaki idari yaptırımlar uygulanır.

a) Denetim personelinin görevi başında bulunmaması veya yapı denetim kuruluşunun denetim personeline görevi ile ilgili yazılı olarak bilgi vermediğinin anlaşılması,

b) Mevzuatın öngördüğü evrakın tanziminde eksiklik veya kusur bulunması,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

c) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (b) veya (f) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmemesi,

hâllerinde, tespiti konu yapının yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %10'u kadar idari para cezası,

ç) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Aşağıda belirtilen;

1) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapının ruhsat eki onaylı statik projesinin ve hesaplarının, zemin etüd raporuna veya standartlara veya ilgili mevzuata aykırı olmaması,

2) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapım aşamasında ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olmaması,

hallerinde tespiti konu olan yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %20'si kadar idari para cezası verilir.

d) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (d) veya (e) veya (h) veya (ı) bentlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, tespiti konu yapının yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %30'u kadar idari para cezası verilir.

Yapı denetim kuruluşlarına denetim sorumluluğunu üstlendiği bir işe yönelik yapılacak tespitler doğrultusunda yukarıdaki bentlerde belirtilen idari müeyyidelerden birden fazla cezanın verilmesinin gerekmesi hâlinde o işe ait yapı denetim hizmet sözleşmesinin en fazla %50'si kadar idari para cezası verilir.

e) Aşağıda belirtilen;

1) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Denetim hizmetinin bu Kanunda yazılı hizmet bedelinden farklı bir hizmet bedeli ile üstlenildiğinin tespit edilmesi,

2) Yapı sahibinden veya vekilinden, yapı denetim hesabına yatırılmaksızın yapı denetimi hizmet bedeli alındığının tespit edilmesi,

hâllerinde, üstlenilen denetim işlerinin tamamına ait yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelleri toplamının %3'ü kadar idari para cezası verilir.

f) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) 6 ncı maddenin birinci fıkrası hükmüne aykırı hareket edilmesi hâlinde idari müeyyideye konu yapıların yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedellerinin %10'u kadar idari para cezası verilir.

g) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Aşağıda belirtilen;

1) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapının ruhsat eki onaylı statik projesinin ve hesaplarının, zemin etüd raporuna veya standartlara veya ilgili mevzuata aykırı olması,

2) 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (c) ve (g) bentlerinde belirtilen görevlerin yerine getirilmediğinin tespiti hâlinde, bu hataların yapım aşamasında yapının ruhsat eki onaylı statik projesine aykırı olması,

3) 3 üncü maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne aykırı hareket edilmesi,

hallerinde, cezayı gerektiren fiil ve hâlin, yetkililer tarafından yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilip öğrenilmesinden itibaren İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça bir yıl yeni iş almaktan men cezası verilir.

h) Yeni iş almaktan men yönünde verilen ilk cezanın ilan edilmesinden sonra, yeni iş almaktan men yönünde cezayı gerektiren ikinci bir fiilin işlenmesi ve bundan dolayı ceza verilip ilan edilmesinden sonra üçüncü defa yeni iş almaktan men yönünde ceza vermeyi gerektiren bir fiilin işlenmesi ve bundan dolayı da ceza verilip ilan edilmesi hâlinde, son ilan tarihinden itibaren Merkez Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça yapı denetim kuruluşunun izin belgesi iptal edilerek faaliyetine son verilir ve teminatı irat kaydolunur.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Yapı denetim kuruluşunda ortak veya görevli iken başkaca mesleki ve inşaat işleri ile ilgili ticari faaliyette bulunan veya laboratuvarlarda ortak olan veya görev alan yapı denetimi kuruluşunun ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile diğer teknik elemanlarına İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne 10.000 Türk lirası idari para cezası verilir.

İdari müeyyide, cezayı gerektiren fiil ve hâlin, yetkililer tarafından yapılan inceleme ve denetimlerle tespit edilmesini müteakip yapı denetim kuruluşunun ve ilgililerin savunmaları alınarak verilir ve yazılı olarak tebliğ edilir.

İdari para cezasına karşı on beş gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. Bu süre içinde itiraz yoluna başvurulmaması hâlinde idari para cezası kesinleşir. İtirazlar, zaruret olmayan hâllerde evrak üzerinde incelenerek en kısa süre içinde karara bağlanır. **İtiraz üzerine verilen mahkeme kararları kesindir.**

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Yeni iş almaktan men ve faaliyetine son verme cezalarına dair işlemler ile dokuzuncu fıkra kapsamında yapılan işlemler Resmî Gazete’de ilan edilir.

Yeni iş almaktan men cezası, yapı denetim kuruluşunun denetimindeki diğer işlerin devamına mani değildir. Ancak, yapı denetim kuruluşuna yeni iş almaktan men cezası verilmesine esas olan yapım işinin devam edebilmesi için, Bakanlıkça elektronik ortamda belirlenen başka bir yapı denetim kuruluşu görevlendirilmedikçe, ilgili idare tarafından işin devamına izin verilmez. Faaliyete son verme cezası verilen hâllerde de, yapı denetim kuruluşunun denetimini üstlendiği yapıların devamına, yeni yapı denetim kuruluşu görevlendirilmedikçe ilgili idare tarafından izin verilmez.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Yeni iş almaktan men cezası alan yapı denetim kuruluşunun ortakları ceza süresince, faaliyete son verme cezası alan yapı denetim kuruluşunun ortakları ise üç yıl süreyle herhangi bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunda teknik bir görev alamaz ve başka bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunun ortağı olamaz.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Yapı denetim kuruluşlarına üç ayı teknik inceleme raporu kapsamında üç adet idari müeyyide uygulanmasına sebebiyet vererek kayıtları tutulan denetçi mimar ve denetçi mühendisler ile diğer teknik personel, Merkez Yapı Denetim Komisyonunun kararı ve Bakanlığın onayı ile üç yıl süre ile herhangi bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunda teknik bir görev alamaz ve başka bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunun ortağı olamaz.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Bakanlıkça, yapı denetim izin belgesi geçici olarak geri alınan yapı denetim kuruluşunun, verilen süre içerisinde eksikliklerini tamamlamaması halinde izin belgesi iptal edilerek faaliyetine son verilir ve birinci fıkranın (h) bendindeki durumlar hariç teminatı iade edilir.

Laboratuvar kuruluşlarının personel, tesis, makine, teçhizat ve kalite kontrol sisteminde olumsuz yönde bir değişiklik olduğunun veya gerçekleştirilen deneylerin belirlenmiş teknik kritere uygun olmadığıının veya bu Kanunda ve ilgili mevzuatta belirtilen hükümlere aykırı hareket edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, tespit edilen fiil ve hâllerin durumuna göre, İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünce;

a) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Laboratuvar kuruluşunun kalite sistemine ilişkin şartlar bakımından tespit edilen aykırılıklar için uyarma cezası,

b) Verilen ilk uyarma cezasının tebliğ edilmesinden sonra, aynı türden cezayı gerektiren ikinci bir fiilin işlenmesi ve bundan dolayı ceza verilip tebliğ edilmesinden sonra üçüncü defa uyarma cezası vermeyi gerektiren bir fiilin işlenmesi ve bundan dolayı da ceza verilip tebliğ edilmesi hâlinde, laboratuvar kuruluşuna 5.000 Türk Lirası idari para cezası,

c) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Laboratuvar kuruluşlarına;

1) Alet ve cihaz kalibrasyonlarının zamanında yaptırılmaması,

2) Taze betondan numune alınması, şantiye mahallinde saklanması, laboratuvarda kürlenmesi, deneylerinin yapılması ve raporlanması, izlenmesi ve denetlenmesi süreçlerinde ilgili standartlara ve mevzuata uyulmaması,

3) Karot numunesi alınması sırasında laboratuvar denetçisinin hazır bulunmaması,

4) Laboratuvarın deney kapsam listesinde bulunmayan deney raporlarında Bakanlık logosunu kullanması,

5) Numune kayıt ve rapor defterinde aralarda boş satır bırakılması,

6) Alınan numunelerin numune kayıt defterine kaydedilmemesi,

7) Laboratuvar kuruluşunun faaliyet gösterdiği il dışındaki illerden kendi numune toplama istasyonunun bulunduğu il veya iller hariç olmak üzere faaliyet gösterdiği il dışından taze beton numunesi alması,

8) Laboratuvar kuruluşunda görev yapan idari veya teknik personel değişikliğinin veya laboratuvarın adres değişikliğinin zamanında bildirilmemesi,

hallerinde 19.030 Türk lirası idari para cezası,

verilir.

d) (Değişik:14/2/2020-7221/25 md.) Bu fıkranın (c) bendine göre laboratuvar kuruluşuna son üç yıl içinde üç ayı idari para cezası verilmesi hâlinde, İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça bir yıl yeni iş almaktan men cezası verilir.

e) Aşağıda belirtilen;

1) Bu fıkranın (d) bendine göre verilen cezanın ilan edilmesinden sonra, aynı türden cezayı gerektiren ikinci bir fiilin işlenmesi ve bundan dolayı ceza verilip

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

ilan edilmesinden sonra üçüncü defa aynı türden ceza vermeyi gerektiren bir filin işlenmesi ve bundan dolayı da ceza verilip ilan edilmesi,

2) Laboratuvar kuruluşunun idarelere veya şahıslara verdiği deney raporlarının gerçeği yansıtmayan sonuçlar ihtiva ettiğinin tespit edilmesi,

hâllerinde Merkez Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Bakanlıkça laboratuvar kuruluşunun izin belgesi iptal edilerek faaliyetine son verilir. Sözleşmesi feshedilir ve teminatı irat kaydolunur.

Üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkra hükümleri, laboratuvar kuruluşu hakkında uygulanan idari müeyyideler için de geçerlidir.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Yeni iş almaktan men cezası alan laboratuvarın ortakları ceza süresince, faaliyete son verme cezası alan laboratuvarın ortakları ise üç yıl süreyle herhangi bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunda teknik bir görev alamaz ve başka bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunun ortağı olamaz.

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Laboratuvar kuruluşunun, onuncu fıkranın (e) bendinin (2) numaralı alt bendi kapsamında izin belgesinin iptaline sebebiyet veren veya laboratuvar kuruluşuna üç ayrı değerlendirme raporu kapsamında üç adet idari para cezası uygulanmasına sebebiyet vererek kayıtları tutulan denetçi mühendisler ile teknik personel üç yıl süre ile herhangi bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunda teknik bir görev alamaz ve başka bir yapı denetim veya laboratuvar kuruluşunun ortağı olamaz.

(Mülga fıkra:14/2/2020-7221/25 md.)

(Değişik fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Bu Kanun hükümleri çerçevesinde görevini yerine getirmediği tespit edilen mimar ve mühendisler hakkında meslek odaları, kendi mevzuatı uyarınca cezai işlem yaparak neticesini Bakanlığa bildirir.

Laboratuvar kuruluşlarının veya denetçi mimar ve denetçi mühendislerin izin belgesi alma safhasında gerçeğe aykırı belge düzenlediğinin izin belgesi verildikten sonra anlaşılması hâlinde, izin belgesi derhâl iptal edilir.

Yapı denetim kuruluşlarına denetim sorumluluğunu üstlendiği bir işte yeni bir iş almaktan men cezası almasını gerektiren 2 nci maddenin dördüncü fıkrasının (a) ve (c) ile (g) bendine aykırı hareket ettiğinin aynı anda tespit edilmesi hâlinde bir kez yeni iş almaktan men cezası verilir.

Laboratuvar kuruluşlarına uyarı cezası vermeyi gerektiren birden fazla fiilin aynı anda tespit edilmesi hâlinde kuruluşa idari para cezasına esas olmak üzere tek bir uyarı cezası uygulanır.

Laboratuvar kuruluşlarına idari para cezası vermeyi gerektiren birden fazla fiilin aynı anda tespit edilmesi hâlinde kuruluşa en fazla 15.000 Türk Lirası idari para cezası verilir.

Bu Kanun kapsamında verilecek idari para cezaları İl Yapı Denetim Komisyonunun teklifi üzerine Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne verilir ve verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

Bu Kanuna göre yapı denetim izin belgesi ve laboratuvar izin belgesi verilmesi sürecinde Bakanlıkça teminat alınır. (Ek cümle:14/2/2020-7221/25 md.) Her ne suretle olursa olsun, alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz. Teminatın türü, tutarı, iadesi ve irat kaydedilmesine ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanan yönetmelik ile belirlenir.

(Ek fıkra:14/2/2020-7221/25 md.) Bu Kanun ve ilgili mevzuata göre görevini yerine getirmeyen yapı denetim kuruluşları hakkında bu madde uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren fiillerin tespiti halinde ayrıca 3194 sayılı Kanun uyarınca idari para cezası uygulanmaz.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 19/2/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Gülbin AYNUR tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. Yapı denetimi can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla 4708 sayılı Kanun'a tabi yapıların inşa aşamasının imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına ve standartlarına uygunluk yönünden tüm süreçlerde denetlenmesidir. Söz konusu denetim Çevre ve Şehircilik Bakanlığında (Bakanlık) alınması gerekli bir izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yürüten, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmektedir. Denetim sürecinde inşaat ve yapı malzemeleri ile ilgili ham madde ve mamul madde üzerinde ilgili standartlara veya teknik şartnamelere göre gerekli ölçüm ve muayeneler ise bu konuda Bakanlıktan izin almış laboratuvar kuruluşlarına ait tesislerde yapılmaktadır.

4.Yapı denetim kuruluşu tarafından üstlenilen yapı denetim hizmeti yapı sahibi ile imzalanan bir hizmet sözleşmesine göre yürütülmektedir. Bu hizmet karşılığında yapı sahibi tarafından yapı denetim kuruluşuna Kanun'da belirlenen ölçütlere göre hesaplanan ve hizmet sözleşmesinde de gösterilmesi gereken bir hizmet bedeli ödenmektedir. Bu kapsamda Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrasının (f) bendinde hizmet bedeline esas yapı yaklaşık maliyetinin binalarda yapı inşaat alanının Bakanlıkça yönetmelik ile belirlenen birim maliyeti veya birim maliyetleri ile çarpımından elde edilen bedeli ifade ettiği belirtilmiştir; 5. maddesinin beşinci fıkrasında ise hizmet bedelinin hizmet bedeline esas yapı yaklaşık maliyetinin %1,5'i kadar olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı fıkarda hizmet bedeli oranının yapım süresi iki yılı aşan iş için yıllık %5 artırılacağı, yapım süresi iki yıldan az olan işler için %5 azaltılacağı belirtilmiştir.

5. Yapı denetimi hizmetinin Kanun'da gösterilen ölçütler uyarınca belirlenen hizmet bedeli ile görülmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinde denetim hizmetinin Kanun'da yazılı hizmet bedelinden farklı bir hizmet bedeli ile üstlenilmesi idari para cezasını gerektiren fiil ve hâller arasında sayılmıştır.

6. Gerek yapı denetim gerekse laboratuvar kuruluşlarının Kanun'da ve ilgili mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun bir şekilde görevlerini yerine getirmemesi çeşitli idari yaptırımlara bağlanmıştır. Bunlar fiilin niteliğine ve ağırlığına göre uyarma, idari para cezası, bir yıl yeni iş almaktan men cezası, izin belgesinin iptal edilerek faaliyete son verilmesi

gibi yaptırımlardır. İdari para cezalarının bir kısmı 5.000 ile 19.030 TL arasında değişen maktu miktarlar olmakla birlikte özellikle yapı denetim kuruluşları için öngörülen idari para cezalarının büyük bir bölümü yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedelinin %3'ü ile %50'si arasında değişen oranlarla belirlenmiştir.

7. Kanun'un 8. maddesinin dördüncü fıkrasında bu kapsamda verilen idari para cezalarına karşı on beş gün içinde yetkili idare mahkemelerine itiraz edilebileceği öngörülmüş olup itiraz konusu kuralla itiraz üzerine verilen mahkeme kararlarının kesin olduğu hükme bağlanmıştır.

B. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle, hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin denetiminin idari yargıda gerçekleştirildiği hatırlatılmış ve bu yargı kararlarına karşı üst derece yargı yolunun açık olmasının ilk derece mahkemelerince verilen kararların hukuki denetiminin yapılmasının yanı sıra içtihat birliğinin oluşturularak bireylerin hangi durumda hangi hukuki sonuca muhatap olacaklarını önceden bilmelerinin sağlanması bakımından da gerekli olduğu ifade edilmiştir. Anayasa'nın 155. maddesinden idari yargıda tek dereceli bir sistemin öngörülmediğinin anlaşıldığı, bu durumun birtakım istisnalarının olabileceği, nitekim hukukumuzda bazı idari davalarda verilen kararların kesin olduğu yönünde düzenlemelerin bulunduğu belirtilen başvuru kararında, bu davaların ekonomik yönden ortalama güce sahip bir bireyin bir şekilde ödemek zorunda kalması hâlinde maddi olarak çok fazla etkilenmeyeceği parasal miktarları aşmayan uyuşmazlıklara ilişkin olduğuna dikkat çekilmiş ve itiraz konusu kuralla kesin olduğu belirtilen mahkeme kararlarına konu idari para cezalarının nispi olarak belirlendiği, olaya göre ceza oranlarının değiştiği, dolayısıyla ceza miktarlarının önceden bilinmesinin mümkün olmadığı gibi çok yüksek miktarlara da ulaşabildiği, bu sebeple söz konusu davaların istisna kapsamında değerlendirilmeye müsait makul bir parasal sınır içerdiğinden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Başvuru kararında ayrıca kişilerin söz konusu idari para cezalarıyla bağlantılı olarak ileride daha ağır yaptırımlara maruz kalabildikleri, bu itibarla söz konusu cezalara ilişkin mahkeme kararlarının denetlenmesi yönünden getirilen kısıtlamanın o yaptırımlarla ilgili davaları da etkilemesinin kaçınılmaz olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1. Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkına İlişkin Genel Açıklama

9. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir.

10. Anayasa'nın anılan maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti, yargılama usulüne ilişkin güvencelerle hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını hedefleyen ve demokratik toplumda vazgeçilmez nitelikte olan adil yargılanma hakkını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir.

11. Hak arama, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ve insan onuru kavramıyla yakından ilgilidir. Bu nedenle demokratik hukuk düzenlerinde hakların korunmasını ve hak ihlallerinin giderilmesini temin edebilecek *hukuki yollar* öngörülmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kararlarında hak arama hürriyetinin hukuk devletinin başlıca ölçütü ve demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biri olduğunu ifade etmiştir (AYM, E.1991/2, K.1991/30, 19/9/1991). Bu doğrultuda Anayasa'nın 40. maddesinde hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin *yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına* sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenen yasama organına dilekçe verme hakkı ile bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakları da anayasal güvence altına alınan hak arama yolları arasındadır.

12. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan yargı mercileri önünde hak arama hürriyeti, hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başında gelmektedir. Anayasa'daki temel hakların korunmasında önemli bir teminat olan yargısal hak arama yolu, hakların korunmasında en etkili ve güvenceli yoldur.

13. Hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde adalet ve hukuk devleti gibi temel anayasal ilkelerin de gözönünde bulundurulması gerekir. Bu doğrultuda hak arama hürriyetinin amacının hak ihlalinin önlenerek kişiye hakkının teslim ve adaletin tesis edilmesi olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kanunun açıkça hatalı veya keyfî uygulanmasına ilişkin istisnalar dışında yargılama sonucunda verilen hükmün adil olup olmadığı veya

hukuki açıdan isabetli olup olmadığı hususlarını içermemektedir. Bu itibarla adil yargılanma hakkının davanın taraflarına sağladığı tüm usul güvencelerine uyulmuş olsa bile yargılama sonucunda verilen hükmün hatalı olması mümkündür. Diğer bir ifadeyle adil yargılanma hakkının güvencelerine riayet edilmiş olsa da hâkimin gerek maddi vakıaların değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında yanılğıya düşmesi ve buna bağlı olarak hukuka aykırı hüküm vermesi söz konusu olabilmektedir. Böyle kararlara ilgililerin veya toplumun katılanmasını istemek adalete olan güveni sarsar ve hukuk devletini zedeler. Bu nedenle hak arama hürriyetinden yararlanılabilmesi bakımından adil ve isabetli olmadığı düşünülen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Anayasa açısından bu gereklilik, özel olarak düzenlenen hak arama hürriyetinin kapsamı ve mahiyetinden kaynaklanmaktadır (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 8).

14. Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinin de mahkeme kararlarının kural olarak denetlenmesi gerektiği düşüncesiyle düzenlendiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 154. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde *"Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir"* kuralına yer verilmiştir. Aynı şekilde Anayasa'nın 155. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde de *"Danıştay, idare mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciiine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir"* denilmektedir. Anayasa koyucunun bu kurallarla Yargıtay ve Danıştayın varlığını anayasal güvence altına aldığı ve anılan Yüksek Mahkemeleri kural olarak ilk derece adli ve idari yargı mercilerince verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görevlendirdiği anlaşılmaktadır. Ancak bu maddelerde adli ve idari yargı mahkemelerince verilen hükümlerin denetlenmesi görevinin anılan Yüksek Mahkemelere verilmemesi hâlinde de bu görevin başka yargı mercilerine bırakılması gerektiğinin öngörülmesiyle Anayasa koyucunun ilk derece mahkemesince verilen karar ve hükümlerin kural olarak bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi gerekliliğini kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 9).

15. Anayasa'nın 36., 154. ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkını yargılamanın konusuna göre herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın Anayasa'nın 36. maddesinde

düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamında güvenceye kavuşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, konusu bir suç isnadına dayanan ya da medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olan tüm yargılamalar için geçerlidir.

16. Bununla birlikte yargılamanın konusu ceza mahkûmiyeti olduğunda mahkeme kararlarının denetlenmesi ihtiyacı daha da önem kazanmaktadır. Nitekim uluslararası sözleşmelerde de hükmün denetlenmesinin bir hak olarak tanındığı görülmektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde *"Mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm edilen herkes, mahkûmiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini sağlama hakkına sahiptir"* denilmek suretiyle mahkemece verilen mahkûmiyet ve cezaların denetlenmesini talep hakkı güvenceye bağlanmıştır. Yine Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da *"Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır"* biçiminde benzer bir kurala yer verilmiştir.

17. Bu bağlamda anılan uluslararası sözleşmelerde yer alan *suç, ceza, mahkûmiyet* gibi kavramların sadece klasik ve teknik anlamda ceza yargılaması hukukuna özgü kavramlar olarak değerlendirilmeyip anayasal anlamda özerk bir yoruma tabi tutulması gerekir.

18. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki yerleşik içtihadına göre ceza hukuku yaptırımı olarak düzenlenmeyen ve geleneksel ceza davasına konu olmayan idari yaptırımlar cezanın üst sınırı, niteliği, miktarı, kişi üzerinde oluşturduğu etki ve sonuçlar yönünden ciddiyeti ve ağırlığı gözetilerek anayasal anlamda özerk bir yorumla *ceza* olarak nitelendirilebilmektedir. Bu kapsamda idari para cezalarını konu alan ve idari yargıda görülen bazı davalar da adil yargılanma hakkının *suç isnadı* yönü kapsamında incelenmiştir (Hasan Cihan, B. No: 2016/14869, 24/10/2019; Uyaroğlu Akaryakıt İnşaat Turizm San. ve Tic. Ltd. Şti. B. No: 2014/2303, 5/4/2018; Salim Koç, B. No: 2014/2540, 29/11/2018).

19. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti kapsamındaki hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, kişinin aleyhine verilen bir hükmün başka bir yargı mercii tarafından gözden geçirilmesini ve denetlenmesini isteyebilmesini teminat altına almaktadır.

20. Bununla birlikte hükmün denetlenmesini talep etme hakkının -tabiatı itibarıyla- devletin kanuni düzenleme yapmasını gerektirdiği açıktır. Kişilerin ne şekilde bu haktan yararlanacakları ve bu hakkın temini bakımından nasıl bir sistemin kurulacağı hususunda kanun koyucunun geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.

21. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin kanuni düzenlemelerde bu denetimin sadece hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı hususuyla mı sınırlı olacağı yoksa bunun yanında maddi olguların değerlendirilmesini de mi kapsayacağı hususu kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Bu bağlamda mahkeme hükmünün denetiminin maddi olguların değerlendirilmesini de kapsamı gerektiğine dair bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Denetimi yapacak yargı merciinin hukuk kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığına yönelik bir denetim yapma yetkisi ile donatılması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sağlanmasına ilişkin anayasal yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından yeterli görülebilir (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 16).

22. Bunun yanında hükmün denetlenmesini talep etme hakkının mahiyeti dikkate alındığında bu hakkın mutlak bir hak olarak kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla bu hak kanun koyucu tarafından bazı sınırlamalara tabi tutulabilir. Ancak bu sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun olarak yapılması gerekir.

23. Öte yandan hükmün denetlenmesini talep etme hakkının bir suç isnadını konu alan yargılamalardaki kapsam ve sınırıyla medeni hak ve yükümlülükleri konu alan yargılamalardaki kapsam ve sınırının aynı olmayacağının da belirtilmesi gerekir. Bu yönüyle anılan hak, bireye bir suçlamanın yöneltilmesi ve sonucu itibarıyla bireyi bir cezaya maruz bırakması sebebiyle temel hak ve özgürlüklere daha ağır müdahalelerin söz konusu olduğu suç isnadını konu alan yargılamalar alanında daha geniş bir uygulama alanı bulurken diğer alanlarda daha esnek uygulanabilecektir.

2. Kuralın İncelenmesi

24. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

25. İdari yargıda ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kural olarak istinaf yolu öngörülmüştür. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre konusu 5.000 TL'yi geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında verilenler hariç olmak üzere idare ve vergi mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması mümkündür.

26. Hakkında idari para cezası işlemi tesis edilen kişinin bu işlemin iptali talebiyle idare mahkemesine yaptığı itirazın reddedilmesi durumunda işlemin hukuka uygunluğu ve dolayısıyla idari işlemin sebebini teşkil eden fiil veya durumun hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilmekte ve bunun sonucunda da kişi o cezayı ödemek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda kişi aleyhine hüküm kurulmuş olduğundan hükmün denetlenmesini talep etme hakkına ilişkin güvenceler devreye girmektedir. Bireyin aleyhine verilen idare mahkemesi kararına karşı kanun yolunun kapalı olması hükmün başka bir mahkeme tarafından denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama teşkil etmektedir. Bu itibarla idari para cezasına karşı yapılan itiraz üzerine verilen mahkeme kararlarının kesin olduğunu öngören kural, hükmün başka bir mahkeme tarafından denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getirmektedir.

27. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmiştir. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

28. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlanması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu düşünülemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

29. İtiraz konusu kural uyarınca idare mahkemelerinin 4708 sayılı Kanun gereğince verilen idari para cezalarının iptali taleplerine ilişkin hükümlerine karşı istinaf yolunun kapatılmasının amacının yargılamanın makul süre içinde tamamlanması ve usul ekonomisinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

30. Nitekim Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de *makul sürede yargılanma* hakkıdır. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir*" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu hak gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır (AYM, E.2013/4, K.2013/35, 28/2/2013). Öte yandan Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında davaların en az giderle sonuçlandırılması da bir ilke olarak düzenlenmiştir. *Usul ekonomisi* olarak da adlandırılan bu ilke, yargılama maliyetinin en düşük düzeyde olmasını ve bu sürecin mümkün olan en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla davaların makul süre içinde ve daha az masrafla sonuçlanmasının sağlanması amacıyla hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlandırılmasının anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı görülmektedir.

31. Hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın meşru bir amaca yönelik olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmışının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016).

32. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkının sınırlanması için seçilen aracın öngörülen amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca seçilen araç bu hakkı en az zedeleyici nitelikte olmalıdır. Bununla birlikte hakkı daha az zedeleyen aracın tercih edilmesi gerektiğinin söylenebilmesi için söz konusu araç aynı amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Daha hafif sınırlama teşkil eden aracın tercih edilmesi hâlinde öngörülen amaç gerçekleşmeyecek

ise daha ağır sınırlama oluşturan aracın seçimi hususundaki tercih, Anayasa'ya aykırı olmaz. Bunun dışında hangi sınırlama aracının tercih edileceği hususunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

33. Ayrıca hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik sınırlamalar orantılı olmalıdır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve aleyhine hüküm kurulan kişinin bu hükmü denetlettirebilmesindeki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında, sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir.

34. Kanun'da idari para cezalarının iptali taleplerine ilişkin idare mahkemesi kararlarına karşı kanun yolunun kapalı tutulması suretiyle hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın davaların makul süre içinde sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacına ulaşılabilmesi bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

35. Öte yandan hükmün denetlenmesini talep etme hakkına getirilen sınırlamanın orantılı olup olmadığının tespitinde hükmün konusu ile kişinin hak ve menfaatleri üzerinde oluşturduğu tesir ve sınırlamanın gerekçesini oluşturan meşru amacın niteliği gözönünde bulundurulmalıdır.

36. Bu bağlamda Kanun kapsamındaki idari para cezalarına dayanak teşkil eden, başka bir ifadeyle kişiye isnat edilen fiiller kabahat niteliğindedir. Dolayısıyla hafif nitelikteki bu isnatların, manevi varlığı bakımından muhatabı üzerinde ağır etki ve sonuçlar doğurmayacağı söylenebilir. Bununla birlikte Kanun uyarınca verilen idari para cezalarının bir kısmının yapı yaklaşık maliyetine göre değişiklik gösteren yapı denetimi hizmet sözleşmesi bedeli esas alınarak ve nispi oranlarla hesaplandığı ve bu cezaların somut olayın niteliğine göre yüksek meblağlara ulaşabildiği görülmektedir. Yüksek meblağlara ulaşabilen idari para cezalarının kişinin malî durumu üzerinde yarattığı etki itibarıyla ağır ve ciddi bir yaptırım olduğu, dolayısıyla *ceza* niteliği taşıdığı açıktır. Bu itibarla söz konusu idari para cezalarını konu alan yargılamalar *suç isnadı* kapsamında olup kişinin malî yönden oldukça ağır bir ceza ile karşı karşıya kalması sonucunu doğurabilen bu nitelikteki hükümlerin denetime tabi tutulmasının önemi yadsınamaz.

37. Kuşkusuz hükmün denetlenmesini talep etme hakkının kategorik olarak Kanun kapsamındaki tüm idari para cezaları hakkında verilen hükümlere karşı bu denetimi talep etme imkânı tanınmasını zorunlu kılan bir yönü bulunmamaktadır. Bu bakımdan özellikle muhatap kitlesi üzerinde yaratacağı ekonomik etki itibarıyla nispeten düşük olarak değerlendirilebilecek miktarlardaki idari para cezalarına ilişkin hükümlerin kesin olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebilir. Ancak itiraz konusu kural kapsamındaki idari para cezalarının tümünün bu bağlamda düşük nitelikte olduğu söylenemez.

38. Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa bu denli yüksek idari para cezalarını konu alan hükümlerin denetime tabi kılınmamasının kişiye aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin denetime kapalı tutulmasıyla kişiye yüklenen külfet, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklı kılınmaz. Başka bir deyişle belirtilen nitelikteki hükümlerin denetletirilmesi vasıtasıyla elde edilecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez. Bu itibarla itiraz konusu kural, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirmektedir.

39. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 155. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 155. maddeleri yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 4/4/2015 tarihli ve 6645 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle başlığı ile birlikte değiştirilen 8. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE 1/10/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2020/60
Karar Sayısı : 2020/54
Karar Tarihi : 1/10/2020
R.G. Tarih-Sayısı : 10/12/2020-31330

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 129 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Tümünün Anayasa'nın 88. maddesine aykırılığını ileri sürerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına,

B. Tümünün iptaline karar verilmemesi hâlinde;

1. 1. maddesiyle 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosu..." ibaresinin "...baro..." şeklinde değiştirilmesinin,

2. 2. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...ve staj yaptığı baroya kayıtlı..." ibaresinin,

3. 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosuna..." ibaresinin "...baroya..." şeklinde değiştirilmesinin,

4. 4. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan "...o baroya yazılı..." ibaresinin "...staj yaptığı baroya kayıtlı..." şeklinde değiştirilmesinin,

5. 5. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "...avukatın kayıtlı olduğu..." ve "...kendi barosuna kayıtlı..." ibarelerinin,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

6. 6. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 44. maddesinde yer alan "... aynı baroya..." ibarelerinin "... aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine..." şeklinde değiştirilmesinin,

7. 8. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

8. 9. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "... kayıtlı olunan..." ibaresinin,

9. 11. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 64. maddesinin;

a. Birinci fıkrasına ve ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "... kayıtlı olduğu..." ibarelerinin,

b. Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... baro..." ibaresinin "... kararı veren baronun..." şeklinde değiştirilmesinin,

10. 13. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

11. 14. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 67. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... o yer barosu..." ibaresinin "... bu tespiti yapan baronun..." şeklinde değiştirilmesinin,

12. 15. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinin;

a. Birinci fıkrasına eklenen üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci ve on ikinci cümlelerin,

b. Üçüncü fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

13. 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin;

a. İkinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... ikiye..." ibaresinin "... üçer..." şeklinde değiştirilmesinin,

b. Değiştirilen üçüncü fıkrasının,

14. 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının,

15. 20. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 177. maddesine eklenen ikinci fıkranın,

16. 21. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesine eklenen "...veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine..." ibaresinin,

17. 22. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'a eklenen geçici 23. maddenin,

18. 23. maddesiyle 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen altıncı ve yedinci cümlelerin,

19. 24. maddesiyle 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen ikinci ve üçüncü cümlelerin,

20. 25. maddesiyle 11/3/2010 tarihli ve 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen dördüncü ve beşinci cümlelerin,

21. 26. maddesiyle 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümlelerin,

Anayasa'nın 2., 13., 17., 20., 36., 37., 38., 40., 70., 125. ve 129. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına,

karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 1. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ibare değişikliği yapılan birinci fıkrası şöyledir:

"(...) 4 üncü maddedeki koşulları taşıyanlar başvurdukları **baro** levhasına yazılmalarını dilekçe ile isteyebilirler."

2. 2. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ibarenin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

"Avukatlık stajı bir yıldır. Stajın bu kısmında yer alan hükümler uyarınca ilk altı ayı mahkemelerde ve kalan altı ayı da en az beş yıl kıdemi olan (bu beş

yıllık kıdem hesabına Kanunun 4 üncü maddesinde yazılı hizmette geçen süreler de dahildir.) ve staj yaptığı baroya kayıtlı bir avukat yanında yapılır”

3. 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 16. maddesinin ibare değişikliği yapılan birinci fıkrası şöyledir:

*“3 üncü maddenin (a), (b) ve (f) bentlerinde yazılı koşulları taşıyan ve Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavında başarılı olanlardan, stajyer olarak sürekli staj yapmalarına engel işleri ve 5 inci maddede yazılı engelleri bulunmayanlar, staj yapacakları **baroya** bir dilekçe ile başvururlar.”*

4. 4. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un ibare değişikliği yapılan birinci fıkranın (4) numaralı bendinin yer aldığı 17. maddesi şöyledir:

“Dilekçeye eklenecek belgeler :

Madde 17- 16 ncı madde gereğince verilecek dilekçeye, aşağıda gösterilen belgeler eklenir.

1. Kanunun aradığı şartlara ilişkin belgelerin asılları ile onanmış ikişer örneği,

2. Adayın 3 üncü maddenin (f) ve 5 inci maddenin (a) bendlerinde yazılı halleri bulunmadığını gösteren bildiri kağıdı,

3. Yanında staj göreceği avukatın yazılı muvafakati,

*4. Adayın ahlak durumu hakkında, **staj yaptığı baroya kayıtlı** iki avukat tarafından düzenlenmiş tanıtma kağıdı.*

Bu belgelerin birer örneği baro başkanı tarafından onaylanarak Türkiye Barolar Birliğine gönderilir. Diğer örnek veya asılları barodaki dosyasında saklanır. 22 nci maddenin 2 ve 3 üncü fıkralarında yazılı hallerde, adayın yanında staj göreceği avukatın yazılı muvafakatine ait belge aranmaz.

(Ek fıkra: 22/1/1986 - 3256/5 md.; Değişik üçüncü fıkra: 23/1/2008-5728/328 md.) Staj isteminde bulunan tarafından verilen bildiri kağıdının hilafı ortaya çıktığı takdirde adaya Cumhuriyet savcısı tarafından ikiyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

5. 5. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 42. maddesinin ibarelerin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

“Bir avukatın ölümü veya meslekten yahut işten çıkarılması veya işten yasaklanması yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hallerinde, **avukatın kayıtlı olduğu** baro başkanı, ilgililerin yazılı istemi üzerine veya iş sahiplerinin yazılı muvafakatini almak şartıyla, işleri geçici olarak takip etmek ve yürütmek için **kendi barosuna kayıtlı** bir avukatı görevlendirir ve dosyaları kendisine devir ve teslim eder. (Ek cümle : 2/5/2001 - 4667/28 md.) Ayrıca durumu mahkemelere ve gerekli göreceği yerlere bildirir. Bu hükümler avukatlık ortaklığı hakkında da kıyasen uygulanır.”

6. 6. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un ibare değişiklikleri yapılan 44. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Avukatların birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde çalışmaları

Madde 44 – (Değişik : 2/5/2001 - 4667/30 md.)

Avukatlar, meslekî çalışmalarını aynı büroda birlikte veya avukatlık ortaklığı şeklinde de yürütebilirler.

A) Aynı büroda birlikte çalışma

Birlikte çalışma, **aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine** kayıtlı birden çok avukatın meslekî çalışmalarını bir büroda yürütmeleridir. Bu birlikteliğin tüzel kişiliği yoktur, yapılan iş ticarî sayılmaz.

Birlikte çalışan avukatlardan biri ya da birkaçının ad ve/veya soyadının yanında (Avukatlık Bürosu) ibaresinin kullanılması zorunludur. Karşılıklı hak ve yükümlülükler, gelir ve giderlerin paylaşılması, büro yönetimi, birlikteliğin sona ermesi birlikte çalışanlarca belirlenir ve yazılı olarak kayıtlı oldukları baroya bildirilir.

B) Avukatlık ortaklığı

Avukatlık ortaklığı, **aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine** kayıtlı birden çok avukatın bu Kanuna göre mesleklerini yürütmek için oluşturdukları tüzel kişiliktir. Avukatlık ortaklığının çalışması meslek çalışması olup, ticarî sayılmaz ve vergilendirme bakımından şahıs şirketlerine ilişkin hükümler uygulanır. Avukatlık ortaklığının adı, bir ya da birkaç ortağın ad ve/veya soyadlarına (Avukatlık Ortaklığı) ibaresi eklenerek belirlenir. Yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı çerçevesinde Türkiye’de faaliyet göstermek isteyen yabancı avukatlık ortaklıkları, bu Kanuna ve avukatlık ortaklığı düzenlemesine uygun olarak kurulmak koşuluyla, yalnızca yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilirler. Bu sınırlama yabancı avukatlık

ortaklığında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ya da yabancı avukatları da kapsar. Bu nev'i avukatlık ortaklıkları için ortakların baroya kayıtlı olması şartı aranmaz. Bu kuralın uygulanması mütekabiliyet esasına bağlıdır.

...”

7. 8. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 50. maddesinin cümlelerin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

*“Her adalet dairesinde, bölgesinde bulunduğu baro için, her mahkeme salonunda ve icra dairesinde ise avukatlar için ihtiyaca yetecek nitelikte yer ayrılması zorunludur. (Ek cümle:11/7/2020-7249/8 md.) **Birden fazla baronun bulunduğu illerde baro için ayrılacak yer Türkiye Barolar Birliğine tahsis edilir ve Birlik, barolara kayıtlı avukat sayısını esas alarak bu yeri barolara tahsis eder.**”*

8. 9. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 58 maddesinin ibarenin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

*“Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve **kayıtlı olunan** baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.”*

9. 11. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un ibare ekleme ve değişikliği yapılan fıkraların yer aldığı 64. maddesi şöyledir:

“Baro yönetim kuruluna karşı özel görevler :

*Madde 64- Denetleme ve şikayetle ilgili meselelerde avukat, bu kanunda gösterilen meslek sırrını saklama yükümlülüğüne aykırı düşmedikçe, **kayıtlı olduğu** baro başkanına veya yönetim kuruluna yahut bunlar tarafından görevlendirilen üyelerden birine bilgi vermek ve istek üzerine dosyaları göndermek, dinlenmek üzere çağırıldığı hallerde baro başkanı, yönetim kurulu veya bu kurul üyelerinden birinin davetine uymak zorundadır.*

*(Değişik ikinci fıkra: 22/1/1986 - 3256/8 md.) Birinci fıkrada yazılı zorunluğa uymayan avukat hakkında, **kayıtlı olduğu** baro yönetim kurulu,*

onbin liradan yüzbin liraya kadar para cezası verebilir. Bu ceza her davet ve isteğe uymama halinde yeniden verilebilir. Ancak, gönderilen yazıda, davet ve isteğe uymama halinde para cezası verileceğinin belirtilmiş olması şarttır.

Bu para cezasına karşı, tebliğinden itibaren onbeş gün içinde, **kararı veren baronun** disiplin kuruluna itiraz olunabilir. Baro disiplin kurulunun kararı kesindir.

Yukarıki fıkralar gereğince hükmedilen para cezaları, bu kanunun disiplin cezalarına ilişkin hükümlerine göre tahsil edilir ve baroya irat yazılır.”

10. 13. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 66. maddesinin cümlelerin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

“Her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla, yükümlüdür. (Ek cümle:11/7/2020-7249/13 md.) **Bir ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde avukat, bunlardan birinin levhasına yazılır.”**

11. 14. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 67. maddesinin ibare değişikliği yapılan birinci fıkrası şöyledir:

“Bir avukat, levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık eder veya disiplin cezası gerektiren bir eylemde bulunursa, **bu tespiti yapan baronun** yönetim kurulu tarafından bu konuda düzenlenecek tutanak, gereken işlem yapılmak üzere, avukatın levhasında yazılı olduğu baroya gönderilir.”

12. 15. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 77. maddesinin cümlelerin eklendiği birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

“(Değişik birinci fıkra: 2/5/2001 - 4667/47 md.) Bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur. Kurulmuş olan barolarda avukat sayısının otuzun altına düşmesi halinde de ikinci fıkra hükmü uygulanır. (Ek cümleler:11/7/2020-7249/15 md.) **Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir. Bu sayıların belirlenmesinde baro levhasına kayıtlı avukatlar ile kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatlar esas alınır. Kuruluş müracaatında, kuruluş talebini içeren dilekçe ile ikibin avukatın imzasının ve bu avukatların belirlediği dört kişilik kurucular kurulunun isimlerinin yer aldığı liste Türkiye Barolar Birliğine verilir. Birlik, kuruluş işlemlerini yerine getirmek üzere kurucular kurulunu**

görevlendirir. Kurucular kurulu en geç altı ay içinde organ seçimlerini yapmak üzere kuruluş genel kurulunu toplar ve yeni baronun kuruluşunu tamamlayarak Birliğe bildirir. Yeni kurulan baro, seçimli ilk olağan genel kurulunu yapıncaya kadar Birlikte temsil edilmez ve seçimli ilk olağan genel kurulunu 82 nci madde hükmü uyarınca yapar. Avukat sayısının ikibinin altına düşmesi hâlinde Birlik, asgari avukat sayısının altı ay içinde sağlanmasını yazılı olarak ilgili baroya bildirir. Verilen süre içinde eksiklik giderilemezse baronun tüzel kişiliğine Birlik tarafından son verilir ve son verme kararı Birliğin resmi internet sitesinde ilan edilir. Tüzel kişiliği sona eren baroya kayıtlı avukatlar ve stajyerler ilan tarihinden itibaren onbeş gün içinde o ilde bir baro varsa o baroya, birden fazla baro varsa diledikleri baroya kaydolur ve bunların devam eden iş ve işlemleri kaydoldukları baro tarafından yürütülür. Tüzel kişiliği sona eren baronun tasfiye işlemleri son yönetim kurulu tarafından Birliğin denetim ve gözetiminde yapılır ve kalan malvarlığı Birliğe geçer.

...

(Değişik üçüncü fıkra : 2/5/2001 - 4667/47 md.) Barolar, kuruluşlarını Türkiye Barolar Birliğine bildirmekle tüzel kişilik kazanırlar. (Ek cümle:11/7/2020-7249/15 md.) Aynı ilde yeni bir baronun kurulması hâlinde Türkiye Barolar Birliği, tüzel kişilik kazanma tarihini esas almak ve birden başlamak suretiyle baroları o ilin adıyla numaralandırır."

13. 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un ibare değişikliği yapılan ve üçüncü fıkrası değiştirilen 114. maddesi şöyledir:

"Kuruluşu:

Madde 114- Türkiye Barolar Birliğinin en yüksek organı Genel Kuruldur.

(Değişik ikinci fıkra: 2/5/2001 - 4667/61 md.) Genel Kurul, baroların avukatlıkta en az on yıl kıdemi olan üyeleri arasından gizli oyla seçecekleri üçer delege ile kurulur. Görevde bulunan baro başkanları ile Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı yapmış ve yapmakta olan avukatlar, Birlik Genel Kurulunun doğal üyesidirler, oylamalara katılma, seçme ve seçilme hakları vardır.

(Değişik üçüncü fıkra:11/7/2020-7249/18 md.) Baro genel kurullarınca ayrıca her beşbin üye için birer delege seçilir.

Barolarca aynı sayıda yedek üyeler seçilir. Delegeler, her baronun olağan genel kurul toplantısında iki yıl için seçilirler.

90 ıncı maddenin ikinci fıkrasında yazılı engelleri bulunanlar delege olamazlar.

Delegelerin yolculuk ve oturma giderlerini her baro kendi bütçesinden öder.

(Değişik yedinci fıkra: 2/5/2001 - 4667/61 md.) Genel Kurul toplantısının yeri, tarihi ve gündemi ile delegelerini gönderme lüzumu, toplantılardan en az otuz gün önce, barolara yazı ile bildirilir. Asıl üyenin mazereti olduğu takdirde, yedek üye Türkiye Barolar Birliği Genel Kuruluna katılır ve oy kullanır."

14. 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrası şöyledir:

"(Değişik ikinci fıkra:11/7/2020-7249/19 md.) Birlik Yönetim Kurulu doğrudan veya en az yirmibeş baronun yönetim kurullarının yazılı istemi üzerine, 117 nci maddede belirtilen görev alanıyla sınırlı olmak kaydıyla, Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırır. Ancak olağanüstü toplantıda seçim yapamaz."

15. 20. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 177. maddesine eklenen ikinci fıkra şöyledir:

"(Ek fıkra:11/7/2020-7249/20 md.) Birden fazla baronun bulunduğu illerde adli yardım bürosu, baroların eşit olarak temsili esas alınarak oluşturulur. Büroda görevlendirme, o ildeki avukatlar arasında eşitlik gözetilerek yapılır. Adli yardım bürosunun oluşturulmasına ve adli yardım hizmetinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca onaylanan yönetmelikte gösterilir."

16. 21. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin ibarenin eklendiği birinci fıkrası şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu Kanunun avukatlık meslekine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümleri aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine bilgi verir."

17. 22. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'a eklenen geçici 23. madde şöyledir:

“Geçici Madde 23- (Ek:11/7/2020-7249/22 md.)

Görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği delege seçimleri 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; Birlik Başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimleri ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılır.”

18. 23. maddesiyle 5233 sayılı Kanun'un cümlelerin eklendiği ikinci fıkranın yer aldığı 4. maddesi şöyledir:

“Zarar tespit komisyonları

Madde 4- Zarar tespit komisyonları illerde; bu Kanun kapsamında yapılacak başvurular üzerine on gün içinde kurulur.

Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir. (Ek cümleler:11/7/2020-7249/23 md.) Birden fazla baro kurulan illerde komisyona üye görevlendirilmesi, baroların eşit ve dönüşümlü temsili esas alınarak yapılır. Görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterilir.

(Ek fıkra: 28/12/2005 - 5442/1 md.) Komisyonun başkan ve üyelerine ayda altıdan fazla olmamak üzere her toplantı için (500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz.

Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyonun çalışma esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir.”

19. 24. maddesiyle 5402 sayılı Kanun'un 16. maddesinin cümlelerin eklendiği (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Koruma kurulları; adalet komisyonunun bulunduğu yerlerde Cumhuriyet başsavcısının veya görevlendireceği Cumhuriyet başsavcı vekili ya da Cumhuriyet savcısının başkanlığında; baro temsilcisi, belediye başkanı veya görevlendireceği yardımcısı, Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenecek bir ceza infaz kurumu müdürü, denetimli serbestlik müdürü, milli eğitim müdürü, sosyal hizmetler müdürü, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı temsilcisi, teşkilâtı bulunan yerlerde Türkiye İş Kurumu müdürü, Ziraat ve Halk Bankası müdürleri, varsa ticaret ve sanayi odaları, ziraat odaları, borsalar, esnaf ve sanatkârlar birliği yöneticileri ile; varsa kamuya ait fabrikalar ile istekleri hâlinde o yerde şubesi bulunan kamuya yararlı dernek veya vakıflar ve özel bankaların yönetici seviyesindeki temsilcilerinden Cumhuriyet başsavcısı tarafından uygun görülenlerin katılımı ile oluşur. (Ek cümleler:11/7/2020-7249/24 md.) Birden fazla baro kurulan illerde koruma kurullarına temsilci görevlendirilmesi, baroların eşit ve dönüşümlü temsili esas alınarak yapılır. Görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterilir.”

20. 25. maddesiyle 5957 sayılı Kanun'un 10. maddesinin cümlelerin eklendiği (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(2) Başkanlığı, sanayi ve ticaret il müdürü veya görevlendireceği bir personel tarafından yürütülen hal hakem heyeti; tarım il müdürlüğü, belediye, baro, ziraat odası, ilgili mühendis odası, ticaret ve sanayi odası ile esnaf ve sanatkarlar odaları birliği tarafından görevlendirilecek birer üye ve en fazla üyeye sahip tüketici örgütü ile komisyoncu ve/veya tüccarların oluşturduğu dernekçe seçilecek birer temsilcinin katılımı ve o yerin mülki idare amirinin onayı ile oluşur. Ticaret ve sanayi odasının ayrı olarak kurulduğu yerlerde, ticaret ve sanayi odasından birer üye görevlendirilir. Esnaf ve sanatkarlar odaları birliği tarafından yapılacak görevlendirmeler ihtisas odalarının, ihtisas odası bulunmayan yerlerde ise karma odaların üyeleri arasından yapılır. (Ek cümleler:11/7/2020-7249/25 md.) Birden fazla baro kurulan illerde hal hakem heyetlerine üye görevlendirilmesi, baroların eşit ve dönüşümlü temsili esas alınarak yapılır. Görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterilir.”

21. 26. maddesiyle 6502 sayılı Kanun'un 66. maddesinin cümlelerin eklendiği (2) numaralı fıkrası şöyledir:

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

“(2) Başkanlığı illerde ticaret il müdürü, ilçelerde ise kaymakam veya bunların görevlendireceği bir memur tarafından yürütülen tüketici hakem heyeti;

a) Belediye başkanının konunun uzmanı belediye personeli arasından görevlendireceği bir üye,

b) Baronun, mensupları arasından görevlendireceği bir üye,

c) Satıcının tacir olduğu uyuşmazlıklarda ticaret ve sanayi odasının ya da bunların ayrı ayrı örgütlendiği yerlerde ticaret odasının; satıcının esnaf ve sanatkâr olduğu uyuşmazlıklarda, illerde esnaf ve sanatkârlar odaları birliğinin, ilçelerde ise en fazla üyeye sahip esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üye,

ç) Tüketici örgütlerinin kendi aralarından seçecekleri bir üye,

olmak üzere başkan dâhil beş üyeden oluşur. Başkan ve üyelerin bu fıkra da yer alan niteliklere sahip yedekleri de ayrıca belirlenir. (Ek cümleler:11/7/2020-7249/26 md.) Birden fazla baro kurulan illerde il ve ilçe tüketici hakem heyetlerine üye görevlendirilmesi, baroların eşit ve dönüşümlü temsili esas alınarak yapılır. Görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılımlarıyla 23/7/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un Tümünün Anayasa'ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptali Talebinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle; 5/3/1973 tarihli ve 584 numaralı Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü'nün (İktüzük) 26. maddesinin ikinci fıkrasında, zorunluluk olmadıkça komisyon toplantısı için çağrının en az iki gün önceden yapılacağına hüküm altına alındığı, 36. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında da komisyonlara havale edilen işlerin görüşülmesine havale tarihinden itibaren kırk sekiz saat sonra başlanması ve komisyona gelen evrakın komisyon üyelerine dağıtılması hâlinde bu sürenin dağıtım tarihinden itibaren başlamasının öngörüldüğü, İktüzük'te öngörülen bu sürelerin amacının, ilgililerin toplantıdan önce haberdar edilmesi suretiyle gündeme hazırlanmalarına imkân tanımak olduğu, dava konusu Kanun'a ilişkin teklifin 1/7/2020 tarihinde ana muhalefet partisi grubuna tebliğ edilmesine karşın İktüzük hükümlerine aykırı şekilde kırk sekiz saat geçmeden 2/7/2020 tarihinde Adalet Komisyonunda görüşüldüğü, bu durumun açıkça eylemli İktüzük değişikliği niteliği taşıdığı, bu nedenle Kanun'un İktüzük hükümlerine aykırı şekilde görüşülerek kabul edildiği belirtilerek Kanun'un tümünün Anayasa'nın 88. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu Kanun, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 96. maddesi yönünden incelenmiştir.

5. Kanunların esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetimi; kanunun maddi olarak (hukuk dünyasında yarattığı değişiklik itibarıyla) Anayasa'ya uygun olup olmadığını ifade etmektedir. Şekil bakımından uygunluk ise teklif ve tasarıların kanunlaşabilmesi için, diğer bir anlatımla maddi olarak varlık kazanabilmesi için Anayasa'da öngörülen usullere uyulup uyulmadığının denetimini ifade etmektedir.

6. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

7. Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve “Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir irade tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.” denilmiştir.

8. Anayasa'nın 148. maddesinin açık hükmü ve gerekçesi karşısında kanunların şekil bakımından denetiminde, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına ve bu suretle kanunların şekil bakımından denetimlerinin yapılabilmesine imkân bulunmamaktadır.

9. Anayasa'nın “Toplantı ve karar yeter sayısı” başlıklı 96. maddesinde, “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.” denilmektedir. Bu çerçevede TBMM'nin bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri olan 200 milletvekiliyle toplanması, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla karar vermesi ve karar yeter sayısının hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlası olan 151 milletvekilinden az olmaması gerekmektedir.

10. Kanun'un görüşülmesine ilişkin TBMM Genel Kurul tutanaklarının incelenmesinden Kanun'un tümü üzerindeki oylamanın açık oylama yöntemiyle yapıldığı ve kullanılan 417 oyun 251'inin kabul, 163'ünün ret olduğu ve son oylamanın Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşılmaktadır.

11. Dava dilekçesinde Kanun teklifinin, İçtüzük'te belirtilen süreler gözetilmeksizin ilgili komisyonda görüşülerek TBMM Genel Kuruluna sevk edildiği ileri sürülmekte ise de bu iddia Kanun'un şekil bakımından denetimini gerektirmektedir. Şekil denetiminin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususuyla sınırlı olması nedeniyle söz konusu aykırılık iddiasının incelenmesi Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi kapsamı dışında kalmaktadır.

12. Açıklanan nedenlerle, son oylamasının Anayasa'da öngörülen çoğunlukla yapıldığı açık olan Kanun, Anayasa'nın 96. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kanun'un, Anayasa'nın 88. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 15. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 77. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, On Birinci ve On İkinci Cümleler ile Üçüncü Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

13. Barolar, avukatlık mesleğini icra edenlerin bağlı oldukları meslek kuruluşlarıdır. Baroların kuruluşu, teşkilat yapısı, görev ve yetkileri 1136 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

14. Kanun'un 76. maddesinde baroların, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu ifade edilmiştir. Bu niteliğinden dolayı barolar anayasal bir kuruluş olup Anayasa'nın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına tanınan güvencelere sahiptir.

15. Kanun'un anılan maddesinde, baroların kuruluş amaçları da sayılmıştır. Maddeye göre barolar; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çalışmalar yürüten meslek kuruluşlarıdır.

16. Baroların avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek düzenini korumak gibi genel anlamda bir meslek kuruluşunun sahip olduğu görev ve yetkileri bulunmakla birlikte baroları diğer meslek kuruluşlarından ayıran birtakım özellikleri de bulunmaktadır. Bu bağlamda barolar, yargılama faaliyetinde savunmayı temsil eden avukatların meslek kuruluşudur. Adalet hizmetleri temel kamu hizmetlerinden olduğu için avukatların hukuk devletinin yargı düzeni içindeki önemi yadsınamaz. 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 özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesi bakımından önemli bir role sahiptir. Yargı sistemindeki bu konumu gözetildiğinde avukatlık hizmetlerinin idareden bağımsız ve etkin bir şekilde, belirli bir disiplin içinde yerine getirilmesi adil yargılanma hakkı güvencelerinin sağlanması bakımından da büyük önem taşımaktadır.

2. Anlam ve Kapsam

17. Baroların kuruluşu 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baronun kurulması öngörülmüştür. Buna göre bir ilde baro kurulabilmesi için en az otuz avukatın o ilde avukatlık faaliyetinde bulunması gerekmektedir.

18. Dava konusu kurallarda ise aynı ilde birden fazla baro kurulmasına imkân tanınarak birden fazla baro kurulmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

19. Kanun'un 77. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu üçüncü ve dördüncü cümlelerinde beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla bir baronun kurulabileceği belirtilmiş, bu sayıların belirlenmesinde baro levhasına kayıtlı avukatlar ile kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görev yapan avukatların esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

20. Anılan fıkranın dava konusu beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci cümlelerinde birden fazla baronun kuruluşuna ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kurallara göre kuruluş müracaatında, kuruluş talebini içeren dilekçe ile iki bin avukatın imzasının ve bu avukatların belirlediği dört kişilik kurucular kurulunun isimlerinin yer aldığı liste Türkiye Barolar Birliğine (TBB) verilecektir. TBB, kuruluş işlemlerini yerine getirmek üzere kurucular kurulunu görevlendirecektir. Kurucular kurulu en geç altı ay içinde organ seçimlerini yapmak üzere kuruluş genel kurulunu toplayacak ve yeni baronun kuruluşunu tamamlayarak TBB'ye bildirecektir. Yeni kurulan baro, seçimli ilk olağan genel kurulunu yapıncaya kadar TBB'de temsil edilmeyecektir ve seçimli ilk olağan genel kurulunu Kanun'un 82. madde hükmü uyarınca yapacaktır.

21. Fıkranın dava konusu dokuzuncu, onuncu, on birinci ve on ikinci cümlelerinde ise avukat sayısı iki binin altına düşen baroların tasfiyesine

ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kurallara göre avukat sayısının iki binin altına düşmesi hâlinde TBB, asgari avukat sayısının altı ay içinde sağlanmasını yazılı olarak ilgili baroya bildirecektir. Verilen süre içinde eksiklik giderilemezse baronun tüzel kişiliğine TBB tarafından son verilecek ve son verme kararı TBB'nin resmî internet sitesinde ilan edilecektir. Tüzel kişiliği sona eren baroya kayıtlı avukatlar ve stajyerler ise ilan tarihinden itibaren on beş gün içinde o ilde bir baro varsa o baroya, birden fazla baro varsa diledikleri baroya kaydolacak ve bunların devam eden iş ve işlemleri kaydoldukları baro tarafından yürütülecektir. Tüzel kişiliği sona eren baronun tasfiye işlemleri son yönetim kurulu tarafından TBB'nin denetim ve gözetiminde yapılacak ve kalan malvarlığı TBB'ye geçecektir.

22. Maddenin üçüncü fıkrasının dava konusu ikinci cümlesinde de aynı ilde yeni bir baronun kurulması hâlinde TBB'nin, tüzel kişilik kazanma tarihini esas almak ve birden başlamak suretiyle baroları o ilin adıyla numaralandıracağı hüküm altına alınmıştır.

23. Dava konusu kurallarla baroların görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, organlarının yapısında herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baro kurulması durumunda her bir baro aynı statüde olacaktır. Yeni kurulan barolar da ayrı bir kamu tüzelkişiliğine sahip olacak, görev ve yetkileri bakımından 1136 sayılı Kanun'da yer alan kurallara tabi olacaktır.

3. İptal Taleplerinin Gerekçesi

24. Dava dilekçesinde özetle;

- Avukatlığı; yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı temsil eden bir kamu hizmeti olduğu, bu niteliğinden dolayı avukatların meslek kuruluşu olan baroların, sadece meslek mensuplarının haklarını korumak ve mesleğin düzenini, disiplinini ve ahlakını sağlamakla değil aynı zamanda hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla da görevlendirildiği, dolayısıyla baroların meslek kuruluşları arasında özel bir konumunun olduğu,

- Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu tüzel kişiliğini haiz olması sebebiyle sivil toplum örgütlerinden farklı bir yapıya sahip olduğu, bu kuruluşlar için Anayasa'da tekli bir örgütlenme modelinin benimsenerek zorunlu üyeliğin öngörüldüğü, Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere örgütlenme özgürlüğünün bu nitelikteki meslek kuruluşları bakımından söz konusu olmadığı, dava konusu kurallarla baroların kurulmasının avukatların iradesine bırakıldığı, bu durumun baroları kamu tüzel kişiliği statüsünden çıkarıp dernek veya sendika benzeri örgütlenmeye indirgediği,

- Anayasa'nın 135. maddesinde bir bölgede yalnızca bir meslek kuruluşunun kurulabileceğine yönelik bir düzenleme bulunmamasına karşın anılan maddenin bu kuruluşların tek olacağı kabulü üzerine inşa edildiği, maddenin bir bölgede aynı işi yapmak üzere birden fazla kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına izin verecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı, karşılaştırmalı hukukta da baroların aynı yargı çevresinde tek baro şeklinde örgütlendiği,

- Aynı yargı çevresinde birden fazla baronun kurulması hâlinde meslek kurallarının her bir baro bakımından farklı şekilde uygulanacağı, dolayısıyla meslek düzeni, disiplini ve etiğini sağlamanın mümkün olmayacağı,

- Birden fazla baronun avukatlar arasında ideolojik ve siyasal ayrılmaya neden olacağı, her avukatın üye olduğu baro yoluyla siyasi, ideolojik, etnik, dinsel ya da bölgesel kimliğinin açık duruma gelmesinin yargılamanın tarafsız yapılmasını imkânsız hâle getireceği gibi savunma mesleğini siyasallaştıracağı, siyasal kutuplaşmalar ve çatışmaların, avukatların örgütlenmesinde, birbirleri ile veya diğer erklerle ilişkilerinde belirleyici hâle geleceği, bu durumun, baroların amaç dışı faaliyette bulunmasını kaçınılmaz kılacağı,

- Anayasa'nın 135. maddesi uyarınca kamu avukatlarının barolara kayıt olma zorunluluğu bulunmamasına karşın birden fazla baro uygulamasıyla kamu avukatlarının barolara kaydolmasının teşvik edileceği,

- Anayasa'nın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulması gerektiğinin ifade edilmesine karşın, dava konusu kurallarla baro kurmanın tamamen avukatların iradesine bırakıldığı, gönüllü kuruluş esasına dayanan bu sistemin meslek kuruluşlarının kanunla kurulması ilkesine aykırı olduğu,

- Birden fazla baronun kurulması hâlinde siyasal iktidara yakın olan barolara mensup avukatların yargı karşısında avantajlı olacağı yönünde toplumda bir algının oluşabileceği, böyle bir algının yargıya olan güveni ortadan kaldıracığı gibi yargının tarafsızlığını zedeleyeceği,

- Baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını koruma görevinin, siyasal temelde oluşmuş baroların tutumları nedeniyle işlevsiz kalabileceği, bölünme ile güç kaybeden baroların, iktidar yanlısı ya da karşıtı şeklinde konumlandıklarında gösterdikleri çabaların hukuki değil siyasi çaba olarak nitelendirileceği, bu durumun temel hakların korunmasına yönelik çabaları sonuçsuz bırakacağı,

- Aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına imkân tanıyan kuralların, özellikle bazı baroların faaliyetlerine tepki olarak çıkarıldığı, asıl amacın bazı baroları bölerek gücünü azaltmak ve TBB seçimlerinde bu baroların belirleyici rolünü ortadan kaldırmak olduğu, bu nedenle kurallarda kamu yararı amacının güdülmediği,

belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 9., 13., 36., 135. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

25. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenerek bu kuruluşlara anayasal statü kazandırılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyetinin aranmayacağı hüküm altına alınarak serbest çalışan meslek mensuplarının meslek kuruluşlarına üye olması zorunlu kılınmıştır.

26. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasa'da kamu kurumu niteliğinde kamu tüzel kişisi olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla idari teşkilat bütünü içinde kamu idareleri, kamu kurumlarının yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriye oluşturmaktadırlar. Meslek kuruluşları da idari teşkilat bütünü içinde yer alan kurum ve kuruluşlar gibi devletin gözetim ve denetimine tabidirler.

27. Anayasa'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik yaklaşımı, meslek mensuplarının ortak gereksinimlerinin karşılanması, çalışmalarının kolaylaştırılması ve meslek disiplini yönünden gözetim ve denetim ağırlıklıdır. Bu kuruluşların üyelerinin uğraş konuları ve çalışma alanları bakımından bir tür kamu hizmeti yaptıkları gözönünde tutularak *idare* bölümü içinde düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşları gibi belli bir düzen ve disiplin içinde kamu hizmetini yerine getirmeleri amaçlanmıştır.

28. 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinde bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baronun kurulacağı hüküm altına alınarak baroların il bazında örgütlenmesi öngörülmüştür. Dava konusu kurallarda ise beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla baro kurulmasına imkân tanınmıştır. Buna göre aynı il sınırları içinde aynı nitelikte birden fazla baro faaliyette bulunabilecektir.

29. Barolar, Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır. Anayasa Mahkemesinin 10/1/2013 tarihli ve E.2012/95, K.2013/9 sayılı kararında da ifade edildiği üzere Anayasa'da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının aynı bölgede birden fazla olamayacağı yönünde getirilmiş anayasal bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına anayasal açıdan herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu çerçevede aynı ilde birden fazla baronun kurulmasının Anayasa'da belirtilen; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak şeklindeki görevlerin yerine getirilmesi bakımından bir engel oluşturacağı söylenemez.

30. Dava konusu kurallarda, aynı ilde birden fazla baronun kurulabilmesi için gerekli olan avukat sayısı belirlenmiş, baronun

kuruluşuna yönelik usul ve esaslar ayrıntılı bir şekilde düzenlenerek aynı ilde birden fazla baronun kuruluşuna ilişkin temel hususlar kanunla belirlenmiştir. Dolayısıyla aynı ilde birden fazla baro, ancak Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkün olup baroların kuruluşunun avukatların iradesine bırakılması söz konusu değildir. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına yönelik düzenlemelerin, meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağına yönelik anayasal ilkeye aykırı olduğu da değerlendirilemez.

31. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

32. Hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince kamu yararı konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya sadece belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

33. Kuralların yer aldığı Kanun'a konu teklifin komisyon görüşmeleri sırasında dile getirilen görüşlerde özellikle İstanbul, Ankara ve İzmir gibi illerde barolara kayıtlı avukat sayısının; aynı baroya kayıtlı avukatların iletişim kurmasını, mesleki dayanışmasını, stajyer avukatların ve mesleğin başındaki avukatların gerekli eğitimleri almasını ciddi anlamda aksatacak boyutlara ulaştığı, avukat sayısının çok fazla olmasından kaynaklı bu tür sorunların çözülmesi, avukatlık hukukuna ilişkin iş ve

işlemlerin yürütülmesinde yaşanan gecikmelerin ortadan kaldırılması ve baro hizmetlerinin daha sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla yeni bir baronun kurulabilmesine imkân tanındığı ifade edilmiştir. Bu yönüyle kuralın kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğü söylenemez.

34. Aynı ilde birden fazla baronun kurulmasının; baroların ideolojik, etnik ve siyasi temelli ayrışmalarına neden olacağı, bu durumun farklı çatışmalara zemin hazırlayabileceği, baroların hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını koruma görevini işlevsiz hâle getireceği ileri sürülmekte ise de belirtilen hususlar yerindelik kapsamında olup anayasal denetimin konusu dışında kalmaktadır.

35. Avukatlar hakkında uygulanacak disiplin işlem ve cezaları 1136 sayılı Kanun'un 134. ila 162. maddelerinde düzenlenmekte olup anılan maddeler avukat hakkında yapılacak disiplin işlemlerinde tüm barolar tarafından uygulanması zorunlu olan ortak hükümler niteliğindedir. Aynı ilde birden fazla baronun kurulması durumunda her bir baro, üyesi olan avukat hakkında 1136 sayılı Kanun hükümleri uyarınca disiplin işlem ve cezalarını uygulamakla yükümlüdür. Kanun'un 157. maddesinin birinci fıkrasında, disiplin kurulu kararlarına karşı, Cumhuriyet Savcısı ve ilgililere, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde TBB Disiplin Kuruluna itiraz edebilme imkânı da tanınmıştır. Dolayısıyla avukatlar hakkında uygulanacak disiplin cezaları bakımından nihai karar merci TBB Disiplin Kuruludur. Bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasının meslek disiplini bakımından farklı uygulamalara sebebiyet vermesi söz konusu değildir.

36. Kurallarda, sadece birden fazla baronun kurulması öngörülmekte olup baroların siyasi faaliyette bulunabileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Baroların tamamı Anayasa'da ve 1136 sayılı Kanun'da yer alan hak ve yükümlülüklere tabidir. Anayasa'nın 135. maddesinin üçüncü fıkrasında meslek kuruluşlarının kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacağı belirtilmiş, dördüncü fıkrasında meslek kuruluşlarının organlarının seçimlerinde siyasi partilerin aday gösteremeyeceği ifade edilmiştir. Anılan maddenin altıncı fıkrasında da amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine mahkeme kararıyla son verileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla baroların Anayasa ve Kanun'da belirtilen amaçları dışında faaliyette bulunmalarını engelleyecek hukuki tedbirlere yer

verilmiştir. Bir ya da birden çok baronun kurulmuş olması bu durumu değiştirmemektedir. Kuralların savunma mesleğini siyasallaştıracağı yönündeki iddia ise uygulamaya yönelik bir sorun olup anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

37. Bu itibarla aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına imkân tanıyan kurallar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 9., 13., 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un;

- 1. Maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer alan "...yer barosu..." İbaresinin "...baro..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

- 2. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesine Eklenen "...ve staj yaptığı baroya kayıtlı..." İbaresinin,

- 3. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 16. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...yer barosuna..." İbaresinin "...baroya..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

- 4. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin Birinci Fıkrasının (4) Numaralı Bendinde Yer Alan "...o baroya yazılı..." İbaresinin "...staj yaptığı baroya kayıtlı..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

- 5. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesine Eklenen "...avukatın kayıtlı olduğu..." ve "...kendi barosuna kayıtlı kayıtlı..." İbarelerinin,

- 9. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 58. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesine Eklenen "...kayıtlı olunan..." İbaresinin,

- 11. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 64. Maddesinin Birinci Fıkrasına ve İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesine Eklenen "...kayıtlı olduğu..." İbarelerinin ve Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...baro..." İbaresinin "...kararı veren baronun..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

- 14. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 67. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...o yer barosu..." İbaresinin "...bu tespiti yapan baronun..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

39. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların, aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını öngören düzenlemelere uyum sağlamak amacıyla ihdas edildiği, bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının dava konusu kurallar yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 9., 13., 36., 135. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

40. 1136 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında, Kanun'un 4. maddesindeki koşulları taşıyanların başvurdukları yer barosu levhasına yazılmalarını dilekçe ile isteyebilecekleri hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla anılan fıkra yapılan ibare değişikliğiyle başvuru baro levhasına yazılmanın dilekçe ile istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Fıkra yer alan "...baro..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

41. Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde avukatlık stajının altı aylık kısmının bir avukat yanında yapılması öngörülmekte iken dava konusu kuralla anılan cümleye eklenen ibareyle avukatlık stajının altı aylık kısmının staj yapılan baroya kayıtlı bir avukatın yanında yapılması öngörülmüştür. Cümlede yer alan "...ve staj yaptığı baroya kayıtlı..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

42. Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında avukatlık stajına başlamak için gerekli şartları taşıyanların, staj yapacakları yer barosuna bir dilekçe ile başvuracakları belirtilmekte iken dava konusu kuralla

anılan fıkrada yapılan ibare değişikliğiyle, staj için gerekli şartları taşıyanların staj yapacakları baroya başvurmaları öngörülmüştür. Fıkroda yer alan "...baroya..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

43. Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde avukatlık stajına başvuru için baroya sunulan dilekçeye eklenecek belgeler arasında sayılan tanıtma kâğıdının, o baroya yazılı iki avukat tarafından düzenleneceği öngörülmekte iken dava konusu kuralla anılan bentte yapılan ibare değişikliğiyle tanıtma kâğıdının, staj yapılan baroya kayıtlı iki avukat tarafından düzenleneceği belirtilmiştir. Bentte yer alan "...staj yaptığı baroya kayıtlı..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

44. Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, bir avukatın ölümü veya meslekten yahut işten çıkarılması veya işten yasaklanması yahut geçici olarak iş yapamaz duruma gelmesi hâllerinde, işleri geçici olarak takip etmek için baro başkanı tarafından bir avukatın görevlendirilmesi öngörülmekte iken dava konusu kurallarla görevlendirme işleminin avukatın kayıtlı olduğu baro başkanı tarafından kendi barosuna kayıtlı avukatlar arasından yapılması öngörülmüştür. Anılan cümlede yer alan "...avukatın kayıtlı olduğu..." ve "...kendi barosuna kayıtlı..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

45. Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, avukat yazıhaneleri ve konutlarının, mahkeme kararı ile kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde, baro temsilcisinin katılımı ile aranabilmesi öngörülmekte iken dava konusu kuralla söz konusu aramanın avukatın kayıtlı olduğu baronun temsilcisinin katılımı ile yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan cümlede yer alan "...kayıtlı olunan..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

46. Kanun'un 64. maddesinin birinci fıkrasında, denetleme ve şikâyetle ilgili meselelerde avukatın, baro başkanına bilgi vermek ve istek üzerine dosyaları göndermek zorunda olduğu hüküm altına alınmakta iken anılan fıkraya eklenen dava konusu kuralla avukatın bu yükümlülüğünün kayıtlı olduğu baro başkanına yönelik olduğu belirtilmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, söz konusu yükümlülüğü yerine getirmeyen avukat hakkında, baro yönetim kurulunun on bin liradan yüz bin liraya kadar para cezası verebileceği hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla bu yetki ilgili avukatın

kayıtlı olduğu baro yönetim kuruluna tanınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde de para cezasına karşı, tebliğinden itibaren on beş gün içinde baro disiplin kuruluna itiraz olunabileceği hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla anılan cümlede yapılan ibare değişikliğiyle para cezasına karşı itirazın kararı veren baronun disiplin kuruluna yapılabileceği belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*kayıtlı olduğu...*” ibareleri ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*kararı veren baronun...*” ibaresi dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

47. Kanun’un 67. maddesinin birinci fıkrasında bir avukatın, levhasında yazılı bulunduğu baro bölgesi dışında sürekli olarak avukatlık yapması veya disiplin cezası gerektiren bir eylemde bulunması durumunda, bu duruma ilişkin tutanağın o yer barosunun yönetim kurulu tarafından düzenlenmesi öngörülmekte iken dava konusu kuralla anılan fıkra yapılan ibare değişikliğiyle tutanağın, tespiti yapan baro tarafından yapılması öngörülmüştür. Fıkra yer alan “...*bu tespiti yapan baronun...*” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

48. Anayasa’nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre baroların kuruluşu, organları, işleyişleri, bu kuruluşlara üyelik, üyelerin sorumlulukları gibi hususları belirleme yetkisi anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla kanun koyucuya aittir.

49. 1136 sayılı Kanun’da baroların kuruluşu, avukatların baro levhasına yazılması, baro tarafından geçici avukat görevlendirilmesi, disiplin işlemleri gibi avukatlar ile barolar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler bir ilde tek bir baronun kurulması esasına göre düzenlenmiştir. Aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına imkân tanınmasıyla birlikte Kanun’un avukatlar ile barolar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerinde de dava konusu kurallarla sistematik olarak değişikliklerin yapıldığı görülmektedir. Kuralların gerekçesinde de birden fazla baro uygulamasına uyum sağlama amacıyla kuralların ihdas edildiği belirtilmiştir. Bu yönüyle kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılan kuralların Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

50. Diğer taraftan kurallar aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını düzenleyen hükümlerden bağımsız olarak değerlendirildiğinde birden

fazla baro kurulmamış olsa dahi uygulanacak niteliktedir. Nitekim baro levhasına yazılmak için baroya bir dilekçe ile başvurulması ya da avukatlık stajının ikinci altı aylık kısmının staj yapılan baroya kayıtlı bir avukatın yanında yapılması gibi hususları düzenleyen kurallar aynı ilde birden fazla baronun kurulmaması durumunda da tek başına uygulanma kabiliyetini haizdir. Diğer bir ifadeyle aynı ilde birden fazla baronun kurulup kurulmaması dava konusu kuralların uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmamaktadır.

51. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 9., 13., 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ç. Kanun'un;

- 6. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 44. Maddesinde Yer Alan "... aynı baroya..." İbarelerinin "...aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine..." Şeklinde Değiştirilmesinin,

- 8. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin,

- 13. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 66. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin,

- 21. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının Dördüncü Cümlesine Eklenen "...veya o ilde birden fazla baronun bulunması halinde bu barolardan birine..." İbaresinin,

- 23. Maddesiyle 5233 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen Altıncı ve Yedinci Cümlelerin,

- 24. Maddesiyle 5402 Sayılı Kanun'un 16. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen İkinci ve Üçüncü Cümlelerin,

- 25. Maddesiyle 5957 Sayılı Kanun'un 10. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasına Eklenen Dördüncü ve Beşinci Cümlelerin,

- 26. Maddesiyle 6502 Sayılı Kanun'un 66. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasına Eklenen Üçüncü ve Dördüncü Cümlelerin,

İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

52. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların, aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını öngören düzenlemelere uyum sağlamak amacıyla ihdas edildiği, bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının dava konusu kurallar yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 9., 13., 36., 135. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

53. 1136 sayılı Kanun'un 44. maddesinde aynı baroya kayıtlı birden çok avukatın, birlikte çalışma ya da avukatlık ortaklığı şeklinde mesleki çalışmalarını yürütebilecekleri hüküm altına alınmakta iken dava konusu kurallarla anılan maddede yapılan ibare değişiklikleriyle birden fazla baro kurulan illerde farklı barolara kayıtlı avukatların da aynı büroda birlikte çalışabileceği ya da avukatlık ortaklığı kurabileceği belirtilmiştir. Maddede yer alan *"...aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine..."* ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

54. Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu ikinci cümlesinde birden fazla baronun bulunduğu illerde baro için ayrılacak yerin TBB'ye tahsis edileceği ve TBB'nin, barolara kayıtlı avukat sayısını esas alarak bu yeri barolara tahsis edeceği hüküm altına alınmıştır.

55. Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu ikinci cümlesinde, bir ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde avukatın, bunlardan birinin levhasına yazılacağı belirtilmiştir.

56. Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde kadrolu olarak görev yapan avukatların, baroya kaydolmadan avukatlık yapmak istediklerine yönelik bildirimini çalıştıkları yer barosuna yapacakları hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla anılan cümleye *"...yer barosuna..."* ibaresinden sonra gelmek üzere *"...veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine..."* ibaresi eklenmiştir. Böylece, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık kadrosunda bulunup da baroya kaydolmadan avukatlık yapmak isteyenlerin, çalıştıkları ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan herhangi birine bilgi verebilmesine imkân tanınmıştır.

57. 5233 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasından görevlendirilecek bir avukatın da zarar tespit komisyonun üyesi olduğu belirtildikten sonra dava konusu altıncı cümlesinde birden fazla baro kurulan illerde komisyona üye görevlendirilmesinin, baroların eşit ve dönüşümlü temsiline esas alınarak yapılacağı ifade edilmiş, dava konusu yedinci cümlesinde görevlendirmeye ilişkin usul ve esasların TBB tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

58. 5402 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülere yardımcı olmak amacıyla adli yargı ilk derece mahkemeleri adalet komisyonlarının bulunduğu yerlerde oluşturulan koruma kurullarında baro temsilcisinin de yer alacağı belirtildikten sonra dava konusu ikinci cümlesinde birden fazla baro kurulan illerde koruma kurullarına temsilci görevlendirilmesinin baroların eşit ve dönüşümlü temsiline esas alınarak yapılacağı belirtilmiş, dava konusu üçüncü cümlesinde de görevlendirmeye ilişkin usul ve esasların TBB tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

59. 5957 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde hal hakem heyetinde baro temsilcisinin de yer alacağı belirtildikten sonra dava konusu dördüncü cümlesinde birden fazla baro kurulan illerde hal hakem heyetlerine üye görevlendirilmesinin, baroların eşit ve dönüşümlü temsiline esas alınarak yapılacağı ifade edilmiş, dava konusu beşinci cümlesinde de görevlendirmeye ilişkin usul ve esasların TBB tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

60. 6502 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (b) bendinde baro tarafından görevlendirilecek bir avukatın tüketici hakem heyetinin üyesi olduğu belirtildikten sonra anılan fıkranın dava konusu üçüncü cümlesinde, birden fazla baro kurulan illerde tüketici hakem heyetlerine üye görevlendirilmesinin, baroların eşit ve dönüşümlü temsiline esas alınarak yapılacağı ifade edilmiş, dava konusu dördüncü cümlesinde de görevlendirmeye ilişkin usul ve esasların TBB tarafından hazırlanan yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

61. Dava konusu kurallar, aynı ilde birden fazla baro uygulamasına uyum sağlamaya yönelik olarak 1136, 5233, 5402, 5957 ve 6502 sayılı

Kanunlarda sistematik değişiklikler öngörmektedir. Bir önceki başlık altında ifade edildiği üzere birden fazla baro uygulamasına uyum sağlama amacıyla ihdas edilen kurallar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Bu itibarla kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

62. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 9., 13., 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...ikişer..." İbaresinin "...üçer..." Şeklinde Değiştirilmesinin ve Değiştirilen Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

63. TBB, bütün baroların katılmasıyla oluşan bir kuruluştur. 1136 sayılı Kanun'un 109. maddesinin ikinci fıkrasında TBB'nin tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğu ifade edilmiştir.

64. Kanun'da TBB'nin baroların üst kuruluşu olduğu yönünde bir hüküm bulunmamakla birlikte tüm baroları ilgilendiren konularda görev ve yetkileri bulunmaktadır. Kanun'un 110. maddesinde; baroları ilgilendiren konularda her baronun görüşünü öğrenip, ortaklaşa görüşmeler sonunda çoğunluğun düşünce ve görüşünü belirtmek, baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlayıp meslekin gelişmesini sağlamak, avukatlık mesleğinin daha cazip bir hâle getirilmesi ve bu konuda yazılı amaçlara erişilebilmesi için düşünülecek çare ve tedbirleri görüşmek üzere zaman zaman toplantılar düzenlemek gibi tüm baroları ilgilendiren konularda TBB'ye görevler verilmiştir.

65. Genel Kurul, TBB'nin en yüksek organıdır. Genel Kurulun görevleri Kanun'un 117. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede Genel Kurula; TBB yönetim, disiplin ve denetim kurulları üyeleri ile TBB başkanını seçmek gibi TBB'nin kurumsal yapısının oluşumuna ilişkin

görevler verildiği gibi avukatların uymakla yükümlü olduğu meslek kurallarını belirleme gibi ilkesel kararlar alma yetkisi de tanınmıştır.

66. Genel Kurulun oluşumu Kanun'un 114. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede Genel Kurulun; barolardan seçilen delegeler, görevde bulunan baro başkanları ile TBB başkanlığı yapmış ve yapmakta olan avukatlardan oluşması öngörülmüştür.

67. Maddenin ikinci fıkrasında, baroların Genel Kurula gönderecekleri delegelerin seçimine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Anılan fıkranın birinci cümlesinde, Genel Kurulun baroların avukatlıkta en az on yıl kıdemi olan üyeleri arasından gizli oyla seçecekleri ikişer delege ile kurulacağı hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla bu sayı üçe çıkarılmıştır.

68. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında, avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üç yüz üye için ayrıca birer delege seçeceği hüküm altına alınmakta iken dava konusu diğer kuralla anılan fıkra değiştirilerek baro genel kurullarınca her beş bin üye için birer delegenin seçilmesi öngörülmüştür.

69. Yapılan değişikliklerle baroların TBB Genel Kurulunda üçer delege ile temsil edilmesi öngörülerek her bir baronun kurumsal olarak delege sayısı artırılmış, ayrıca baro genel kurullarınca her beş bin üye için birer delege seçilmesi öngörülmüştür.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

70. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda temsil oranını ölçüsüz şekilde azaltırken üye sayısı az olan baroların temsil oranını artırdığı, az üyesi olan barolara orantısız bir güç verilmesinin ve binlerce üyesi olan baroların etkisinin ciddi şekilde azaltılmasının temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmadığı, temsildeki bu adaletsizliğin baroların kaynaklarını da önemli ölçüde etkileyeceği, barolara TBB tarafından önemli miktarda kaynak aktarıldığından Genel Kurulda alınacak kararlarla bu kaynakların dağıtımına yönelik olarak üye sayısı az olan barolara avantaj sağlanabileceği, bu durumun kamu kaynaklarının hakkaniyete aykırı bir şekilde dağıtılması sonucunu doğuracağı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 13., 67. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. 114. Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...ikişer..." İbaresinin "...üçer..." Şeklinde Değiştirilmesi

71. Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik başvurulacak önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvurulacak önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvurulacak önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

72. Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçileceği belirtilerek bu kuruluşların organlarının seçimle işbaşına gelme usulü benimsenmiştir. Böylece Anayasa, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim ve işleyişlerinin demokratik hukuk devleti esaslarına uygun olmasını öngörmüş ve kurum içi demokratik yapıyı sağlamıştır.

73. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiği üzere herhangi bir kuruluşun oluşmasında seçime yer verilmesi durumunda, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara uygun olması gerekir (AYM, E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011; E.2011/63, K.2013/28, 14/2/2013). Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, diğer seçimlerin yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez.

74. Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği, adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel oy esasını içermesidir. Diğer taraftan çoğulculuk ve yönetilenlerin yönetime dengeli bir biçimde katılımının sağlanması da demokratik hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez öğeleri arasındadır. Bu durum ülke düzeyinde yapılan genel ve yerel seçimlerde geçerli olduğu gibi, herhangi bir meslek örgütüne üye olanların çıkarlarını sağlamak ve mesleğin gelişmesine katkıda bulunmayı amaçlayan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için de geçerlidir.

75. 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin ikinci fıkrasında TBB Genel Kurulunun, baroların avukatlıkta en az on yıl kıdemi olan üyeleri arasından gizli oyla seçecekleri ikişer delege ile kurulacağı hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla bu sayı üçe çıkarılmış, ayrıca baro genel kurullarınca her beş bin üye için birer delege seçilmesi öngörülmüştür. Kuralın gerekçesinde, kurumsal olarak baroların TBB Genel Kurulunda daha etkin bir şekilde temsil edilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

76. TBB, bütün baroların katılımıyla oluşan bir kuruluştur. Genel Kurul büyük çoğunluğu baroların temsilcilerinden oluşan ve barolar adına kararlar alan, TBB'nin yetkili kurullarını seçen en üst karar organıdır. Dolayısıyla baroların Genel Kurulda kurumsal olarak dengeli bir şekilde temsil edilmesi çoğulcu demokrasi anlayışının gereğidir.

77. Baro delegeleri, baroların Genel Kuruldaki temsilcileridir. Barolar delege sayılarıyla orantılı şekilde Genel Kurulda temsil edilmektedirler. Dava konusu kuralla baroların Genel Kuruldaki delege sayılarının artırılması, her bir baronun karar alma süreçlerinde daha fazla söz sahibi olmasını sağlayacaktır. Böylece barolar Genel Kurula daha aktif bir şekilde katılım sağlayarak avukatlık mesleğine yönelik görüş ve önerilerini daha etkili bir şekilde savunabilecektir.

78. TBB'nin bütün baroların katılımıyla oluştuğu ve Genel Kurulunda da TBB'nin en üst karar mercii olduğu gözetildiğinde baroların Genel Kurulda kurumsal olarak daha fazla delegeyle temsil edilmesini öngören kuralın demokratik hukuk devletinin en önemli unsurları olan çoğulcu ve katılımcı demokrasi ilkelerinin gerçekleşmesi bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Baroların TBB'de etkin bir şekilde temsil edilmesi amacıyla her bir baronun delege sayısının dava konusu kuralla üçe çıkarılmasıyla başvurulacak araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulduğu anlaşılmakla kuralda bir orantısızlık da bulunmamaktadır.

79. Bu itibarla, baroların TBB Genel Kurulunda dengeli bir şekilde temsil edilmesi amacıyla delege sayısının üçe çıkarılmasını öngören kuralda demokratik hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

80. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 135. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 67. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. 114. Maddenin Değiştirilen Üçüncü Fıkrası

81. 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin üçüncü fıkrasında, avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üç yüz üye için ayrıca birer delege seçeceği hüküm altına alınmakta iken dava konusu kuralla anılan fıkra değiştirilerek baro genel kurullarınca her beş bin üye için birer delege seçilmesi öngörülmüştür. Kurala göre beş binden fazla üyesi olan barolar, Genel Kurula her beş bin üye için birer delege daha seçebilecektir.

82. Kuralla üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla delegeyle temsil edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararı amacına dayanmadığı söylenemez.

83. TBB bütün baroların katılımıyla oluşan bir meslek birliği olduğu için önemli olan her baronun belli bir sayıyla Genel Kurulda temsil edilmesidir. Barolar ise kendilerine bağlı üye sayısını temsil edecek ölçüde kanun koyucunun takdir ettiği sayıda delegeyle Genel Kurulda temsil edilecektir. Özellikle çok fazla üyesi bulunan baroların üye sayılarına göre Genel Kurulda temsil edilmeleri TBB'yle özdeşleşmeleri sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla baroların Genel Kurulda dengeli bir şekilde temsil edilmesi sağlandıktan sonra üye sayısı fazla olan baroların Genel Kurulda hangi oranda temsil edileceğini belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.

84. Diğer taraftan Kanun'un 77. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle beş binden fazla avukat bulunan illerde asgari iki bin avukatla bir baro kurulabilmesine imkân tanındığından avukat sayısı fazla olan illerde birden fazla baro kurulabilecektir. Bu durumda aynı ilde kurulu her bir baro Genel Kurulda üçer delege ile temsil edileceğinden avukat sayısı fazla olan illerin, Genel Kurulda daha fazla delege ile temsil edilmesi mümkün olacaktır.

85. Dava dilekçesinde Kanun'un 114. maddesinin üçüncü fıkrasında avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üç yüz üye için ayrıca birer delege seçeceği hüküm altına alınmakta iken yapılan değişiklikle baro genel kurullarınca her beş bin üye için birer delege seçilmesinin temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmekle birlikte kuralın temsilde adaleti sağlayıp sağlamadığının saptanmasında, daha önceki düzenleme ile yapılacak kıyaslamanın değil mevcut düzenlemenin ortaya çıkardığı etkinin ve sonuçların dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle anılan fıkranın, dava konusu

kuralla değiştirilmeden önceki hâli ile karşılaştırılması suretiyle yapılan değerlendirme, anayasal denetime esas oluşturmaz.

86. Bu itibarla baroların Genel Kurula göndereceği üçer delegeye ilave olarak her beş bin üye için birer delege daha seçmesini öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda baroların Genel Kurulda adil bir şekilde temsil edilmesi bakımından demokratik hukuk devleti ilkesini ve bu bağlamda ölçülülük ilkesini ihlal eden bir yön bulunmamaktadır.

87. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 13. ve 67. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

E. Kanun'un 19. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 115. Maddesinin Değiştirilen İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde özetle; TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasına ilişkin kuralların demokratik hukuk devleti ilkesine uygun olması gerektiği, TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılması için on baronun talepte bulunması yeterli görülmekte iken dava konusu kuralla bu sayının yirmi beşe çıkarılması suretiyle Genel Kurulun toplantıya çağrılmasının zorlaştırıldığı, bu durumun demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca kuralla Genel Kurulun seçim gündemiyle olağanüstü toplantıya çağrılması yasaklanarak TBB organlarının seçimle işbaşına gelmesinin engellendiği, Genel Kurulu toplantıya çağırılmayan, gerektiğinde organlarına ilişkin seçim yapamayan bir kurumun özerkliğinden söz edilemeyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 67. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. 115. Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesi

89. 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin birinci fıkrasında, TBB Genel Kurulunun baro seçimlerinin yapıldığı yılın aralık ayında

Ankara’da olağan toplantısını yapacağı belirtilmiş, ikinci fıkrasının dava konusu birinci cümlesinde Yönetim Kurulunun doğrudan veya en az yirmi beş baronun yönetim kurullarının yazılı istemi üzerine Kanun’un 117. maddesinde belirtilen görev alanıyla sınırlı olmak kaydıyla, Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağıracağı hüküm altına alınmıştır.

90. Dava konusu kural öncesinde, en az on baronun yönetim kurullarının yazılı olarak istemesi durumunda Genel Kurulun olağanüstü toplantıya çağırılması öngörülmekte iken dava konusu kuralla bu sayı yirmi beşe çıkarılmıştır. Kurala göre Genel Kurulun barolar tarafından olağanüstü toplantıya çağırılabilmesi için önceki duruma nazaran daha nitelikli bir çoğunluk gerekmektedir.

91. Genel Kurul TBB’nin en yüksek karar organı olarak TBB başkanını ve yetkili kurullarının üyelerini seçmek, Yönetim Kuruluna talimat vermek, bütçeyi onaylamak gibi TBB’nin kurumsal yapısına ilişkin kararlar aldığı gibi Genel Kurulun uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit etmeye yönelik ilkesel kararlar alma yetkisi de bulunmaktadır. Genel Kurulda alınan kararları uygulamak ise Yönetim Kurulunun görevidir. TBB’nin icra organı olan Yönetim Kurulu, Genel Kurulda alınan kararlar doğrultusunda ve Kanun’da verilen yetkiler çerçevesinde TBB’nin faaliyetlerini icra etmekle görevlidir.

92. Genel Kurulun barolar tarafından olağanüstü toplantıya çağırılabilmesi için en az yirmi beş baronun yazılı talepte bulunmasını öngören kuralın, daha çok ilkesel kararlar almakla görevli olan Genel Kurulu sık aralıklarla toplantıya çağırarak Genel Kurul delegelerini meşgul etmemek ve Yönetim Kurulunun devamlı surette Genel Kurulun baskısı altında olmaksızın faaliyetlerini sürdürmesine imkân tanımak amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın yönetimde istikrarı sağlamak amacıyla öngörüldüğü ve bu amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

93. Mevcut baro sayısı gözetildiğinde Genel Kurulun olağanüstü toplantıya çağırılabilmesi için asgari yirmi beş baronun talepte bulunmasını öngören kuralda ulaşılmak istenen amaç ile araç bakımından orantısızlık da bulunmamaktadır. Kaldı ki Kanun’un 117. maddesinin (6) numaralı bendi uyarınca Genel Kurul, olağan toplantısında gelecek Genel Kurul toplantı zamanını ve yerini kararlaştırabileceği gibi TBB Yönetim Kurulu da Genel Kurulu her zaman olağanüstü toplantıya çağırabilecektir. Bu

itibarla kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda demokratik hukuk devleti ilkesini ve Anayasa'nın 135. maddesindeki kuralları ihlal eden bir yön bulunmamaktadır.

94. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 67. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

b. 115. Maddenin İkinci Fıkrasının İkinci Cümlesi

95. Dava konusu kuralla Genel Kurulun olağanüstü toplantılarında seçim yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

96. Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre seçileceği belirtildiğinden, TBB yetkili organlarının seçimine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Ancak kanun koyucu bu yetkisini kullanırken meslek kuruluşlarının özerk yapısını gözetmek zorundadır.

97. Özerklik, kişi ve kuruluşların kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılmış olması anlamına gelmektedir. Bu aynı zamanda kurumların dış etkilere karşı korunmasını ifade eder. Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçileceği belirtilerek bu kuruluşlara idari özerklik tanınmıştır.

98. Meslek kuruluşlarının özerkliği; merkezi idareden bağımsız olarak karar ve yürütme organlarını seçebilme, ilgili mesleki faaliyetlerle sınırlı olmak üzere üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama, meslek mensuplarının uyacağı ilke ve kuralları belirleme ve üyeleri hakkında disiplin tedbirleri uygulama hak ve yetkisini içermektedir. Kamu kuruluşlarına özerklik tanınmasının nedeni faaliyetlerini hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun bir şekilde sürdürmelerini güvence altına almaktır.

99. Öte yandan seçimler, demokratik devletlerde yöneticilerin denetimi bakımından en önemli araçlardan biridir. Seçimlerin varlığı, yöneticilerin faaliyetlerinde daha özenli davranmalarını sağlar.

Yöneticiler bir sonraki seçimlerde yeniden seçilebilmek için yönetilenlerin taleplerine de azami ölçüde özen gösterir. Bu durum, karar ve yönetim organları seçimle göreve gelen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için de geçerlidir.

100. Kanun'da TBB yetkili kurullarının üyelerinin Genel Kurul tarafından dört yıl için seçilmesi öngörülmüştür. Kanun'un 118. maddesinde Yönetim Kurulunun Genel Kurul tarafından seçilmesi öngörülmüş, 119. maddesinde de Yönetim Kurulunun görev süresinin dört yıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu durum, TBB başkanı, disiplin ve denetleme Kurullarının görev süreleri için de aynen geçerlidir.

101. Dava konusu kuralla olağanüstü toplantıda seçim yapılamayacağı hüküm altına aldığından, TBB yetkili kurulları görev süreleri olan dört yıl boyunca seçim yoluyla değiştirilemeyecektir. Dolayısıyla kural, TBB yetkili kurullarının görev süresi bitmeden seçim yoluyla değiştirilmesini önlemektedir.

102. Kuralın, TBB yetkili kurullarının seçim baskısı altında olmadan görevlerini icra etmeleri amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralın kamu yararı amacıyla düzenlendiği açıktır. TBB'de yetkili kurulların belirlenmesine yönelik seçimlerin belli bir takvim çerçevesinde yapılması yönetimde istikrarın bir gereği olarak görülebilir. TBB yetkili kurullarının seçim baskısı altında olmalarının, görevlerini etkin bir şekilde icra etmelerini zorlaştırabileceği de ileri sürülebilir. Bu nedenle, Genel Kurulun olağanüstü toplantısında seçim yapılamayacağına yönelik kuralın yönetimde istikrarın sağlanması bakımından elverişli ve gerekli bir araç olmadığı söylenemez.

103. Kuralda, Genel Kurulun sadece olağanüstü toplantılarında seçim yapılamayacağı öngörülmekte olup TBB yetkili kurullarının seçimle göreve gelmesinin ortadan kaldırılması gibi bir durum söz konusu değildir. TBB yetkili kurullarını seçme yetkisi yine Genel Kurula aittir. Bu itibarla TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantısında seçim yapılamayacağını öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda demokratik hukuk devleti ilkesini ve bu bağlamda ölçülülük ilkesini zedeleyen ya da meslek kuruluşlarının özerkliğini ortadan kaldıran bir yön bulunmamaktadır.

104. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 67. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

F. Kanun'un 20. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 177. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

105. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın, aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını öngören düzenlemelere uyum sağlamak amacıyla ihdas edildiği, bu nedenle aynı ilde birden fazla baronun kurulmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının dava konusu kural yönünden de geçerli olduğu, birden fazla baro bulunan illerde adli yardım bürosunun oluşumunda eşitlik ilkesine göre temsil esasının benimsenmesi suretiyle baroların üye sayısının dikkate alınmamasının adli yardım bürolarının işleyişinde büyük baroların etkisizleştirilmesine ve adaletsiz kararların alınmasına neden olacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 9., 13., 36., 135. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

106. Kanun'un 177. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasında, birden fazla baronun bulunduğu illerde adli yardım bürosunun, baroların eşit olarak temsili esas alınarak oluşturulacağı, büroda görevlendirmenin, o ildeki avukatlar arasında eşitlik gözetilerek yapılacağı, adli yardım bürosunun oluşturulmasına ve adli yardım hizmetinin yürütülmesine ilişkin usul ve esasların TBB Yönetim Kurulunca hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca onaylanan yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

107. Adli yardım, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama imkânı bulunmayanlara Kanun'da yazılı avukatlık hizmetlerinin sağlanması amacıyla düzenlenmiş bir müessesedir. Kanun'un 177. maddesinin birinci fıkrası uyarınca adli yardım hizmeti, baro merkezlerinde baro yönetim kurullarınca avukatlar arasından oluşturulan adli yardım bürosu tarafından yürütülmektedir. Adli yardım ise esas olarak adli yardım büroları tarafından görevlendirilen avukat tarafından yerine getirilmektedir. Adli yardım bürolarının

görevi, avukatlık ücretlerini ve diğer yargılama giderlerini karşılama imkânı bulunmayan kişilere yapılacak adlî yardım hizmetlerinin koordinasyonunu sağlamaktan ibarettir.

108. Kuralla, birden fazla baro uygulamasına uyum sağlama amacıyla birden fazla baro bulunan illerde adlî yardım bürolarının oluşturulmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kurala göre birden fazla baro bulunan illerde adli yardım bürolarında barolar eşit şekilde temsil edilecektir. Adlî yardım hizmetlerini koordine etmekle görevli olan adli yardım bürolarında baroların eşit şekilde temsil edilmesini öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup birden fazla baro uygulamasına uyum sağlama amacıyla ihdas edilen kuralın kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğü söylenemez.

109. Diğer taraftan, kuralda adli yardım kapsamında avukat görevlendirmesinin o ildeki avukatlar arasında eşitlik gözetilerek yapılacağı belirtilerek ilde görev yapan tüm avukatların eşit bir şekilde adlî yardım hizmetlerinde görev almasına imkân tanınmıştır. Bu yönüyle kuralın avukatlar arasında herhangi bir adaletsizliğe sebebiyet verdiği de değerlendirilemez. Kuralda demokratik hukuk devleti ilkesini veya Anayasa'nın 135. maddesinde yer alan kuralları zedeleyen bir yön bulunmamaktadır.

110. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 9., 13., 36. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G. Kanun'un 22. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 23. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

111. Dava dilekçesinde özetle; Anayasa'nın 67. maddesinin son fıkrasında yer alan seçim kanunlarında yapılan değişikliklerin bir yıl içinde yapılan seçimlerde uygulanmayacağına yönelik kuralının baro seçimleri için de geçerli olduğu, bu nedenle TBB ve baro seçimlerinin 2020 yılı Ekim ve Aralık aylarında yapılmasını öngören kuralın anılan

anayasal ilkeyle bağdaşmadığı, Anayasa'nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçilmiş organlarının ancak yargı kararı ile görevlerine son verilebileceği, dava konusu kuralda ise görev süreleri dolmadan TBB ve baroların organlarının yeniden seçilmesinin öngörüldüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 67. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

112. Dava konusu kuralda görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile TBB delege seçimlerinin 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; TBB başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimlerinin ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılması öngörülmüştür.

113. Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçileceği belirtilmiş, altıncı fıkrasında ise amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine, kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının talebi üzerine mahkeme kararıyla son verileceği hüküm altına alınmıştır.

114. Anılan hükümler uyarınca kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçilmiş organlarının görevlerine son verme yetkisi, usul ve yetkide paralellik ilkesi uyarınca bu kuruluşların yetkili organları ile yargı mercilerine aittir. Diğer taraftan meslek kuruluşlarının organlarının seçim sistemine yönelik yapısal değişikliklerden kaynaklanan istisnai durumlarda, görev sürelerine etki eden kanuni düzenlemelerin yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

115. Barolarda, baro başkanı ve yetkili kurullarının üyeleri ile TBB delegelerini seçme görevi 1136 sayılı Kanun'un 81. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca baronun en yüksek organı olan genel kurula verilmiştir.

116. Kanun'un 91. maddesinde baro yönetim kurulunun görev süresinin iki yıl olduğu belirtilmiştir. Bu süre, baro başkanı, disiplin ve denetleme kurulları ile TBB delegeleri için de aynen geçerlidir. Dolayısıyla baro genel kurulunun olağan toplantısında, baro başkanı ve yetkili kurulları ile TBB delegeleri iki yıllığına seçilmektedir.

117. Baro genel kurulunun olağan toplantı tarihi Kanun'un 82. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, genel kurulun iki yılda bir ekim ayının ilk haftası içinde baro başkanının daveti üzerine gündemindeki maddeleri görüşmek üzere toplanacağı hüküm altına alınmakta iken 7249 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle anılan maddede yapılan ibare değişikliğiyle genel kurulun son rakamı çift olan yıllarda olmak kaydıyla iki yılda bir ekim ayının ilk haftası içinde toplanması öngörülmüştür. Böylece tüm barolar, olağan genel kurul toplantısını sonu çift rakamla biten yılların ekim ayında yapacaktır.

118. Değişikliğin gerekçesinde, mevcut hükümlere göre baroların kurulduğu yıllar sebebiyle baro genel kurullarının tekli veya çiftli yıllarda yapılabilirdiği, bu durumun TBB'ye farklı yıllarda delege gönderilmesine neden olduğu, ayrıca aynı ilde birden fazla baronun kurulması hâlinde tüm il barolarının genel kurullarının, baroların kuruluş tarihine bakılmaksızın belirli bir düzen içinde ve aynı tarihlerde yapılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

119. Yapılan değişikliğe koşut olarak TBB'nin olağan toplantı tarihinde de değişiklik yapılmıştır. TBB başkanı ile yetkili kurullarının üyelerini seçme görevi, TBB'nin en yüksek organı olan Genel Kurula aittir. Genel Kurulun olağan toplantısında TBB başkanı ve yetkili kurullarının üyeleri dört yıllığına seçilmektedir.

120. Kanun'un 115. maddesinin birinci fıkrasında TBB Genel Kurulunun iki yılda bir, evvelki Genel Kurulun tayin edeceği zaman ve yerde olağan toplantısını yapacağı hüküm altına alınmakta iken 7249 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle anılan fıkra da değişiklik yapılarak Genel Kurulun, baro seçimlerinin yapıldığı yılın aralık ayında Ankara'da olağan toplantısını yapacağı belirtilmiştir.

121. Değişikliğin gerekçesinde, baroların genel kurul toplantı tarihlerinde değişiklik yapılarak olağan toplantının son rakamı çift olan yıllarda olmak şartıyla iki yılda bir ekim ayının ilk haftası içinde yapılmasının öngörüldüğü, bu düzenlemeye uyum sağlamak amacıyla Birlik Genel Kurulunun baro seçimlerinden sonra o yılın aralık ayında Ankara'da yapılmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir.

122. Görüldüğü üzere yapılan değişikliklerle baro genel kurulları ile TBB Genel Kurulunun olağan toplantı tarihinde sistematik bir değişikliğe gidilmiştir. Buna göre barolar, son rakamı çift olan yılların ekim ayında

olağan genel kurul toplantılarını yaparak baro başkanı ve yetkili kurullarının üyeleri ile TBB delegelerini seçecek; TBB Genel Kurulu da seçilen bu delegelerle aynı yılın aralık ayında olağan toplantısını yaparak süreleri dolmuş ise TBB başkanı ve yetkili kurullarının üyelerini seçecektir.

123. Dava konusu kuralda ise görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile TBB delege seçimlerinin 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; TBB başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimlerinin ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılması öngörülmüştür.

124. Kuralın gerekçesinde, TBB ve baro yetkili kurullarının seçim takviminde yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Böylece baro genel kurullarının, son rakamı çift olan yıllarda olmak şartıyla iki yılda bir ekim ayının ilk haftası içinde yapılmasını öngören düzenleme 2020 yılının Ekim ayında; TBB Genel Kurulunun baro seçimlerinden sonra o yılın aralık ayında yapılmasını öngören düzenleme de 2020 yılı Aralık ayında fiilen uygulanmaya başlayacaktır. Diğer bir ifadeyle dava konusu kural uyarınca baro seçimleri 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; TBB yetkili kurullarının seçimi de aynı yılın aralık ayında yapılarak baro ve TBB'nin yeni seçim takvimi fiilen yürürlüğe girecektir. Bu itibarla kuralın TBB ve baroların seçim takviminde yapılan değişikliğe koşut olarak bu değişikliklerin 2020 yılında fiilen yürürlüğe girmesine imkân tanımak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

125. Kuralla TBB'nin ve tüm baroların başkan ve yetkili kurullarının üyelerinin görev sürelerine bakılmaksızın yeniden seçilmesi öngörüldüğünden 2020 yılı Ekim ayı itibarıyla görev süresi sona ermesine dahi mevcut baro başkanları ve yetkili kurullarının üyeleri ile TBB delegelerinin görev süresi kendiliğinden sona erecektir. Yine TBB başkanının ve yetkili kurullarının üyelerinin görev süresi de 2020 yılı Aralık ayı itibarıyla kendiliğinden sona erecektir.

126. 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinde yapılan değişikliklerle aynı ilde birden fazla baro kurulmasına imkân tanınmış, 114. maddesinde yapılan değişikliklerle de TBB Genel Kurulunun delege yapısında köklü değişikliklere gidilmiştir. Ayrıca TBB ile baroların seçim takviminde yapılan değişikliklerle baroların olağan genel kurul toplantılarını son rakamı çift olan yılların ekim ayında; TBB Genel Kurulunun olağan

toplantısını da aynı yılın aralık ayında yapması öngörülmüştür. Barolar ile TBB Genel Kurulunun oluşumundaki yapısal değişikliklerle birlikte bu kuruluşların seçim takvimlerinde de değişikliğe gidilerek seçim takvimlerinin yeknesaklaştırılması amaçlanmıştır.

127. Ancak mevcut durumda baroların kuruluş yıllarının farklı olması nedeniyle her bir baronun olağan genel kurulu farklı tarihlerde toplanmakta, bundan dolayı seçilmiş organlarının görev süreleri de farklı tarihlerde sona ermektedir. Bu nedenle TBB ile baroların gerek yapılarında gerekse de seçim takvimlerinde yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesi için belirli bir tarihin esas alınması gerekmektedir. Dava konusu kuralla baro seçimlerinin 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında, TBB seçimlerinin de 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılması öngörülerek yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla dava konusu kuralla TBB ve barolarda; mevcut başkan ve yetkili kurullarının üyelerinin görev sürelerine bakılmaksızın yeniden seçime gidilmesi, bu kuruluşların gerek yapılarında gerekse de seçim takvimlerindeki değişikliklerden kaynaklanmakta olup kuralın kamu yararına aykırı olduğu söylenemez.

128. Öte yandan kuralla baro ve TBB seçimlerinin 2000 yılı Ekim ve Aralık aylarında yapılması öngörülmekte olup adı geçen meslek kuruluşlarının yetkili kurullarının seçimle göreve gelmesinin ortadan kaldırılması gibi bir durum söz konusu değildir. TBB ile baroların organlarını seçme yetkisi yine adı geçen kuruluşların yetkili kurullarına aittir.

129. Bu itibarla görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile TBB delege seçimlerinin 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; TBB başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimlerinin ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılmasını öngören kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda Anayasa'nın 135. maddesini ihlal eden bir yön bulunmamaktadır.

130. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 135. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 67. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

131. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Tümüne,

B. 1. maddesiyle 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosu..." ibaresinin "...baro..." şeklinde değiştirilmesine,

C. 2. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...ve staj yaptığı baroya kayıtlı..." ibaresine,

Ç. 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosuna..." ibaresinin "...baroya..." şeklinde değiştirilmesine,

D. 4. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan "...o baroya yazılı..." ibaresinin "...staj yaptığı baroya kayıtlı..." şeklinde değiştirilmesine,

E. 5. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "...avukatın kayıtlı olduğu..." ve "...kendi barosuna kayıtlı..." ibarelerine,

F. 6. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 44. maddesinde yer alan "...aynı baroya..." ibarelerinin "...aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine..." şeklinde değiştirilmesine,

G. 8. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

Ğ. 9. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...kayıtlı olunan..." ibaresine,

H. 11. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 64. maddesinin;

1. Birinci fıkrasına ve ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen “...
kayıtlı olduğu...” ibarelerine,

2. Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*baro...*” ibaresinin
“...*kararı veren baronun...*” şeklinde değiştirilmesine,

I. 13. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 66. maddesinin birinci
fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

İ. 14. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 67. maddesinin birinci
fıkrasında yer alan “...*o yer barosu...*” ibaresinin “...*bu tespiti yapan
baronun...*” şeklinde değiştirilmesine,

J. 15. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 77. maddesinin;

1. Birinci fıkrasına eklenen üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı,
yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci ve on ikinci cümlelere,

2. Üçüncü fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

K. 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 114. maddesinin;

1. İkinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*ikişer...*” ibaresinin
“...*üçer...*” şeklinde değiştirilmesine,

2. Değiştirilen üçüncü fıkrasına,

L. 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 115. maddesinin değiştirilen
ikinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

M. 20. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un 177. maddesine eklenen
ikinci fıkraya,

N. 21. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’un ek 1. maddesinin birinci
fıkrasının dördüncü cümlesine eklenen “...*veya o ilde birden fazla baronun
bulunması hâlinde bu barolardan birine...*” ibaresine,

O. 22. maddesiyle 1136 sayılı Kanun’a eklenen geçici 23. maddeye,

Ö. 23. maddesiyle 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle
Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun’un 4.
maddesinin ikinci fıkrasına eklenen altıncı ve yedinci cümlelere,

P. 24. maddesiyle 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik

Hizmetleri Kanunu'nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen ikinci ve üçüncü cümlelere,

R. 25. maddesiyle 11/3/2010 tarihli ve 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen dördüncü ve beşinci cümlelere,

S. 26. maddesiyle 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümlelere,

yönelik iptal talepleri 1/10/2020 tarihli ve E.2020/60, K.2020/54 sayılı kararlar reddedildiğinden Kanun'un tümüne, maddesine, fıkrasına, cümlelerine, ibarelerine ve ibare değişikliklerine ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

1/10/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Tümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. maddesiyle 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosu..." ibaresinin "...baro..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 2. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...ve staj yaptığı baroya kayıtlı..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 16. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yer barosuna..." ibaresinin "...baroya..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 4. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yer alan "...o baroya yazılı..." ibaresinin "...staj yaptığı baroya kayıtlı..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 5. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "...avukatın kayıtlı olduğu..." ve "...kendi barosuna kayıtlı..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. 6. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 44. maddesinde yer alan "...aynı baroya..." ibarelerinin "...aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G. 8. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ğ. 9. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine eklenen "...kayıtlı olunan..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

H. 11. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 64. maddesinin;

1. Birinci fıkrasına ve ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "...kayıtlı olduğu..." ibarelerinin,

2. Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...baro..." ibaresinin "...kararı veren baronun..." şeklinde değiştirilmesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

I. 13. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 66. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

İ. 14. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 67. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...o yer barosu..." ibaresinin "...bu tespiti yapan baronun..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

J. 15. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinin;

1. Birinci fıkrasına eklenen üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci ve on ikinci cümlelerin,

2. Üçüncü fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

K. 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin;

1. İkinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ikişer..." ibaresinin "...üçer..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Değiştirilen üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

L. 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının;

1. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

M. 20. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 177. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

N. 21. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesine eklenen "...veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

O. 22. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'a eklenen geçici 23. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ö. 23. maddesiyle 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen altıncı ve yedinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

P. 24. maddesiyle 3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen ikinci ve üçüncü cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

R. 25. maddesiyle 11/3/2010 tarihli ve 5957 sayılı Sebze ve Meyveler ile Yeterli Arz ve Talep Derinliği Bulunan Diğer Malların Ticaretinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen dördüncü ve beşinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S. 26. maddesiyle 7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

1/10/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Engin YILDIRIM	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL
Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Üye Yıldız SEFERİNOĞLU	
Üye Selahaddin MENTEŞ	Üye Basri BAĞCI	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu (a) aynı ilde birden fazla baro kurulmasına, (b) Türkiye Barolar Birliği (TBB) Genel Kuruluna baroların ayrıca her beşbin üye için birer delege seçmesine, (c) TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantılarında seçim yapılamamasına ve (d) görev sürelerine bakılmaksızın baro ve TBB organlarının seçimlerinin 2020 yılının Ekim ve Aralık aylarında yapılmasına dair kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Aşağıda açıklanan gerekçelerle bu görüşe katılma imkânı olmamıştır.

a. Aynı ilde birden fazla baro kurulmasına ilişkin kurallar

2. 11/7/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun) 15. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 77. maddesinin birinci fıkrasına eklenen üç ila on ikinci cümleler ile üçüncü fıkrasına eklenen cümle dava konusu kuralları oluşturmaktadır. Kurallar aynı ilde birden

fazla baro kurulmasına imkân tanımakta ve buna dair usul ve esasları belirlemektedir.

3. 1136 sayılı Kanun'un 77. maddesinin birinci cümlesine göre *"Bölgesi içinde en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur"*. Dava konusu üçüncü cümle gereğince de *"Beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir"*.

4. Dava konusu kuralla beşbinden fazla avukatın bulunduğu illerde *"çoklu baro"* olarak ifade edilen ve birden fazla baronun faaliyet gösterebileceği yeni bir durumun ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Bu sistemde Avukatlık Kanunu'nun *"en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulur"* hükmünce zorunlu olarak kurulan baro ile *"beşbinden fazla avukat bulunan illerde asgari ikibin avukatla bir baro kurulabilir"* hükmü uyarınca ihtiyari olarak kurulabilecek baro veya barolar bulunmaktadır.

5. Anayasa'nın 135. maddesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının birden fazla olamayacağına dair bir hüküm içermemektedir. Bu kuruluşların anayasal görev ve amaçları da böyle bir yasağı ilzam etmemektedir. Barolar dahil kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının bir veya birden fazla olması bir yerindelik meselesidir. Bu anlamda konu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Çoğunluğun bu yöndeki gerekçesine katılıyorum.

6. Bununla birlikte kuralların Anayasa'nın 135. maddesinde yer alan *"kanunla kurulma"* şartını sağlamadığı kanaatindeyim. Çoğunluk *"aynı ilde birden fazla baro, ancak Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkün olup baroların kuruluşunun avukatların iradesine bırakılması söz konusu değildir"* demek suretiyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kanunla kurulması gerektiğine yönelik anayasal ilkeye aykırılık olmadığı sonucuna ulaşmıştır (§ 30).

7. Bu görüşe iki nedenle katılma imkânı yoktur. Birincisi, çoğunluk baroların bir kamu tüzel kişisi olduğu ve kamu tüzel kişiliklerinin Anayasa'nın 123. maddesine göre kuruldukları gerçeğini dikkate almamıştır. İkincisi, kurallar belli şartlar altında aynı ilde birden fazla baronun kurulmasını tamamen avukatların iradesine bırakmaktadır.

8. Anayasa'nın 123. maddesine göre kamu tüzel kişilikleri *"ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur"*. Anayasa'nın

104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Anayasa'nın "*Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları*" kenar başlıklı 135. maddesinde bu kuruluşların "*kanunla kurulan ... kamu tüzel kişilikleri*" olduğu belirtilmektedir. Bu durumda baroların kanunla kurulması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

9. Baroların kuruluşuna ilişkin hükümleri değerlendirirken Anayasa'nın 123. maddesindeki değişikliği dikkate alma zorunluluğu vardır. Şayet kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin Anayasa'nın 123. maddesi hükmü 2017 yılında değiştirilmemiş olsaydı, dava konusu kuralın bu maddeye aykırı olmadığı savunulabilirdi. Zira değiştirilmeden önce 123. madde "*Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya **kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak** kurulur*" şeklindeydi. Dava konusu kurallar, aynı ilde kamu tüzel kişiliğine sahip birden fazla baronun bazı şartlar altında kurulabilmesine imkân sağlamaktadır. Bu barolar da *kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak* kurulabilecekti.

10. Halbuki kamu tüzel kişiliğinin kuruluşuna ilişkin anayasal hüküm değişmiş, artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kamu tüzel kişiliği kurulması imkânı kaldırılmıştır. Bunun yerine yeni hükümet sisteminin mantığına da uygun olarak kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya kanunun herhangi bir yetki vermesine gerek olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulacağı öngörülmüştür.

11. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu değişikliği dikkate almak suretiyle, yakın tarihli bir kararında, kamu tüzel kişiliğine sahip sulama birliklerinin amacına ulaşamayacağının tespit edilmesi halinde Devlet Su İşleri'nin (DSİ) teklifi üzerine Bakan onayı ile feshedileceğini öngören kanun hükmünü Anayasa'nın 123. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle verdiği bu kararda Anayasa'nın 123. maddesinde 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe değinerek şu sonuca ulaşmıştır: "*6771 sayılı Kanun'dan önceki dönemde yürürlükte olan "Kamu tüzel kişiliği, ... kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" hükmü yürürlükte olmadığından **kamu tüzel kişiliğinin artık kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması veya kaldırılması mümkün değildir***" (AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, 16/7/2020, § 261).

12. Kamu gücü kullanan ve yargı sürecinin önemli bir unsuru olan avukatların meslek kuruluşları olan baroların kurulması konusunda kanun koyucunun çok daha titiz olması ve sıkı bir inceleme yapması beklenir. Tıpkı devlet ve vakıf üniversitelerinin kuruluşunda olduğu gibi. Nasıl ki, yasama organı her bir üniversitenin kuruluşunu titizlikle inceleyip kanunla kurulmasını sağlıyorsa, baroların kuruluşu bakımından da bunu yapması elzemdir. Kaldı ki bu bir tercih meselesi değil, son Anayasa değişikliği karşısında bir zorunluluktur.

13. Yukarıda açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

14. Öte yandan, kararın "Ç" ve "F" başlıkları altında yer verilen, aynı ilde birden fazla baro uygulamasına uyum sağlamaya yönelik olarak 1136, 5233, 5402, 5957 ve 6502 sayılı kanunlarda değişiklikler öngören dava konusu kuralların 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

b. Ayrıca her beşbin üye için birer delege seçilmesine ilişkin kural

15. Kanun'un 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. Daha önce avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üçyüz üye için ayrıca birer delege seçeceğine dair kural değiştirilmiş, beşbinden fazla üyesi olan baroların TBB Genel Kuruluna her beşbin üye için birer delege daha seçebileceği öngörülmüştür. Böylece TBB Genel Kurulunda üye sayısı fazla olan baroların temsil oranı nisbi olarak azaltılmıştır.

16. Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, diğer nitelikleri yanında, demokratik bir hukuk devletidir. Anayasa kimliğini oluşturan bu madde bir anlamda Anayasa'nın diğer maddelerine de hakim olması gereken temel ilkeleri belirlemiştir. Anayasa'nın 135. maddesine göre de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının en belirgin özelliklerinden biri organlarının seçimle işbaşına gelmesidir. Dolayısıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da, organları seçimle iş başına gelen diğer kurumlar gibi, demokratik devlet ilkesine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir.

17. Demokrasilerin en önemli özelliklerinden biri seçimin söz konusu olduğu yerlerde temsilde adaletin sağlanmasıdır. Bu ilke kurumların üst kuruluşlarda üye sayılarıyla orantılı bir şekilde temsilini gerektirir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kararlarında *“diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesi”*nin adil bir hukuk düzeninin gereği olduğu belirtilmiştir. Adil temsilin ve dengenin sağlanamadığı bir seçimin demokratik hukuk devleti ilkesine uygunluğundan bahsedilemez (AYM, E. 2011/55, K. 2011/146, 27/10/2011).

18. Anayasa Mahkemesi, Türk Diş Hekimleri Birliğı Genel Kuruluna üye sayısı beşyüzden (500) fazla olan odaların on delegeyle katılımını öngören 3224 sayılı Kanun’un 7. maddesinin ikinci fıkrasını Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme kararı şu şekilde gerekçelendirmiştir: *“İtiraz konusu kural ile sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan diş hekimleri odalarının Genel Kurul’a katılımlarının on delegeyle sınırlandırılması ve böylece Türk Diş Hekimleri Birliğı’nin en önemli organının oluşumunda temsilde adaletin önlenmesi, demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir”* (AYM, E. 2011/55, K. 2011/146, 27/10/2011; aynı yönde bkz. AYM, E. 2000/78, K. 2002/31, 19/02/2002).

19. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi, Türk Veteriner Hekimleri Birliğı Büyük Kongresine odaların üye sayılarıyla orantılı şekilde kademelendirilmek suretiyle ve üye sayısı binin üzerinde olan odaların da her beşyüz üye için ilave bir delege göndermesini öngören kuralı Anayasa’ya uygun bulmuştur. Mahkemeye göre kuralla *“odaların üye sayısı artışına paralel olarak seçecekleri delege sayısının da dinamik şekilde artmasını”, “daha çok üyeye sahip odaların büyük kongrede daha geniş bir katılımı temsil edilmesini”* ve *“küçük üyeli odaların da görüşlerinin dikkate alınmasını”* sağlayan bir sistem getirilmiştir (AYM, E. 2010/80, K. 2011/178, 29/12/2011).

20. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından hareketle, üst kuruluşların genel kurullarına üye seçimini düzenleyen kuralların temsilde adaleti sağlanması ve farklı üye sayılarına sahip kuruluşların temsili noktasında adil bir dengeyi sağlamaları gerektiğini söyleyebiliriz. Bir kanun hükmünün bu niteliklere sahip olup olmadığını denetlerken de başvurulabilecek anayasal ilkelerin başında hiç şüphesiz ölçülülük ilkesi gelmektedir.

21. Hukuk devletinin gereklerinden olan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir (AYM, E. 2017/135, K. 2019/35, 15/5/2019, § 21).

22. Dava konusu kuralın amacı, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla üyeyle temsil edilmesini sağlamaktır. Ancak kural, yukarıda belirtildiği üzere (§17), değiştirdiği düzenlemeyle karşılaştırıldığında üye sayısı fazla olan baroların daha az üyeyle temsili sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda kuralın belirtilen amaç bakımından elverişli ve gerekli olduğu söylenemez. Bununla birlikte kuralın, önceki halinden bağımsız ve soyut olarak değerlendirildiğinde, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla üyeyle temsil edilmesi amacı bakımından elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

23. Kuralın elverişli ve gerekli olduğu kabul edilse bile ölçülü olabilmesi için orantılı olması, öngörülen amaçla adil ve makul bir denge kurması gerekmektedir. TBB'nin en üst karar organı olan Genel Kurulun, barolarla ilgili görevleri dışında, avukatlık meslek kurallarını belirleme gibi doğrudan meslek mensuplarını ilgilendiren görev ve yetkileri de bulunmaktadır. Bu nedenle Genel Kurulda baroların kurumsal olarak temsili yanında avukat sayılarıyla orantılı şekilde temsil edilmesi de temsilde adalet ilkesinin bir gereğidir. Başka bir ifadeyle, demokratik hukuk devleti ilkesi TBB'nin en yüksek organı olan Genel Kurulda avukatlık mesleğiyle ilgili konularda görüş bildirmek ve karar alma sürecine katılmak üzere baroların adil ve dengeli bir şekilde temsil edilmesini gerektirmektedir.

24. 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunmayan ikinci fıkrasında baroların üye sayısına bakılmaksızın TBB Genel Kuruluna *üçer* delege seçmesi öngörüldüğünden otuz üyeye sahip bir baro Genel Kurulda baro başkanı ve üç üye ile temsil edilecektir. Bu durumda dava konusu kural üye sayısı otuz olan baroyla sözgelimi 4999 üyeye sahip olan baronun TBB Genel Kurulunda eşit sayıda delegeyle temsiline neden olmaktadır.

25. Baroların mevcut üye sayılarına bakıldığında da kuralın orantısız bir temsile sebep olduğu kolayca anlaşılabacaktır. Türkiye Barolar Birliğinin

verilerine göre 31/12/2019 tarihi itibarıyla Ardahan Barosuna kayıtlı avukat sayısı 49, İstanbul Barosuna kayıtlı avukat sayısı ise 46.052'dir. İptali istenen kural uyarınca TBB Genel Kuruluna Ardahan Barosu baro başkanıyla birlikte 4 (dört) delege gönderecekken, bundan neredeyse bin kat fazla üyeye sahip olan İstanbul Barosu ise başkan dahil toplam 13 (on üç) delege gönderecektir. Üye sayısı bu kadar fazla olan bir baronun TBB Genel Kurulunda bu kadar az sayıda delegeyle temsil edilmesinin temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

26. Açıklanan gerekçelerle kural adil ve dengeli bir temsil sağlamaktan uzak olup Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırıdır.

c. TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantısında seçim yapılamayacağına dair kural

27. Kanun'un 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasına göre *"Birlik Yönetim Kurulu doğrudan veya en az yirmibeş baronun yönetim kurullarının yazılı istemi üzerine, 117 nci maddede belirtilen görev alanıyla sınırlı olmak kaydıyla, Genel Kurulu olağanüstü toplantıya çağırır. Ancak olağanüstü toplantıda seçim yapılamaz."* Fıkranın birinci cümlesi oybirliğiyle Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Ancak ikinci cümle konusunda çoğunluğa katılma imkânı olmamıştır.

28. Yukarıda ifade edildiği gibi organlarının seçimle işbaşına gelmesi ve seçimle görevlerinin sona ermesi kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının en önemli özelliklerinden biridir. Esasen bu durum, söz konusu kuruluşların özerkliklerinin de bir yansımasıdır.

29. Hiç kuşkusuz kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının seçim baskısı altında olmadan görevlerini yerine getirmeleri amacıyla olağan seçim dönemi dışında olağanüstü toplantılara çağrılarak seçim yapılması zorlaştırılabilir. Yönetimde istikrarın sağlanmasına yönelik bu tür düzenlemeler gerekli görülebilir. Ancak bu yapılırken, üyelerin karar ve yönetim organlarını denetleme işlevi de ortadan kaldırılmamalıdır.

30. TBB Genel Kurulunun seçim baskısı hissetmeden istikrarlı bir şekilde çalışmasına yönelik gerekli tedbirler alınmış, olağanüstü toplantı için daha önce en az on baronun yönetim kurullarının talebi yeterli iken bu sayı yirmibeşe çıkarılmıştır. Başka bir ifadeyle TBB Genel Kurulunun olağanüstü toplantıya çağırılması zorlaştırılmıştır.

31. Dava konusu kural ise “*olağanüstü toplantıda seçim yapılamaz*” hükmüyle olağan seçim dönemi dışında seçim yapılmasını tamamen yasaklamış, bu suretle baroların olağanüstü toplantılarda birlik organlarını seçme yetkisi işlevsiz hale getirilmiştir. Bunun meslek kuruluşlarının özerkliğiyle bağdaştırılması zordur.

32. Diğer yandan organları seçimle işbaşına gelen kuruluşlarda seçim en etkili denetim yollarından biridir. Barolar, seçim yoluyla Birliğin Başkanı ve yönetim kurulunun faaliyetlerini değerlendirme ve denetleme imkânına sahiptir. Olağanüstü toplantıya çağrılan Genel Kurulda seçim yapılamayacağını öngören kural, Birliğin organlarının görev süresi boyunca seçim yoluyla denetlenme imkânını tamamen ortadan kaldırmaktadır.

33. Açıklanan gerekçelerle kural, Anayasa’nın 2. ve 135. maddelerine aykırıdır.

d. Görev sürelerine bakılmaksızın baro ve TBB organlarının seçimlerinin 2020 yılının Ekim ve Aralık aylarında yapılmasına dair kurallar

34. Dava konusu kuralla görev sürelerine bakılmaksızın tüm baroların ve TBB seçimlerinin yapılacağı takvim düzenlenmektedir. Buna göre görev sürelerinin dolup dolmadığına bakılmaksızın “*tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği delege seçimleri 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında; Birlik Başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimleri ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılır.*”

35. Madde gerekçesinde düzenlemeyle, barolar ve TBB seçim takviminde yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Buna göre baro genel kurullarının seçimleri son rakamı çift olan yıllarda olmak üzere iki yılda bir Ekim ayının ilk haftasında yapılacak, bu düzenleme de dava konusu kural gereği 2020 yılının Ekim ayında uygulanmaya başlayacaktır. Aynı şekilde TBB Genel Kurulunun baro seçimlerinden sonra o yılın Aralık ayında yapılmasını öngören kuralın uygulaması da 2020 yılı Aralık ayında başlayacaktır.

36. Anayasa’nın 135. maddesinin birinci fıkrasında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının “*organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen*

kamutüzeltkişilikleri” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede bu kuruluşların seçilmiş organlarının görevlerine nasıl son verileceği de açıkça düzenlenmiştir. Anayasa’nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevlerine ancak amaçları dışında faaliyet gösterdiklerinde son verilebilir. Amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının yetkili organlarının görevlerine ise sadece “kanunun belirlediği merciin veya Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkeme kararıyla son verilir.”

37. Anayasa’daki bu düzenlemeler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının idari özerkliğini güvenceye alan, bu kuruluşların seçilmiş organlarının keyfi bir şekilde görevden uzaklaştırılmasını engelleyen hükümlerdir. Başka bir ifadeyle, Anayasa’ya göre meslek kuruluşlarının organlarının seçiminde ve görevden uzaklaştırılmasında yetki ilke olarak üyelere aittir. İstisnai durumlarda yargı kararıyla da bu organların görevine son verilebilmektedir. Bunun dışında hiçbir merci ya da makamın bu organların görevlerine son verme yetkisi yoktur.

38. Hiç kuşkusuz, dava konusu kuralın barolar ve TBB seçimlerinin yeni takvimini uygulamaya geçirmek gibi makul bir sebebi olduğu söylenebilir. Ancak bu görev süresi dolmadan baroların ve TBB’nin seçilmiş organlarının görevlerinin sona erdirilmesine neden oluyorsa Anayasa’nın 135. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

39. Kuralda yer alan “görev süresine bakılmaksızın” ibaresi, görev süresi dolmadan da baro ve TBB yetkili organlarının seçimlerinin yenilenmesinin zorunlu olduğunu göstermektedir. Nitekim uygulamada da Ekim 2020 tarihi itibarıyla birçok baronun görev süresi, Aralık 2020 itibarıyla da TBB Genel Kurulunun görev süresi dolmamaktadır. Böyle olunca, dava konusu kuralla görev süresi dolmamış olan organların kanunla görevine son verilmiş olmaktadır.

40. Kural, amaçları dışında faaliyet gösteren baroların ve TBB’nin sorumlu organlarının görevlerinin yargı kararıyla sona erdirileceğini de öngörmediğine göre, Anayasa’da yer verilmeyen bir yöntemle bu kuruluşların organlarının görevine son vermektedir. Bunun da hem genel olarak meslek kuruluşlarının özerkliğine hem de Anayasa’nın 135. maddesinin altıncı fıkrasının açık hükmüne aykırı olduğu izahtan varestedir.

41. Yukarıda açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların iptal edilmeleri gerektiğini düşündüğümden, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1136 sayılı Kanunun 7249 sayılı Kanunun 15. maddesiyle değiştirilen 77. maddesi ile anılan maddeye bağlı kimi değişiklikler yönünden çoğunluk görüşü gibi iptal isteminin reddi yönünde oy kullandım. Bununla birlikte aşağıda belirtilen diğer kurallar yönünden iptal görüşünde olduğumdan karşıoy gerekçesi yazılmıştır.

1. 1136 sayılı Kanunun 114. maddesinin 7249 sayılı Kanunun 18. maddesiyle değiştirilen “Baro genel kurullarınca ayrıca her beşbin üye için birer delege seçilir” şeklindeki üçüncü fıkrası yönünden :

a) Anılan hükümde daha önce avukat sayısı yüzden fazla olan baroların sonraki her üçyüz üye için ayrıca birer delege seçeceği belirtilmekteydi. Önceki düzenlemeye göre yüz üyeyi aşmayan barolar baro başkanı dahil 3 delege ile Genel Kurulda temsil edilmekteydi. Örneğin 3.150 üyeli barodan 13 delege seçilebilmekteydi. Bu sayı, üye sayısı onbini aşkın bir baro için 36 olurken, kırkbini aşkın bir baro için 136 olabilmekteydi. Bu düzenlemeyle kanun koyucu Barolar Birliği Genel Kurulu’nda bütün baroların üye sayısı ile orantılı şekilde temsil edilmesini amaçlamıştı. Ancak bu düzenlemeye karşı, büyükşehirlerdeki baroların üye sayılarının çok fazla olması nedeniyle küçük ve orta ölçekteki baroların Birlik Genel Kurulu’nda yeterince temsil edilemediği eleştirileri yapılmıştır. Kanun koyucunun temsilde adalet ilkesi doğrultusunda yeniden düzenleme yapılmasında kamu yararı görüldüğü anlaşılmaktadır. Esasen anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun benzer konularda takdir yetkisi geniştir. Bununla birlikte yapılan değişiklik sonucunda ortaya çıkan tablo şöyledir. Örneğin otuz ila 5000’e kadar üye sayısı bulunan barolar aynı derecede görülerek baro başkanı dahil 4 delege ile Genel Kurul’da temsil edilmeleri öngörülmüştür. Örneği sürdürürsek; onbini aşkın üyeli baro 6 delege,

yirmibini aşkın üyeli baro 8 delege, kırkbeşbini aşkın üyeli bir baro ise Genel Kurul'da 13 delege ile temsil edilebilecektir.

b) Anayasanın 135. maddesi uyarınca meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarının karşılanması, mesleğin geliştirilmesi, meslek disiplini ve ahlakının korunması amacıyla oluşturulacak Birlik Genel Kurulu'nun oluşumu için gizli oyla seçim usulü öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 2. maddesindeki "demokratik hukuk devleti ilkesi" uyarınca seçimle belirlenen kurumlar bakımından kurum içi demokratik yapının sağlanmasına önem vermiş ve 'temsilde adalet ilkesinin gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir (bkz. AYM 4.12.2014, E. 2014/181, K. 2014/179). Yurt çapındaki meslek örgütlerinin genel kurullarda üye sayılarına oranla temsil edilmeleri temsilde adalet ilkesi bakımından önemli bir kriterdir. Demokratik devlet ilkesinin vazgeçilemez kuralı olan 'seçimin' en önemli niteliği, adil temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel oy esasıdır. Anayasa gereği seçimle belirlenecek bir meslek örgütünün organının seçiminde adil temsilin sağlanamaması durumunda, yapılacak seçimin demokratik olduğundan ve hukuk devleti ilkesine uygunluğun sağlandığından söz edilemez (bkz. AYM 29.12.2011, E.2010/80, K. 2011/178; AYM 18.5.2011, E.2008/80, K. 2011/81). Nitekim AYM benzer bir sorunun tartışıldığı Türk Veteriner Hekimleri Birliği Büyük Kongresi seçimiyle ilgili olarak, sonraki her 500 üye için artı bir delege seçilmesi kuralını bu ilkeler doğrultusunda incelemiş ve anayasaya aykırı bulmamıştır.

c) Bununla birlikte yukarıda verilen örneklerde görüldüğü üzere, Türkiye çapındaki avukatlık mesleği mensuplarının yaklaşık yüzde altmışını temsil eden üç büyük şehirden yeni düzenlemeye göre seçilebilecek delege sayısı yirmibeşi dahi geçmeyecektir. Ayrıca uygulamada gerçekleşme olasılığına göre yapılacak değerlendirmelerin anayasal denetimde bir etkisi olmayacak ise de faraza üç büyük kentin her birinde beşer adet yeni baro kurulduğunu öngördüğünüzde dahi bu kentlerin toplam delege sayıları 85 olabilecektir. Öte yandan diğer 76 baronun her birinin kanun gereği asgari sayı olan dört delege gönderdiğini varsaydığınızda dahi diğer baroların toplam delege sayıları 304 olmaktadır. Görüldüğü üzere toplam avukat sayısının yüzde altmışına sahip olan üç baronun, değişiklik sonucu oluşacak toplam delege sayısı içerisindeki temsil oranı yüzde onu bulmamaktadır. Yeni baroların kurulacağı varsayımı halinde dahi üç kentin temsil

oranı yüzde yirmibeşi geçmeyebilir. Bu tablo, yapılan değişiklik ile ortaya çıkan ölçüsüzlüğü göstermekte ve incelenen kuralın temsilde adalet ve demokratik devlet ilkelerine aykırı olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Küçük baroların temsil gücünün artırılmasının bir ihtiyaç olduğu ve bunda kamu yararı bulunduğu kabul edilebilir ise de büyük baroların neredeyse temsil edilmemesine yol açan bir sonucun demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığını söylemek güçtür. Açıkladığım nedenlerle kuralın Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

2. 1136 sayılı Kanunun 115. maddesinin 7249 sayılı Kanunun 19. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının “Ancak olağanüstü toplantıda seçim yapılamaz” şeklindeki ikinci cümlesi yönünden :

Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının gizli oyla seçim usulüyle belirlenmesi esası getirilmiş ve seçimle belirlenen yetkili organların mesleki konularda serbestçe karar alma ve icra etme yetkisi verilerek bu kuruluşlara *idari özerklik* tanınmıştır. İdari özerklik gereği meslek kuruluşları merkezi idareden bağımsız olarak karar alma ve yürütme organlarını seçme, meslek ilkelerini belirleme, üyelerini ve örgütlerini bağlayıcı karar alma ve uygulama yetkilerine sahiptir. Kanunun 119. maddesi uyarınca yönetim kurulu 4 yıllığına seçildiğinden, incelenen kuralın amacının seçim baskısı olmadan yönetim kurulunun görevini yapmasının sağlanması olduğu söylenebilir. Yönetimde istikrarın sağlanması bakımından bu düzenlemenin kamu yararına uygun olduğu da ileri sürülebilir. Bununla birlikte olağanüstü toplantıya çağrılan genel kurul toplantısında seçim yapılması yasaklanıp, bir süreliğine seçim yetkisi engellenerek Anayasa ile meslek kuruluşlarına verilen *organlarını seçimle belirleme yetkisine* ağır ve ölçsüz bir müdahale yapılmaktadır. Bu ölçsüz müdahale meslek kuruluşlarının anayasadan kaynaklanan *özerklik niteliğine* aykırıdır. Belirtilen nedenlerle kuralın Anayasanın 135. maddesine aykırı bulunduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

3. 7249 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 1136 sayılı Kanununa eklenen geçici 23. madde yönünden :

a) İncelemeye konu geçici madde ile tüm baro başkanlıkları, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile Birlik delege seçimlerinin 2020 yılının Ekim ayının ilk haftasında; Birlik başkanlığı, yönetim, disiplin ve

denetleme kurulu üyelikleri seçimlerinin ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde bu değişikliğin, Birlik ve baro yetkili kurullarının seçim takviminde yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilmesi amacıyla yapıldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte kural gereği belirtilen seçilmiş organların görevine kanunla son verilmektedir.

b) Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının gizli oyla seçim usulüyle belirlenmesi esası getirilmiş ve bu kuruluşlara idari özerklik tanınmıştır. İdari özerklik gereği meslek kuruluşları merkezi idareden bağımsız olarak karar alma ve yürütme organlarını seçme yetkilerine sahiptir. Anılan anayasa maddesinin altıncı fıkrasında ise amaçları dışında faaliyet gösteren meslek kuruluşlarının sorumlu organlarının görevine yetkili yargı merciince son verilebileceği belirtilmektedir. Belirtilen istisna dışında seçilmiş organların görevi yine serbest ve gizli seçim yoluyla yetkili kurulların kararıyla sona erdirilebilir. Dolayısıyla meslek kuruluşlarının seçilmiş organlarının görevlerine anayasada belirtilen haller dışında bir merciin son verilmesi *özerklik ilkesiyle* bağdaşmamaktadır. Bu nedenle kuralın Anayasanın 135. maddesine aykırı bulunduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

A) Kanun'un 15. Maddesiyle 1137 Sayılı Kanun'un 77.Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, On Birinci ve On İkinci Cümleleri ile Üçüncü Fıkrasına eklenen İkinci Cümle Yönünden

1. Kanun'un 15. maddesiyle 1137 sayılı Kanun'un 77. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu kurallarla üçüncü fıkrasına eklenen ikinci cümle aynı ilde birden fazla baro kurulmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

2. Baroların, avukatlık mesleği ve meslek mensuplarına ilişkin görevlerinin yanı sıra hukukun üstünlüğünü, insan haklarını korumak ve savunmak gibi temel görevleri de bulunmaktadır. Barolar, bir meslek grubunun çıkarlarını savunan ve geliştirmeye çalışan dar manada basit bir meslek örgütlenmesinin çok ötesinde işlevlere sahiptir. Başta adil yargılanma hakkının sunduğu güvenceler olmak üzere temel hakların korunması ve geliştirilmesi ile hukuk devleti ve demokratik toplum düzeninin oluşturulması ve muhafazasında baroların oynadığı rol yadsınamaz.

3. Mahkememiz de bir kararında avukatların hukuk düzeni için oynadığı hayati rolü şöyle ifade etmişti: “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.” (E.2007/16, K.2009/147, 15/10/2009).

4. Anayasa’nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri oldukları belirtilmiştir. Buna göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları “...kanunla kurulan... kamu tüzelkişilikleridir.”

5. Anayasa’nın 123. maddesinin son fıkrasında “Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur” hükmü yer almaktadır. 6771 sayılı Kanundan önce bu fıkra da yer alan “...kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” düzenlemesi artık yürürlükte değildir. Bu nedenle artık kamu tüzel kişiliğinin kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması söz konusu olamaz. Nitekim çok yakın tarihli bir kararında da Anayasa Mahkemesi kamu tüzel kişiliğinin kanunun verdiği yetkiyle kurulamayacağına ve sonlandırılmayacağına oybirliğiyle hükmetmiştir (E. 2018/104, K. 2020/39, 16/7/2020).

6. Anayasa değişikliği öncesinde bir kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulması mümkündür. Yeni sistemde ise Anayasa'nın 123. maddesine göre ancak kanunla veya Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile kamu tüzel kişiliği kurulabilir. İptali talep edilen kurallar kanun özelliği taşımakla birlikte doğrudan baro kurmamaktadır. Bu kurallar, baroların nasıl kurulabileceğine, nasıl kamu tüzel kişiliği kazanacaklarına veya kaybedeceklerine dair yöntemle ilgilidir. Bir kamu tüzel kişisi olan baro kurulması için ikibin avukata veya Türkiye Barolar Birliği de dahil olmak üzere başka bir organa yetki verilmesi mümkün değildir.

7. Yukarıda belirtilen gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 135. maddesine aykırılık taşıdığı sonucuna ulaştığımdan çoğunluk kararına katılmadım.

B) 114. Maddenin değiştirilen Üçüncü Fıkrası Yönünden

8. Bu kuralla Türkiye Barolar Birliği (TBB) Genel Kurulu için baro genel kurullarınca her beşbin üye için bir delege seçilmesi öngörülmüştür. Bu şekilde üye sayıları fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda temsil oranı nispi olarak azaltılmaktadır. Kuralın gerekçesinden baroların TBB Genel Kurulunda "daha etkin bir şekilde temsil edilmelerinin" amaçlandığı anlaşılmaktadır. Baroların kurumsal olarak TBB'de belli bir sayıyla temsil edilmesi çoğulcu demokrasinin bir gereği olmakla beraber avukat sayısı dikkate alınarak üye sayısı fazla olan baroların avukat sayılarıyla orantılı şekilde avukatlık mesleğiyle ilgili doğrudan karar alma yetkisi olan TBB Genel Kurulunun oluşumunda temsil edilmesi de adil temsil açısından gereklidir.

9. Barolar, ilgili kanun gereğince üye sayısına bakılmaksızın TBB Genel Kuruluna üç delege gönderme hakkına sahiptir. Buna karşılık beşbin üyesi olan bir baro dört delege gönderebilecektir. Beşbinden fazla üyesi olan barolar Genel Kurulda daha fazla üye ile temsil edilmekle beraber üye sayısı arttıkça temsil edilme oranı nispi olarak azalmaktadır. Bu açıdan kural, baroların TBB Genel Kurulunda adil bir şekilde temsil edilmesi yönünden gözetilmesi gereken makul dengeyi üye sayısı fazla olan barolar aleyhine bozmaktadır.

10. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile ilgili benzer davalarda bu kuruluşların genel kurullarının oluşumunda bağlı meslek örgütlerinin adil bir denge kurulmasına

elverişli sayıyla temsil edilmelerinin engellenmesinin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının oluşumunda demokratik ilkeleri esas alan Anayasa'nın 135. maddesi ile bağdaşmayacağına işaret etmiştir (Örneğin bkz: E. 2011/55, K. 2011/146, 27/10/2011; E. 2006/143, K. 2009/98, 25/6/2009; E.2000/78, K.2002/31, 19/2/2002, E.1991/4, K. 1991/45, 3/12/1991).

11. Kural, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda üyelerini temsil edebilmelerini orantısız bir şekilde engellemektedir. Kuralın gerekçesinde yer alan “etkin temsil” amacı üye sayısı az olan barolar yönünden sağlanırken, üye sayısı fazla olan barolar bakımından ölçülü ve makul olmayan bir biçimde daraltılmaktadır.

12. Sonuç olarak, kuralın Anayasa'nın 13. ve 135. maddeleriyle bağdaşmadığı kanaatine vardığımdan çoğunluk kararına katılmadım.

C) 115. Maddenin İkinci Fıkrasının İkinci Cümlesi Yönünden

13. İptali arzulanan kuralla olağanüstü toplantıda seçim yapılamayacağı düzenlendiğinden TBB yetkili kurulları görev süreleri olan dört yıl boyunca seçim yoluyla değiştirilemeyecektir.

14. Olağan seçim dönemi dışında seçim yapılmasını engelleyen kural, Anayasa'nın meslek kuruluşlarına verdiği seçme yetkisini ortadan kaldırmakta, bu yetkiyi belli bir süre kullanılamaz hale getirmektedir. Bu nedenle, TBB organlarının, olağan dönem dışında seçim yoluyla görevden alınmasının imkânsız hale getirilmesi Anayasa'nın 135. maddesinin ilk fıkrasında güvence altına alınan meslek kuruluşlarının özerkliği ilkesine aykırılık taşımaktadır. Kural, yönetim kurulunun görev süresi boyunca seçim yoluyla denetlenme olanağını yok ettiğinden demokratik hukuk devleti ilkesiyle de uyumlu değildir.

15. Kural, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğundan çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞI OY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında *“Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları... kanunla kurulan... tüzel kişiliklerdir.”* hükmü kapsamında baroların ve üst kuruluşu niteliğindeki kuruluşların ancak KANUNLA KURULABİLECEĞİNİ, bu nedenle dava konusu “çoklu baro düzenlemesine ilişkin” kuralların Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini düşünüyorum.

Mahkememizin kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla kurulabileceğini kabul ettiği kararlarında önceki sistemden farklı olarak; “kamu tüzelkişiliğinin, başka bir merci ya da makama kanunla yetki verilmesi suretiyle kurulamayacağı.” ilkesi benimsenmiştir. (AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, § 261). Önceki sistemde kamu tüzelkişiliği ancak kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye istinaden kurulabilmekteydi. Ancak Anayasa değişikliği sonrası oluşan yeni sistemde kamu tüzelkişiliği, kanunun yetki vermesi şartı aranmaksızın doğrudan kanunla kurulabilecektir. Anayasa'da, Kamu tüzelkişiliklerinin kurulması konusunda yetki devri yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dava konusu kurallar kanun niteliğinde olmakla beraber doğrudan baro kurmamakta, bir ilde birden fazla baronun nasıl kurulacağını, nasıl tüzel kişilik kazanacağını ya da kaybedeceğini usullerini belirlemektedir. Bir ilde şartların oluşması halinde baro kurma yetkisi kanunla kurucular kuruluna verilmektedir ki bu durum kamu tüzelkişiliğinin kanunla kurulması gerektiğine ilişkin Anayasa'nın amir hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan Anayasa'daki düzenlenişi itibarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, meslek mensuplarının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini rahatça icra edebilmelerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplin ve ahlakını korumak maksadıyla kurulmaktadır.

Bu kuruluşların bir “meslek kuruluşu” olarak o meslek erbabının meslek standardını oluşturmak biçiminde bir görevi bulunmaktadır. Bu kurumların oluşturulmasında esas alınan öge meslek olup ideolojik, siyasi, vb. düşüncelerle bu kurumların teşkilatlanması, çoklu baro

kurulması imkanı verilerek bu tür oluşumlara zemin hazırlanması Anayasa'nın ruhuna ve amacına uygun düşmemektedir.

Baroların işlevlerinden birisi de kamu makamları nezdinde mesleği temsil etmektir. (Prof. Dr. Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, Ekin Yayınları, 2003. S.499) Aynı bölgede birden fazla kurumun bulunması ve her bir kurumun farklı farklı ve birbirleriyle çelişebilecek taleplerinin olması ihtimali mesleğe dair ihtiyaçlarla ilgili kamu makamlarıyla yapılacak çalışmalarda sorunlara yol açabilecektir.

Yine Sayın GÖZLER'in belirttiği gibi bu kurumların işlevi düzenleme yetkisidir. (a.g.e., s.499) Aynı bölgede birden fazla meslek kuruluşu bulunması halinde bunların kamu tüzelkişiliğine bağlı olarak yönetmelik çıkarma ve meslek kuralları belirleme gibi yetkilere sahip olmaları dikkate alındığında, aynı yörede aynı konuyla ilgili farklı, birbiriyle çelişen düzenleyici işlemler yapılmasına neden olunabileceği gibi mesleki anlamda ortak standartların oluşması konusunda sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Baroların önemli yetkilerinden birisi de mesleğe kabul ve mesleğin ifasına ilişkin yetkililerdir. Baroların ilgili kurulları mesleğe kabul ve meslekten ihraç kararları verebilmektedir. Bu konuda aynı ildeki baro kurullarının birbirlerinden farklı, birbirlerine zıt, aykırı kararlar alma ihtimali ortaya çıkacaktır. Sayın GÖZLER, bu kuruluşların disiplin yetkisine dikkat çekmektedir. (a.g.e. s.499) Aynı ildeki farklı barolar arasındaki rekabet, üyeleri arasında ideolojik, etnik, siyasi dayanışma, daha fazla üye sahibi olma, mevcut üye sayısını koruma gibi kaygılarla disiplin hükümlerinin uygulanmamasına ya da farklı uygulanmasına yol açabilecektir.

Sonuç olarak aynı meslek mensuplarının dünya görüşü farklılıkları nedeniyle dernekler vb. sivil toplum örgütleri çatısı altında bir araya gelmesinde Anayasal bir engel bulunmamaktadır. Bu imkanlara rağmen aynı yetki alanında faaliyet göstermesi öngörülen, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında her türlü görüş farklılıkları üzerinden bir çoğullaşmaya gidilmesi bu kurumların Anayasa ile belirlenen amaçlarıyla aykırı sonuçlar doğmasına neden olabilecektir. Siyasi, ideolojik, etnik vb. farklılıklar üzerinden oluşması ihtimali bulunan farklı örgütlenmelere izin verilmesi mesleğin icra ve ifası, meslek etiği, mesleki disiplin ve neticeten mesleğin toplumsal

menfaatlere uygun olarak yerine getirilmesi hususlarında ciddi sorunlar doğurabileceği endişesiyle çoklu baro olarak ifade olunan baroların bölünmesi sonucunu doğuracak kuralları Anayasa'nın 2., 128. ve 135. maddelerine aykırı gördüğümünden çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

7249 sayılı Kanunun tümünün ve 1136 sayılı Kanunun, Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek ayrı ayrı iptali talep edilen 7249 sayılı Kanunla değişik bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına oybirliğiyle; bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ise oyçokluğuyla karar verilmiştir.

1. Aynı ilde birden fazla baro kurulmasını öngören hükümlere ilişkin red gerekçesinde; Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının aynı yerde birden fazla olamayacağı yönünde bir sınırlama olmadığı, bu nedenle aynı ilde birden fazla baro kurulmasına anayasal açıdan bir engel bulunmadığı, ayrıca birden fazla baronun kuruluşuna ilişkin temel esasların Kanunda belirlendiği ve bunun ancak belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda mümkün olduğu, dolayısıyla avukatların iradesine bırakılmadığı, bu sebeplerle mezkûr düzenlemelerin meslek kuruluşlarının kanunla kurulacağına yönelik anayasal ilkeye aykırı olduğunun da söylenemeyeceği, bu itibarla söz konusu kuralların Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir.

Bilindiği gibi Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadıyla kanunla kurulan kamu tüzelkişilikleri olarak tanımlanmıştır.

Böylece Anayasa koyucu, bu meslek kuruluşlarının -kişilerin örgütlenme hürriyeti kapsamında serbest iradeleri ile kurdukları- özel hukuk tüzelkişiliğini haiz sivil toplum örgütlerinden (mesela derneklerden) farklı bir statüde yapılanacağını hükme bağlayarak kanunla kurulmalarını, görev ve yetkilerinin kanunla belirlenmesini ve mesleklerini serbest olarak icra eden bu kapsamdaki meslek mensuplarının söz konusu kuruluşlara üye olmalarını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, anılan meslek kuruluşlarının kamu tüzelkişiliğinin olması öngörülerek kamu gücü ile donatılmaları amaçlanmıştır; mesleğin belli bir düzen ve disiplin içinde yerine getirilmesi için ilkeler belirleme ve bunlara aykırı hareket eden meslek mensuplarına disiplin müeyyidesi uygulama gibi yetkiler tanınmıştır.

Anayasanın 135. maddesindeki düzenlemeden, belli bir yerde faaliyette bulunan ve aynı mesleğe mensup olan kişilerin üyesi olduğu meslek kuruluşları ile bunların üst kuruluşları şeklinde bir yapılanmanın öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Anılan maddede, aynı yerde aynı meslek mensuplarının üye olduğu birden fazla meslek kuruluşunun kurulmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığı söylenebilirse de, kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu hükme bağlanan ve Anayasanın “Cumhuriyetin Temel Organları” başlıklı Üçüncü Kısımının “Yürütme” başlıklı İkinci Bölümünün “İdare” altbaşlığı altında düzenlenmesi itibariyle de idarî teşkilat içinde yer aldığı şüphe bulunmayan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının aynı yerdeki aynı meslek mensupları bakımından birden fazla sayıda olmasının mümkün olmadığı, yani aynı yetki alanında birden fazla kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu kurulmasına imkân verilmediği açıktır.

Başka bir anlatımla, Anayasada kamu kurumu niteliğinde olduğu kabul edilen, bu niteliğinden dolayı kamu tüzelkişiliği altında bazı kamusal yetki ve ayrıcalıklar tanınıp “idare” olarak düzenlenen ve meslek mensupları için üye olma zorunluluğu getirilen meslek kuruluşlarının, 135. maddede öngörülen “belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılama” ve “meslek disiplini ve ahlâkını koruma” gibi anayasal görevlerini yerine getirebilmeleri ve bu amaçla bir bütünlük içinde ortak ilkeler ve kurallar belirleyerek uygulayabilmeleri, bu kapsamda değerlendirilen bir meslek grubunun aynı yerde tek bir meslek kuruluşu şeklinde örgütlenmesiyle mümkündür.

Kuşkusuz bu açıklamalar -Mahkememizin bir kararında da ifade edildiği üzere- yargının kurucu unsurlarından olan, yargılama faaliyetinde savunmayı bağımsız ve serbest bir şekilde temsil eden, hukukî meselelerin ve ihtilafların çözümlenmesinde önemli bir görev üstlenen, bu itibarla hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkı bakımından vazgeçilmez bir yeri bulunan avukatların (bkz. 15/10/2009 tarihli ve E. 2007/16, K. 2009/147 sayılı kararımız) kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olan ve kuruldukları illerde kendisine kayıtlı avukatların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslek düzenini ve ahlâkını korumak gibi görevleri bulunan barolar için de öncelikle geçerlidir.

Diğer taraftan incelenen kuralların, Anayasanın 135. maddesinin birinci fıkrasındaki kanunla kurulma zorunluluğunun anlamı bakımından, Anayasanın kamu tüzelkişiliklerinin kurulmasına ilişkin ilkeleri belirleyen 123. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bilindiği üzere, Anayasanın 135. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının kanunla kurulması öngörüldüğünden barolar da ancak kanunla kurulabilir. Anayasanın 123. maddesinin, kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulabileceğini hükme bağlayan üçüncü fıkrasındaki “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” ibaresi, 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle” şeklinde değiştirilmiş ve kamu tüzelkişiliğinin “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” kurulma imkânı kaldırılmıştır. Başka bir ifadeyle, kamu tüzelkişiliğinin artık kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulması mümkün değildir.

Mezkûr Anayasa değişikliğinden sonra böyle bir imkânın kalmadığının kabul edilmesi hâlinde (Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK ile kurulmalarının da mümkün olmadığı dikkate alındığında) her kamu tüzelkişiliğinin (ve bu kapsamda her baronun) kanunla kurulmasının gerekeceği, bunun ise neredeyse imkânsız olduğu, bu nedenle kanunla kurulma zorunluluğunun kanunun verdiği yetkiye dayanılarak (yani kanunla belirlenen kuruluş şartlarının ilgililerce yerine getirilmesi suretiyle) kurulma durumunda da karşılanmış sayılması gerektiği ve -Anayasanın 135. maddesindeki kanunla kurulma ilkesinin, 123. maddenin üçüncü fıkrasındaki ilkenin değiştirilmesinden önceki gibi yorumlanmaya ve

uygulanmaya devam edilmesi suretiyle- kanunda kamu tüzelkişiliğinin kuruluş şartlarının belirlenmiş olmasının, kanunla kurulmuş sayılma için yeterli olduğu şeklindeki değerlendirmeler Anayasa koyucunun iradesini ve 123. maddenin üçüncü fıkrasında gerçekleştirdiği değişikliği anlamsız kılar.

(46) numaralı CBK ile yapılan bazı değişikliklerin iptali talebiyle açılan davada verilen red kararına katılmama gerekçelerim arasında da belirttiğim üzere, Anayasa koyucu 123. maddede idarenin ve kamu tüzelkişiliğinin “kurulması” ve “düzenlenmesi” kavramlarını ayrı ayrı kullanmış; 123. maddenin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini hükme bağlayarak genel ilkeyi belirlerken maddenin üçüncü fıkrasında -kamu tüzelkişiliklerinin sadece kurulması bakımından- birinci fıkradaki genel ilkeye bir istisna getirmiştir (bkz. 12/6/2020 tarihli ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem). Anayasa değişikliği ile “kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak” kamu tüzelkişiliği kurulabilmesini öngören anayasal ilkeyi kaldıran Anayasa koyucu, mezkûr değişiklikten önce mümkün olan ve kurulma şartları ile usûl ve esaslarını belirleyen kanun hükümleriyle bu hükümlere göre gerçekleştirilen kamusal işlemlerle de kamu tüzelkişiliğinin kanunla kurulma zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılması yolunu kapatmıştır. Bu itibarla kamu tüzelkişiliklerinin (ve doğal olarak baroların) sadece kurulma şartlarını belirleyen bir kanunî düzenleme, Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilmeden önceki hükmünü ihya edecek ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu tercihini ve Anayasa değişikliğini anlamsız kılacak şekilde yorumlanamaz.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, 1136 sayılı Kanunun 77. maddesinin birinci fıkrasına eklenen üç ilâ onikinci cümleler ile üçüncü fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin, Anayasanın 135. ve 123. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

1136 sayılı Kanunun 44. maddesindeki “... aynı ilde kurulu barolardan herhangi birine...” ibaresinin, 50. ve 66. maddelerinin birinci fıkralarına eklenen ikinci cümlelerin, 177. maddesine eklenen ikinci fıkra ve ek 1. maddenin birinci fıkrasının dördüncü cümlesine eklenen “... veya o ilde birden fazla baronun bulunması hâlinde bu barolardan birine...” ibaresi ile 5233 sayılı Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrasına

eklenen altıncı ve yedinci cümlelerin, 5402 sayılı Kanunun 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen ikinci ve üçüncü cümlelerin, 5957 sayılı Kanunun 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen dördüncü ve beşinci cümlelerin, 6502 sayılı Kanunun 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümlelerin de aynı gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğunu ve iptali gerektiğini düşünüyorum.

2. TBB Genel Kurulunun oluşumunda baro genel kurullarınca her beşbin üye için birer delege seçilmesini öngören hükme ilişkin red gerekçesinde; üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda daha fazla delegeyle temsil edilmesini amaçlayan kuralın bu yönüyle kamu yararı amacına dayandığı, baroların TBB’de dengeli bir şekilde temsil edilmelerinin gerektiği, ancak bu oranı belirleme yetkisinin yasama organına ait olduğu, kuralın temsilde adaleti sağlayıp sağlamadığının belirlenmesinde daha önceki düzenleme ile yapılacak kıyaslamaların değil, incelenen yeni düzenlemenin ortaya çıkaracağı etkinin ve sonuçların dikkate alınması gerektiği, bu itibarla kuralın demokratik hukuk devleti ilkesi ile ölçülülük ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunmadığı ve Anayasaya aykırı olmadığı ifade edilmiştir.

Yasama organı, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olarak her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmek ve hukukî güvenliği sağlamak zorunda olduğundan, düzenlemeler yaparken hukuk devletinin gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşan bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerle öngörülen tedbirlerin ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olması, ayrıca başvuru tedbirlerle ulaşılmak istenen amacın orantılı bulunması gerekmektedir.

Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçileceği belirtilerek bu kuruluşların organlarının seçimle işbaşına gelmesi benimsenmiş; böylece Anayasa koyucu, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim ve işleyişlerinin demokratik hukuk devleti esaslarına uygun olmasını hedeflemiştir.

Mahkememizin yerleşik içtihadına göre, herhangi bir kuruluşun organlarının belirlenmesinde seçime yer verilmesi hâlinde, bu kuruluşun yönetim ve işleyişi gibi seçimlerin de demokratik kurallara uygun olması

gerekir (örnek olarak bkz. 14/2/2013 tarihli ve E. 2011/63, K. 2013/28 sayılı; 29/12/2011 tarihli ve E. 2010/80, K. 2011/178 sayılı kararlarımız). Bu itibarla, adaletli bir hukuk düzeninin kurulup geliştirilmesi bakımından, diğer seçimlerin yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının seçimlerinde de temsilde adalet ilkesi önem taşımaktadır.

Bu çerçevede, TBB'nin en üst karar organı olarak yetkili kurulların üyelerinin seçimi ve barolar adına karar alma yetkileri yanında avukatlık meslek kurallarını belirleme gibi meslek mensuplarıyla doğrudan ilgili kararlar alma yetkisi de bulunan TBB Genel Kurulunda baroların kurumsal olarak belli bir sayıyla temsil edilmesi de, bunun avukat sayıları gözetilerek üye sayısı fazla olan baroların daha yüksek bir sayı ile temsili şeklinde gerçekleşmesi de adil temsil ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenle, TBB Genel Kurulunda bütün meslek mensuplarının adil bir şekilde temsil edilmesini sağlayacak bir yapının oluşturulması gerekmektedir.

Dava konusu kuralla, avukat sayısı yüzden fazla olan baroların, yüzden sonraki her üçyüz üye için ayrıca birer delege seçmesine ilişkin hükümde değişiklik yapılarak, baroların TBB Genel Kuruluna seçeceği üçer delegeye ilave olarak her beşbin üye için birer delege daha seçmesi öngörülmüş; böylece üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda temsil oranı düşürülmüştür.

Önceki düzenlemede olduğu gibi, üye sayısı fazla olan baroların TBB Genel Kurulunda yine daha fazla delege ile temsil edilmesini amaçlayan ve bu baroların Genel Kurulda daha etkin bir şekilde temsil edilmesi bakımından hukuk devletinin ölçülülük ilkesinin elverişlilik ve gereklilik alt ilkelerine aykırı olmadığı düşünülen kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden de değerlendirilmesi ve bu değerlendirme yapılırken özellikle barolara kayıtlı avukat sayılarının gözönünde bulundurulması gerekir.

Yasama organı en az otuz avukat bulunan her il merkezinde bir baro kurulmasını öngördüğünden, otuz üyesi bulunan bir baro TBB Genel Kurulunda üç delege ile; yeni düzenleme uyarınca beşbin ve daha fazla üyesi olan bir baro üç üyeye ilave olarak bir delege daha seçerek dört delege ile; onbin ve daha fazla üyesi olan bir baro da beş delege ile temsil edilecektir.

Böylece dava konusu kurala göre, otuz-kırk üyeli bir baro TBB Genel Kurulunda üç delege ile temsil edilirken beşbinden az üyesi olan, mesela dörtbin üyeli bir baro da üç delege ile temsil edilecek; mesela beşbin veya dokuzbin üyeli bir baro ise dört delege ile temsil edilebilecek ve baroların üye sayıları arttıkça TBB Genel Kurulunda temsil edilme oranı nisbî olarak azalacaktır.

Anılan hükmün değiştirilmesinden önceki düzenlemede de baroların (ve barolara üye avukatların) TBB’de adil bir şekilde temsil edildiğinden söz edilemese ve büyük illerdeki baroların delege sayıları itibariyle ölçsüz bir temsil gücüne sahip kılındıkları görülse de, dava konusu kural baroların TBB Genel Kurulunda adil bir şekilde temsil edilmesi bakımından gözetilmesi gereken makul dengeyi bu defa üye sayısı fazla olan baroların aleyhine orantısız şekilde bozmuştur.

Bu sebeple baroların TBB Genel Kurulunda üye sayılarına göre temsil edilmesi amacıyla getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğu söylenemeyeceğinden, 1136 sayılı Kanunun 114. maddesinin değişik üçüncü fıkrası ölçülülük ve demokratik hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamakta ve Anayasanın 2. maddesi ile 135. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

3. TBB Genel Kurulu olağanüstü toplantılarında seçim yapılamayacağını hükme bağlayan kurala ilişkin red kararının gerekçesinde; kuralın kamu yararı amacıyla ihdas edildiği ve yönetimde istikrarı sağlamayı amaçladığı, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralın demokratik hukuk devleti ilkesini ve söz konusu amaç bakımından ölçülülük ilkesini zedeleyen veya meslek kuruluşlarının özerkliğini ortadan kaldıran bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Anayasanın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında seçileceği belirtilerek bu kuruluşlara idarî özerklik tanınmıştır. Bu tercihin en önemli nedeni, faaliyetlerin kamu yararına en uygun şekilde yürütülmesini teminat altına almaktır.

Diğer yetkilerin yanında, merkezî idareden bağımsız olarak karar ve icra organlarını seçebilme yetkisini de içeren bu özerklik barolar ve TBB için de geçerlidir ve söz konusu seçimler -kararda da belirtildiği gibi- bu

meslek kuruluşlarının yöneticilerinin denetimi bakımından da en önemli araçlardan biridir.

Dava konusu kuralın, TBB organlarının görev süreleri içinde seçim baskısı altında olmadan görevlerini yerine getirebilmeleri amacıyla ihdas edildiği ve bu yönüyle yönetimde istikrarın sağlanması şeklinde bir meşru amaca dayandığı söylenebilirse de, Genel Kurulun olağanüstü toplantılarında seçim yapılamayacağının hükme bağlanması ve herhangi bir şarta bağlanmadan bu yetkinin mutlak olarak kaldırılması, Anayasanın mezkûr hükmünde tanınan seçme yetkisini belli bir süre kullanılamaz hâle getirmektedir.

Dolayısıyla 1136 sayılı Kanunun 115. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin, görev süresi boyunca yönetim kurulunun etkin bir şekilde denetiminin sağlanması açısından da büyük önemi bulunan seçim yoluyla denetleme imkânını ortadan kaldırdığı için demokratik hukuk devleti ilkesiyle ve yukarıda belirtilen sebeple meslek kuruluşlarının özerkliğiyle bağdaşmadığı açıktır. Bu nedenle kuralın, Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğunu düşünüyorum.

4. Bütün barolarda ve TBB’de görev sürelerine bakılmaksızın başkanlık ve yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile TBB delege seçimlerinin bu yıl içinde yapılmasını öngören kurala ilişkin red gerekçesinde; TBB Genel Kurulunun delege yapısında öngörülen değişikliklerin baroların ve TBB’nin seçim takvimlerinde de yeknesaklığın sağlanmasını gerektirdiği, bunun için mevcut başkanların ve yetkili kurulların üyelerinin görev sürelerine bakılmaksızın yeniden seçime gidilmesinde kamu yararı bulunmadığının söylenemeyeceği, seçim yetkisinin de yine anılan kuruluşlara ait olduğu, dolayısıyla kuralın Anayasanın 135. maddesine aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir.

Dava konusu geçici 23. maddede, tüm baroların ve TBB’nin başkanları ile yetkili kurullarının ve TBB delegelerinin görev sürelerine bakılmaksızın yeniden seçime gidilmesi ve söz konusu seçimlerin bu yılın Ekim ve Aralık aylarında yapılması öngörülmüştür.

Yukarıda (2) numaralı başlık altında da ifade edildiği üzere, Mahkememizin yerleşik içtihadına göre, bir kuruluşun organlarının belirlenmesinde seçime yer verilmesi hâlinde bu kuruluşun yönetim ve

işleyişinin de demokratik kurallara uygun olması; seçme hakkına sahip olanların iradelerinin -organlarda görev yapacak olanlarda olduğu gibi- görevden ayrılacak olanları belirlemede de esas alınması gerekir.

Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Bu organların görevlerine son verme yetkisi de, usulde ve yetkide paralellik ilkesine göre aynı esaslara tâbidir. Hukuk devleti ilkesi uyarınca, seçilenlerin görev süreleri dolmadan görevlerinin sonlandırılması -bir yargı kararı söz konusu değilse- ilke olarak bu organları seçenlerin iradesini gerektirir.

Bu itibarla, Anayasanın 2. ve 135. maddelerine göre, barolar ile bunların üst kuruluşu olan TBB'nin seçilmiş organlarının görev sürelerini tamamlamadan görevlerine son verme yetkisi -yargı kararının söz konusu olduğu durumlar dışında- kendi üyelerine aittir. TBB ile baroların seçilmiş organlarının görev süreleri dolmadan geçici bir kanun hükmüyle görevlerine son verilmesi, Anayasanın, bu kuruluşlara idarî özerklik tanıyan ve bunu sağlamak için organlarının kendi üyeleri tarafından seçilmesini öngören 135. maddesiyle de demokratik hukuk devleti ilkesini teminat altına alan 2. maddesiyle de bağdaşmaz.

Sonuç olarak, yukarıda dört başlık altında belirtilen kuralların Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmeleri gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun bu kurallara ilişkin red kararlarına katılmıyorum.

Üye
M. Emin Kuz

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 11/07/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'daki bazı maddelerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine açılan dava üzerine verilen karardaki üç madde ile ilgili Mahkememiz çoğunluk kanaatine aşağıdaki sıraladığım gerekçelerle katılmamaktayım:

2. İlk olarak, dava konusu Kanun'un 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'a üçüncü fıkra olarak eklenen "Baro genel kurullarınca ayrıca

her beşbin üye için birer delege seçilir.” hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu için iptali gerektiği kanaatindeyim.

3. Dava konusu kuralla getirilen yenilikle baroların üst kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliğinin en üst organı olan Genel Kurula üye sayısı beş bine kadar olan her bir baronun eşit biçimde göndereceği baro başkanı dahil dört delegeye ek olarak her bir baronun her beş bin üye için ek bir delege göndermesi hüküm altına alınmıştır.

4. Dava konusu değişiklik yapılmadan önceki durumda ise üye sayısı fazla olan baroların Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda daha güçlü bir şekilde temsiline imkan sağlayan oldukça farklı bir delege gönderme esas söz konusu idi. Dava konusu düzenleme ise bu durumu değiştirmiş, üye sayısı fazla olan baroların Genel Kuruldaki temsili eskiye göre önemli ölçüde azaltmıştır.

5. Önceki temsil oranını dikkate alarak dava konusu kuralın Anayasa’ya uygunluğunu denetlemenin hukuken mümkün olamayacağını öncelikle ifade etmek gerekir. Bu nedenle burada gerçekleştirilecek denetimde “Baro genel kurullarınca ayrıca her beş bin üye için birer delege seçilir” kuralının Anayasa’ya uygun olup olmadığını bu konudaki önceki düzenlemeyi dikkate almadan değerlendirmek gerekir.

6. Çoğunluk kararında özellikle çok fazla üyesi bulunan baroların üye sayılarına göre Genel Kurulda temsil edilmelerinin bu baroların Türkiye Barolar Birliği ile özdeşleşmeleri sonucunu doğurabileceği, dolayısıyla baroların Genel Kurulda dengeli bir şekilde temsil edilmesi sağlandıktan sonra üye sayısı fazla olan baroların Genel Kurulda hangi oranda temsil edileceğini belirleme yetkisinin kanun koyucuya ait olduğu ve baroların Genel Kurula göndereceği üçer delegeye ek olarak dava konusu kural ile her beş bin üye için birer delege daha seçmesinin baroların Genel Kurulda adil bir şekilde temsili bakımından demokratik hukuk devletini ve bu bağlamda ölçülülük ilkesini ihlal eden bir yönünün bulunmadığı ifade edilmektedir (§§ 83, 86).

7. Bu görüşe katılmak imkansızdır. Her ne kadar baroların birer meslek kuruluşu olarak ayrı kamu tüzelkişilikleri varsa ve ülkenin farklı yerlerindeki baroların yine ayrı bir kamu tüzel kişiliğine sahip üst kuruluş olan Türkiye Barolar Birliğinin en üst organı olan Genel Kurula bu özellikleri de dikkate alınarak katılması imkanı sağlanıyorsa da kanun

koyucunun Genel Kurulun oluşumunu baroların temsil ettiği avukat sayısını da dikkate alarak düzenlemesinin Anayasal bir zorunluluk olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.

8. Dava konusu kuralı esas alan yeni oluşuma göre 4999 üye ile temsil edilen bir il barosu Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda baro başkanı dahil dört delege ile temsil edilecekken 9999 üyeye sahip bir baro Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda baro başkanı dahil beş delege ile temsil edilecektir. Kaldı ki Türkiye’de üye sayısı beş binin altında olan barolar içerisinde toplam üye sayısı yüzün altında kalan baroların da bulunduğu dikkate alındığında kuraldaki orantısızlığın daha bariz biçimde ortaya çıktığı fark edilebilecektir. Söz gelimi yüz üyeden az avukatın bulunduğu bir il barosu Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda baro başkanı dahil dört delege ile temsil edilecekken 9999 avukata sahip bir diğer il barosu Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda baro başkanı dahil beş üye ile temsil edilecektir. Bu nedenle dava konusu kural, Anayasa’nın ikinci maddesindeki demokratik devlet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

9. Burada elbette ki dava konusu düzenlemenin, üye sayısı çok az olan illere nazaran üye sayısı fazla olan barolara Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunda daha yüksek sayı ile temsil imkanını sağlamayı hedeflediğinden, elverişli ve gerekli bir düzenleme yapmadığı söylenemez.

10. Bununla birlikte üye sayısı olarak her beş bin fazla üyeye sadece bir fazla delege ile Genel Kurulda temsil imkanını veren düzenlemenin baroların sahip olduğu farklı özelliklerini de dikkate alarak üst meslek birliklerinin genel kurulunda bu farklılıklarıyla birlikte temsilini sağlamak bakımından orantılı olduğunu söyleyebilmek zordur. Bu bağlamda kanun koyucunun yeni temsili belirlerken üye sayısından kaynaklanan farklılıkları da dikkate alarak daha orantılı bir temsil imkanı öngörmesinin ölçülülük ilkesinin bir gereği olduğu açıktır. Oysa iptali talep edilen kuraldaki orantısızlığın bariz olduğu göze çarpmaktadır.

11. Dolayısıyla yukarıda açıklanan gerekçelerde de ifade edilmeye çalışıldığı üzere dava konusu düzenlemenin öngörülen amaca ulaşma noktasında “orantılı” kabul edilmesi mümkün gözükmediği için demokratik hukuk devletindeki ölçülülük ilkesi ile uyumlu olduğu söylenemez. Anayasa’nın 2. ve 135. maddesi ile çeliştiğinden söz konusu düzenlemenin iptali gerekmektedir.

12. İkinci olarak, Avukatlık Kanunu'nun 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ile Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunun olağanüstü toplantılarında seçim yapılamayacağı esası getirilmiştir.

13. Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu avukatlarla ilgili mesleki üst kuruluşun en yüksek organı olup Birlik yönetim, disiplin ve denetim kurulları üyeleri ile Birlik başkanını seçmek, kuruluş amacı içindeki işlere dair hazırlanan raporları ve gündemdeki maddeleri görüşüp karara bağlamak, Birlik Yönetim Kuruluna talimat vermek, Birliğin hesaplarını incelemek, bütçesini onaylamak, Birlik Yönetim Kurulunun çalışmalarından dolayı ibrası hakkında karar vermek, yerli ve yabancı kongrelere gidecek delegeleri seçmek, adaleti ve mesleği ilgilendiren işler hakkında teklifte bulunmak, uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit etmek, baroların birlik adına avukatlardan tahsil edeceği keseneğin miktarını her avukat için yıllık baro keseneğinin yarısından fazla olmamak üzere tespit etmek, birlik başkanı, başkan yardımcıları, genel sekreteri ve saymanının ücretleri ile yönetim, disiplin ve denetim kurulları üyelerine verilecek huzur hakları miktarını ve ödenme şeklini belli etmek gibi önemli görevleri yerine getiren bir karar organı konumundadır (madde: 117).

14. Türkiye Barolar Birliğinin en yüksek organı olan Genel Kurulun olağanüstü toplantılarında seçim yapılmasını engelleyen kuralın bu üst meslek kuruluşunun özerkliği ile doğrudan ilgili olduğu açıktır.

15. Anayasa'nın 135. maddesinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının kanunla kurulan ve organları kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında seçilen kamu tüzel kişilikleri olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralla getirilen bu düzenlemenin Türkiye Barolar Birliğinin özerkliğine bir müdahalede bulunduğu görülmektedir.

16. Türkiye Barolar Birliğinin en yüksek organı olan Genel Kurulun yirmi beş baronun çağrısıyla olağanüstü toplantıya çağırılması durumunda bu olağanüstü toplantıda seçim yapılamaması bu meslek kuruluşunun özerkliği ile çelişmektedir.

17. 1136 sayılı Kanun'da Barolar Birliğinin organlarının seçimi ile ilgili temel hususlar açıkça düzenlenmiştir. Buna rağmen Birliğin en yüksek organı olan Genel Kurulun olağanüstü toplantılarında seçim

yapılamayacağına ilişkin kural, Birliğin organlarının seçim yolu ile belirlenmesi ya da denetimi şeklindeki işlevini olağanüstü toplantılarda kategorik olarak ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırılık taşımaktadır. Bu nedenle de bahse konu hükmün iptali gerekir.

18. Üçüncü olarak, dava konusu geçici 23. madde görev sürelerine bakılmaksızın tüm barolarda baro başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri ile Türkiye Barolar Birliği delege seçimlerinin 2020 yılı Ekim ayının ilk haftasında ve Birlik Başkanlığı, yönetim, disiplin ve denetleme kurulu üyelikleri seçimlerinin ise 2020 yılı Aralık ayı içinde yapılmasını öngörmektedir.

19. Dava konusu kuralın değişiklik gerekçesi olarak mevcut hükümlere göre baroların kurulduğu yıllar sebebiyle baro genel kurullarının tekli veya çiftli yıllarda yapılabilirdiği, bu durumun TBB'ye farklı yıllarda delege gönderilmesine neden olduğu, ayrıca aynı ilde birden fazla baronun kurulması halinde tüm il barolarının genel kurullarının, baroların kuruluş tarihine bakılmaksızın belirli bir düzen içinde ve aynı tarihlerde yapılmasının amaçlandığı ifade edilmiştir.

20. Dava konusu kuralla barolar yanında Türkiye Barolar Birliğinin olağan toplantı tarihinde de değişikliğe gidilerek Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulunun baro seçimlerinin yapıldığı yılın Aralık ayında, Ankara'da olağan toplantısını yapacağı öngörülmüştür.

21. Anayasa'nın 135. maddesinde meslek kuruluşları ile bunların üst kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda belirlenen usule göre seçileceği öngörülmüştür. Kendilerine ait ayrı kamu tüzel kişilikleri bulunan bu kuruluşların organlarının görevlerine son verme yetkisinin de bu kuruluşların özerkliği gereği kendi organlarına ait olması gerekmektedir. Ek olarak Anayasa'nın 135. maddesinin amir hükmü gereğince amaçları dışında faaliyette bulunmaları halinde yargı kararı ile de bunların görevlerine son verilebilir (madde: 135/6). Bunun dışında kanun koyucunun bu alana müdahale ederek meslek kuruluşlarının organlarının görevine son vermesi Anayasa'nın 135. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

22. Çoğunluk kararında ise Anayasa'nın 135. maddesindeki bu hususa ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olup, dava konusu kuralla Türkiye Barolar Birliği ve barolarda mevcut başkan ve yetkili kurulları

üyelerinin görev sürelerine bakılmaksızın yeniden seçime gidilmesinin bu kuruluşların gerek yapılarında ve gerekse de seçim takvimlerindeki değişikliklerden kaynaklanmakta olup kuralın kamu yararı amacına aykırı olduğunun söylenemeyeceği değerlendirmesine yer verilmiştir (§ 127). Oysa eksiksiz bir Anayasaya uygunluk denetiminde dava konusu kuralın Anayasa'nın 135. maddesinin yukarıda zikredilen hükümlerine neden aykırı olmadığının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

23. Ek olarak çoğunluk kararındaki “Öte yandan kuralla baro ve TTB seçimlerinin 2020 yılı Ekim ve Aralık aylarında yapılması öngörülmekte olup adı geçen meslek kuruluşlarının yetkili kurullarının seçimle göreve gelmesinin ortadan kaldırılması gibi bir durum söz konusu değildir” (§ 128) şeklindeki gerekçeye de katılmak mümkün değildir.

24. Zira dava konusu hüküm ile görev süresi henüz dolmamış olan bazı baroların başkanlarının ve yetkili kurullarının görev süresi 2020 Ekim ayında sona ermektedir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi organlarını kendi meslek mensuplarının belirlemesi sahip oldukları idari özerkliğin bir gereğidir.

25. Yukarıda sıralanan gerekçelerle 11/07/2020 tarihli ve 7249 sayılı Avukatlık Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 114. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının, 19. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'un 115. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve 22. maddesiyle 1136 sayılı Kanun'a eklenen geçici 23. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatinde olduğum için çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2016/144
Karar Sayısı : 2020/75
Karar Tarihi : 10/12/2020
R.G. Tarih-Sayısı : 1/10/2021-31615

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür ÖZEL ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Yok hükmünde olduğunun tespitine,

B. Şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptaline,

C. 1. 1. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 9. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraların,

2. 3. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...on beşi..." ibaresinin "...dokuzu...", "...ikisi..." ibaresinin "...biri..." ve "...on yedi..." ibaresinin "...on..." şeklinde değiştirilmesinin,

3. 5. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "...yirmi beş,..." ibaresinin "...on beş,..." ve "...onüçtür." ibaresinin "...on birdir." şeklinde değiştirilmesinin,

4. 6. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine eklenen ikinci cümlelerin,

5. 7. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, On dördüncü, On beşinci ve On altıncı..." ibaresinin "...Dokuzuncu ve Onuncu..." şeklinde değiştirilmesinin,

6. 8. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 41. maddesinde yer alan "...Birinci ve On yedinci daireler ile..." ibaresinin "...Birinci Daire ve..." şeklinde değiştirilmesinin,

7. 9. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un;

a. 42. maddesinin başlığının "*Birinci Dairenin görevleri*",

b. 42. maddesinde yer alan "*Birinci ve On yedinci daireler:*" ibaresinin "*Birinci Daire:*",

şeklinde değiştirilmesinin,

8. 10. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının,

9. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin,

10. 15. maddesiyle 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "...yirmi üç..." ibarelerinin "...on iki..." şeklinde değiştirilmesinin,

11. 16. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

a. İkinci fıkrasında yer alan "...beş..." ibaresinin "...üç...", "...beşten..." ibaresinin "...üçten..." ve "...daire sayısının en az iki katı..." ibaresinin "...her daireden en az bir..." şeklinde değiştirilmesinin,

b. İkinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

c. Üçüncü fıkrasında yer alan "...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin..." ibaresinin madde metninden çıkarılmasının,

12. 17. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraların,

13. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin,

14. 23. maddesiyle 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yazılı sınavda..." ibaresinin "...yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde..." şeklinde değiştirilmesinin,

15. 27. maddesiyle 23/7/2003 tarihli ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun;

a. 28. maddesine eklenen sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci, on ikinci ve on üçüncü fıkraların,

b. 28. maddesinin değiştirilen on dördüncü ve on beşinci fıkralarının,

16. 29. maddesiyle 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 15. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

17. 30. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'un 21. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasının,

18. 31. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddenin,

19. 32. maddesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a. 133. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen "...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin..." ibaresinin;

b. 133. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 13., 35., 36., 37., 38., 90., 125., 138., 139., 140., 141., 154. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 1. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraların eklendiği 9. maddesi şöyledir:

"Üye seçimi

Madde 9- 1. Danıştayda boşalan üyeliklerin dörtte üçü idari yargı hakim ve savcılığından, dörtte biri ise diğer görevliler arasından seçilir.

2. İdari yargı hakim ve savcıları, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; diğer görevlerde bulunanlar ise, Cumhurbaşkanınca Danıştay üyeliğine seçilirler.

3. (Ek: 1/7/2016- 6723/1 md.) *Danıştay üyeleri on iki yıl için seçilir. Bir kimse iki defa Danıştay üyesi seçilemez.*

4. (Ek: 1/7/2016-6723/1 md.) *Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Danıştay üyeliğine seçilip görev süresi sona erenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından, idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır.*

5. (Ek: 1/7/2016- 6723/1 md.) *Cumhurbaşkanı tarafından Danıştay üyeliğine seçilip idari yargıda bir göreve atanmak isteyenler, görev sürelerinin bitiminden bir ay öncesine kadar, idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunur. Talepte bulunanlar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır. Talepte bulunmayanlar, başka bir göreve atanmak üzere Danıştay Başkanlığı tarafından Başbakanlığa bildirilir.*

6. (Ek: 1/7/2016-6723/1 md.) *Görevi sona eren üyelerin Danıştay ile ilişkileri kesilir; ancak atamaları gerçekleşinceye kadar, özlük hakları Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunur.*

7. (Değişik: 27/6/2013-6494/5 md.) *Danıştayda boşalan üye sayısı dördü bulunca, dördüncü üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde durum Danıştay Başkanlığınca, boşalan üyeliklerin idare veya vergi dairesi üyeliği olduğu da belirtilmek suretiyle, Cumhurbaşkanlığına ve Adalet Bakanlığına duyurulur.*

8. *Cumhurbaşkanı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu duyurudan sonra en geç iki ay içinde seçim yapılır."*

2. 3. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinin ibare değişikliği yapılan (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Daireler

Madde 13- 1. (Değişik: 9/2/2011-6110/1 md.) Danıştay; dokuzu dava, biri idari daire olmak üzere on daireden oluşur."

3. 5. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un (3) numaralı fıkrasında ibare değişikliği yapılan 17. maddesi şöyledir:

"İdari ve vergi dava daireleri kurulları

Madde 17- (Değişik: 2/6/2004-5183/3 md.)

1. (Değişik: 2/12/2014-6572/12 md.) İdari Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkanları ile her idari dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen iki asıl ve iki yedek üyeden; Vergi Dava Daireleri Kurulu ise vergi dava dairelerinin başkanları ile her vergi dava dairesinden iki yıl için Başkanlık Kurulu tarafından görevlendirilen üç asıl ve üç yedek üyeden oluşur. İki yıllık süre sonunda Başkanlık Kurulunca, her iki kuruldaki üyelerin yarısı iki yıl süreyle yeniden görevlendirilirken, diğer yarısı kurullarda daha önce görevlendirilmeyen üyeler arasından yenilenir. Kurullarda görevlendirilen asıl üyeler, üst üste en fazla iki dönem görevlendirilebilir. Asıl üyenin görevini geçici olarak yerine getirememesi durumunda ilgili daireden, zorunlu hallerde diğer dairelerden görevlendirilen yedek üye kurul toplantılarına katılır. Kurulların asıl veya yedek üyeliklerinde boşalma olması hâlinde Başkanlık Kurulu tarafından yedi gün içinde, kalan süreyi tamamlamak üzere yeni üye görevlendirilir.

2. Dava daireleri kurullarına Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri; bunların yokluğunda daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık eder.

3. (Değişik: 9/2/2011-6110/2 md.) Toplantı ve görüşme yeter sayısı İdari Dava Daireleri Kurulu için **on beş**, Vergi Dava Daireleri Kurulu için ise **on birdir**. İdari dava daireleri ile vergi dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak verdikleri kararların temyiz veya itiraz yoluyla incelenmesinde ve iki dava dairesinin birlikte yapacağı toplantıda verilen kararların incelenmesinde, bu dairelerde karara katılmış olanlar idari ve vergi dava daireleri kurullarında bulunamazlar.

4. Bu toplantılarda hazır bulunanlar çift sayıda olursa en kıdemsiz üye kurula katılamaz.

5. Bu kurullarda kararlar oyçokluğu ile verilir.

6. Her kurula yeteri kadar tetkik hakimi verilir. Ayrıca bir yazı işleri müdürlüğü bulunur.”

4. 6. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un (a) bendine ikinci cümlenin eklendiği 23. maddesi şöyledir:

“Danıştayın görevleri

Madde 23- Danıştay:

a) (Değişik: 22/3/1990 - 3619/3 md.) İdare Mahkemeleri ile vergi mahkemelerinden verilen kararlar ve ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda

görülen davalarla ilgili kararlara karşı temyiz istemlerini inceler ve karara bağlar. (Ek cümle: 1/7/2016 – 6723/6 md.) **Danıştayın temyiz mercii olarak görevi, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlıdır.**

b) Bu Kanunda yazılı idari davaları ilk ve son derece mahkemesi olarak karara bağlar.

c) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

d) (Değişik:18/12/1999-4492/1 md.) (...) kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirir.

e) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

f) Bu Kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yapar.”

5. 7. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 26. maddesinin ibare değişikliği yapılan birinci fıkrası şöyledir:

“(Değişik birinci fıkra : 9/2/2011-6110/3 md.) İdari uyuşmazlıklar ve davalar; İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu ve Onuncu daireler ile idari ve vergi dava daireleri kurullarında incelenir ve karara bağlanır.”

6. 8. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un ibare değişikliği yapılan 41. maddesi şöyledir:

“İdari işlerde görev

Madde 41- (Değişik:2/6/2004 – 5183/11 md.)

İdari işlere ilişkin idari uyuşmazlıklar ve görevler **Birinci Daire** ve İdari İşler Kurulunda görülür.”

7. 9. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un madde başlığı değiştirilen ve birinci fıkrasında ibare değişikliği yapılan 42. maddesi şöyledir:

“**Birinci Dairenin görevleri**

Madde 42- **Birinci Daire:**

a) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

b) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

c) (Değişik:18/12/1999-4492/3 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini,

d) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

e) Kanunlarında Danıştay'dan alınacağı yazılı bulunan düşüncelere ilişkin istekleri,

f) (Mülga: 2/7/2018 – KHK-703/184 md.)

g) 6830 sayılı İstihlak Kanununun otuzuncu maddesinin uygulanmasından çıkan uyumsuzlukları,

h) İdarei Umumiyei Vilayat Kanunu Muvakkatı gereğince doğrudan doğruya veya itiraz yoluyla Danıştay'a verilen işleri,

ı) Belediye Kanunu ile Danıştay'a verilip idari davaya konu olmayan işleri,

j) Derneklerin, kamu yararına çalışan derneklerden sayılabilmesi için yapılacak teklifleri,

k) (Değişik: 2/6/2004 – 5183/11 md.) Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yargılanmalarına ilişkin mevzuat uyarınca görülecek işleri,

İnceler ve gereğine göre karara bağlar veya düşüncesini bildirir.”

8. 10. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un (2) numaralı fıkrası yeniden düzenlenen 52/A maddesi şöyledir:

“Başkanlık Kurulunun görevleri

Madde 52/A– (Ek: 8/8/2011-KHK-650/8 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 18/7/2012 tarihli ve E.: 2011/113 K.: 2012/108 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 27/6/2013-6494/14 md.; Değişik: 2/12/2014-6572/18 md.)

1. Başkanlık Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Üyelerin görev yerlerini, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak belirlemek.

b) Zorunlu hâllerde daire başkanı ve üyelerin dairelerini değiştirmek.

c) Danıştay tetkik hâkimlerinin çalışacakları daireleri, kurulları ve görecekları işleri belli etmek ve gerektiğinde yerlerini değiştirmek.

d) Daireler arasında iş bölümünü belirlemek.

e) Yetkili merciin neresi olduğu belirtilmemiş olan yönetim işlerini belli etmek veya bu işleri yapmak.

f) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

2. (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 10/2/2016 tarihli ve E.: 2015/18, K.: 2016/12 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 1/7/2016-6723/10 md.) Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebilir. Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz."

9. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. madde şöyledir:

"Geçici Madde 27- (Ek: 1/7/2016-6723/12 md.)

1. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin üyelikleri sona erer. Ancak vekalet edenler hariç olmak üzere bu tarih itibarıyla Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Danıştay üyelikleri devam eder.

2. Birinci fıkra uyarınca üyelikleri sona erenlerden;

a) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilenler arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca,

b) Cumhurbaşkanı tarafından seçilenler arasından Cumhurbaşkanınca,

bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, bu maddenin üçüncü fıkrasındaki kadro sayısı dikkate alınmak suretiyle Danıştay üyesi seçimi yapılır.

3. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay meslek mensuplarının kadro sayısı yüz on altıdır. Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam edenler, kadro sayısında dikkate alınır.

4. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla üçüncü fıkrada belirtilen kadro sayısını aşan üye kadroları herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

5. İkinci fıkranın (a) bendi hükmü kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır.

6. İkinci fıkranın (b) bendi hükmü kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenlerden, ikinci fıkra uyarınca yapılan seçim tarihinden itibaren beş gün içinde idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunanlar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından takip eden beş gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır. Talepte bulunmayanlar ise başka bir göreve atanmak üzere Başbakanlığa bildirilir.

7. Altıncı fıkranın son cümlesi uyarınca atananlar, Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam ederler. Üyelikleri sona erenlerin, seçim veya atamaları yapılmaya kadar, özlük hakları Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunur.

8. Danıştay üyelerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asıl üyeliği devam edenler, bu görevlerinin bitmesine üç ay kala ilgisine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu veya Cumhurbaşkanı tarafından yeniden Danıştay üyeliğine seçilebilirler. Yeniden seçilenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona ermesinden itibaren on iki yıl görev yaparlar. Yeniden seçilmeyenler hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona erdiği tarihten itibaren ilgisine göre beşinci ve altıncı fıkra hükümleri uygulanır. Ancak idari yargıda bir göreve atanacaklar bakımından, 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 28 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmü uygulanır.

9. Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyeler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki yıl görev yaparlar. Bu üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevleri, bu görevlerinin süresi bitene kadar devam eder. Ancak, İdari Dava Daireleri Kurulunda görevi devam eden üye sayısının on dörtten fazla olması hâlinde, üyelerden hangilerinin görevlerine devam edeceği Başkanlık Kurulunca belirlenir.

10. Seçilmeyen üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevler de bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sona erer. Bu görevler için ikinci fıkra uyarınca yapılan seçimlerin tamamlanmasından itibaren on gün içinde atama veya seçim yapılır.

11. Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyelerin daha önce Danıştay üyesi olarak çalıştıkları süreler üyelik kıdeminde dikkate alınır.

12. Başkanlık Kurulu, ikinci fıkra uyarınca yapılan seçimlerin tamamlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Danıştay üyelerinin hangi dairelerde görev yapacağını yeniden belirler.

13. Başkanlık Kurulu, iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını 13 üncü maddede öngörülen daire sayısına indirir. Ancak bu daireler, Başkanlık Kurulunca kapatılıncaya kadar görevlerine devam ederler.

14. Başkanlık Kurulu, on üçüncü fıkra uyarınca yapılan her daire kapatma işleminden sonra iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak daireler arasındaki iş bölümünü yeniden belirler. Buna ilişkin karar derhâl Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinden itibaren on gün sonra uygulanmaya başlanır.

15. Başkanlık Kurulu, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak kapatılan dairelerde görev yapan daire başkanı, üye ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağını belirler. Dairelerde görev verilmeyen daire başkanları, başkanlık süresinin bitimine kadar Danıştay Başkanlığı nezdinde görev yapar. Başkanlık görev süresi Danıştay Başkanlığı nezdinde sona erenlerin veya başka bir daireye başkan olarak görevlendirilenlerin daire başkanlığı kadroları, başka bir işleme gerek kalmaksızın üye kadrosuna dönüşür.

16. İş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dava dosyaları ayrıca bir karar verilmesine yer olmaksızın listeye bağlanmak suretiyle mevcut hâlleriyle ilgili daireye devredilir.

17. Danıştay meslek mensupları kadro sayısı doksana düşünceye kadar, boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılır. Seçim yapılmayan üye kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Kadro sayısı doksana düşünceye kadar 9 uncu maddeye göre yapılacak duyuru, sekizinci üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde yapılır."

10. 15. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un ibare değişikliği yapılan 5. maddesi şöyledir:

"Daireler:

Madde 5- (Değişik: 2/12/2014-6572/21 md.)

*Yargıtayda **on iki** hukuk, **on iki** ceza dairesi ve her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üye bulunur."*

11. 16. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasında ibare değişikliği yapılan, anılan fıkraya ikinci cümlelerin eklendiği ve üçüncü fıkrasında yer alan "...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin..." ibaresinin madde metninden çıkarıldığı 7. maddesi şöyledir:

"Hukuk ve Ceza Genel Kurulları:

Madde 7- Hukuk Genel Kurulu, hukuk dairelerinin başkan ve üyelerinden; Ceza Genel Kurulu, ceza dairelerinin başkan ve üyelerinden oluşur.

*Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının içtihadı birleştirme toplantılarında; bu kurullara bağlı dairelerin her birinin mevcudu **üç** itibar edilerek toplamının en az üçte ikisi kadar üyenin, diğer toplantılarında, işi görüşme konusu olan daireden **üçten fazla** üyenin katılmaması koşuluyla bu kurullara bağlı **her daireden en az bir üyenin** bulunması zorunludur. (Ek cümle: 1/7/2016- 6723/16 md.) **Genel kurul toplantısına katılan üye sayısının çift olması hâlinde, ilgili kurul başkanı tarafından belirlenecek daireden bir üye daha Kurula katılır.***

Toplantılarda daire başkanlarının en az yarısından fazlasının (...) bulunması zorunludur.

Ceza Genel Kurulunun içtihadı birleştirme toplantılarına ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili de katılır.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

İtiraz ettiği konularda görüşünü açıklamak, müzakere ve oya katılmamak koşuluyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili Ceza Genel Kuruluna bizzat katılabilir.

Hukuk ve Ceza Genel Kurullarındaki Başkanlar yeter sayısı, başkanların izinli veya özürlü olması halinde aynı dairenin kıdemli üyesi ile doldurulur.

Birinci Başkanın başkanlık etmediği veya bulunmadığı zamanlarda Hukuk Genel Kuruluna hukuk dairelerinden, Ceza Genel Kuruluna ise ceza dairelerinden seçilmiş olan başkanvekili başkanlık eder.

Birinci Başkanla belli kurulda onun yerini tutacak olan Birinci Başkanvekilinin bulunmaması halinde, diğer birinci başkanvekili, onun da bulunmaması halinde o toplantıya katılmış olan daire başkanlarından en kıdemlisi başkanlık görevini yapar.

İcra ve İflas Kanunundaki ceza hükümlerinin uygulanmasına ilişkin daire kararlarının Ceza Genel Kurulunda incelenmesi sırasında ilgili dairenin başkan ve en az bir üyesi de Ceza Genel Kuruluna katılır.

(Mülga onuncu fıkra: 2/1/2017-KHK-680/2 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/1 md.)”

12. 17. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’un ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraların eklendiği 29. maddesi şöyledir:

“Yargıtay Üyelerinin nitelikleri ve seçimi:

Madde 29- (Değişik birinci fıkra: 27/6/2013-6494/19 md.) Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından seçilir. (Mülga son cümle: 20/11/2017-KHK-696/46 md.; Aynen kabul: 1/2/2018- 7079/41 md.) (...)

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/17 md.) Yargıtay üyeleri on iki yıl için seçilir. Bir kimse iki defa Yargıtay üyesi seçilemez.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/17 md.) Görev süresi sona erenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından adli yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/17 md.) Görevi sona eren üyelerin Yargıtayla ilişkileri kesilir; ancak atamaları gerçekleşinceye kadar, özlük hakları Yargıtay tarafından karşılanmaya devam olunur.

Yargıtayda boşalan üyelikler yetkili kurula bildirilir.

Boş olan üyelik sayısı en çok onu bulunca onuncu üyeliğin boşaldığı tarihten başlamak üzere en geç iki ay içinde seçim yapılması zorunludur.

(Değişik dördüncü fıkra: 27/6/2013-6494/19 md.) Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu ihtiyaç durumunu, boşalan üyeliklerin ceza ve hukuk dairesi üyeliği olduğunu da belirtmek suretiyle, yetkili kurula duyurur.”

13. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’a eklenen geçici 15. madde şöyledir:

“Geçici Madde 15- (Ek: 1/7/2016 – 6723/22 md.)

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay üyelerinin üyelikleri sona erer. Ancak yeni seçim yapılıncaya kadar görevlerine devam eden eski başkanlar hariç olmak üzere, bu tarih itibarıyla Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekili, Cumhuriyet Başsavcivekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Yargıtay üyelikleri devam eder.

Birinci fıkra uyarınca üyelikleri sona eren Yargıtay üyeleri arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, üçüncü fıkradaki kadro sayısı dikkate alınmak suretiyle Yargıtay üyesi seçimi yapılır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay meslek mensuplarının (Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcivekili, daire başkanları ve üyeler) kadro sayısı üç yüz ondur. Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam edenler, kadro sayısında dikkate alınır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla üçüncü fıkrada belirtilen kadro sayısını aşan üye kadroları herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Yargıtay üyeliğine seçilmeyenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır.

Üyelikleri sona erenlerin, seçim veya atamaları yapılıncaya kadar, özlük hakları Yargıtay tarafından karşılanmaya devam olunur.

Yargıtay üyelerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asıl üyeliği devam edenler, bu görevlerinin bitmesine üç ay kala Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yeniden Yargıtay üyeliğine seçilebilirler. Yeniden seçilenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona ermesinden itibaren on iki yıl görev yaparlar. Yeniden seçilmeyenler ise, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliği sona erdikten sonra Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır. Ancak bu kişiler bakımından 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 28 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmü uygulanır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyeler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki yıl görev yaparlar. Bu üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevleri, bu görevlerinin süresi bitene kadar devam eder.

Seçilmeyen üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevler de bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sona erer. Bu görevler için ikinci fıkra uyarınca seçim yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde atama veya seçim yapılır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyelerin daha önce Yargıtay üyesi olarak çalıştıkları süreler üyelik kıdeminde dikkate alınır.

Birinci Başkanlık Kurulu, ikinci fıkra uyarınca yapılan seçimden itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Yargıtay üyelerinin hangi dairelerde görev yapacağını yeniden belirler.

Birinci Başkanlık Kurulu, iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını 5 inci maddede öngörülen daire sayısına indirir. Ancak bu daireler, Birinci Başkanlık Kurulunca kapatılıncaya kadar görevlerine devam ederler.

Birinci Başkanlık Kurulu, on ikinci fıkra uyarınca yapılan her daire kapatma işleminden sonra iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak daireler arasındaki iş bölümünü yeniden belirler. Buna ilişkin karar derhâl Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinden itibaren on gün sonra uygulanmaya başlanır.

Birinci Başkanlık Kurulu, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak kapatılan dairelerde görev yapan daire başkanı, üye ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağını belirler. Dairelerde görev verilmeyen daire başkanları, başkanlık süresinin bitimine kadar Yargıtay Birinci Başkanlığı nezdinde görev yapar. Başkanlık görev süresi Yargıtay Birinci Başkanlığı nezdinde sona erenlerin veya başka bir daireye başkan olarak görevlendirilenlerin daire başkanlığı kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın üye kadrosuna dönüşür.

İş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dava dosyaları ayrıca bir karar verilmesine yer olmaksızın listeye bağlanmak suretiyle mevcut hâllerıyla ilgili daireye devredilir.

Yargıtay meslek mensupları (Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, Birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcıvekili, daire başkanları ve üyeler) kadro sayısı iki yüze düşünceye kadar, boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılır. Seçim yapılmayan üye kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.”

14. 23. maddesiyle 2802 sayılı Kanun’un 13. maddesinin ibare değişikliği yapılan birinci fıkrası şöyledir:

“Meslek öncesi eğitim sonunda yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde başarılı olan ve mani hâli olmayan, erkekler için askerliğini yaptığını veya askerlikle ilişiği olmadığını belgeleyen adayların mesleğe kabullerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.”

15. 27. maddesiyle 4954 sayılı Kanun’un;

a. 28. maddesine eklenen sekizinci ila on üçüncü fıkralar şöyledir:

“(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Yazılı sınav, Akademide ders veren öğretim elemanları arasından Yönetim Kurulunca seçilen başkan ile dört asıl ve iki yedek üyeden oluşan yazılı sınav kurulu tarafından yapılır.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Sınav, yüz tam puan üzerinden değerlendirilir. Yapılan değerlendirmede en az yetmiş puan alanlar yazılı sınavda başarılı kabul edilir ve sözlü sınava alınır. Yazılı sınavda başarı gösteremeyenlere iki ay içinde bir sınav hakkı daha tanınır.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Sözlü sınav; Başkanın başkanlığında, Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel genel müdürleri ile Yönetim Kurulu tarafından Akademide ders veren öğretim elemanları arasından seçilen iki asıl ve bir yedek üyeden oluşan sözlü sınav kurulu tarafından yapılır.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Sözlü sınavda adayın;

- a) Eğitim konularına ilişkin bilgi düzeyi, mevzuat ve içtihat bilgisi,
- b) Mesleki yeterliliği, hukuki meseleleri kavrama, çözme ve ifade etme yeteneği,
- c) Özgüveni, temsil kabiliyeti ve davranışlarının mesleğe uygunluğu, değerlendirilir.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Sözlü sınav puanı, üyelerin on birinci fıkrada belirtilen hususları değerlendirerek yüz üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasıdır.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Eğitim sonunda başarılı sayılmak için, yazılı sınav puanının yüzde altmışı ile sözlü sınav puanının yüzde kırkının toplamının en az yetmiş olması şarttır."

b. 28. maddesinin değiştirilen on dördüncü ve on beşinci fıkraları şöyledir:

"(Değişik fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Eğitim sonunda başarılı sayılanların mesleğe kabulleri ile atanmaları 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümlerine göre yapılır. Eğitim sonunda yapılan sınavlarda başarı gösteremeyenler, talepleri hâlinde Bakanlıkça merkez veya taşra teşkilâtında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilir, aksi hâlde bunların adaylığına Bakanlıkça son verilir.

(Değişik fıkra: 1/7/2016-6723/27 md.) Yazılı ve sözlü sınava ilişkin diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir."

16. 29. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'un dördüncü fıkranın eklendiği 15. maddesi şöyledir:

“Ceza mahkemelerinin yargı çevresi

Madde 15- Ceza mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır.

Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh veya asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir ceza mahkemesinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, özel kanunlarında yargı çevresi belirtilmemiş olan diğer ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.

(Ek fıkra: 1/7/2016-6723/29 md.) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318 inci, 319 uncu, 324 üncü, 325 inci ve 332 nci maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlar sebebiyle açılan davalar, suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görülür.”

17. 30. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'un dördüncü fıkranın yeniden düzenlendiği 21. maddesi şöyledir:

“Cumhuriyet savcılarının yetkisi

Madde 21- Cumhuriyet savcıları, bulundukları il merkezi veya ilçenin idarî sınırları ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırları içerisinde yetkilidirler.

Ağır ceza mahkemesi ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin yargı çevresinde yer alan Cumhuriyet başsavcılıkları, yetki alanları içerisinde yürüttükleri bu mahkemelerin görevine giren suçlarla ilgili soruşturmaları yapar ve ivedi, zorunlu işlerin tamamlanmasından sonra düşünce yazısına soruşturma evrakını ekleyip ağır ceza mahkemesi veya özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin Cumhuriyet başsavcılığına gönderirler.

Büyükşehir belediye sınırları içerisinde bulunan Cumhuriyet başsavcıları, bu yer ceza mahkemelerinin yargı çevresinde yetkilidir. Ancak, büyükşehir belediye sınırları içerisinde yer alan ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemelerinin görevine giren işlerde yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.

(Mülga dördüncü fıkra: 11/5/2005-5348/4 md.; Yeniden düzenleme: 1/7/2016-6723/30 md.) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318 inci, 319 uncu, 324 üncü, 325 inci ve 332 nci maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlar sebebiyle açılan soruşturmalar suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan Cumhuriyet başsavcılığınca yürütülür. İl Cumhuriyet savcısı, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın kısmen veya tamamen yapılmasını isteyebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı zorunlu olan delilleri toplar ve gerekmesi hâlinde alınacak kararlar bakımından bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunur.

Diğer kanunların Cumhuriyet savcılarının yetkisine ilişkin hükümleri saklıdır.”

18. 31. maddesiyle 5235 sayılı Kanun’a eklenen geçici 6. madde şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 6- (Ek: 1/7/2016-6723/31 md.)

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318 inci, 319 uncu, 324 üncü, 325 inci ve 332 nci maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanunun kapsamına giren suçlar sebebiyle açılmış olan davalarda, bu Kanunla 15 inci maddeye eklenen hüküm uyarınca yetkisizlik kararı verilemez; bu davalara kesin hükümlle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakılmaya devam olunur. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu fıkra kapsamındaki suçlar nedeniyle başlatılmış soruşturmalarda da bu Kanunla 21 inci maddeye eklenen hüküm uyarınca yetkisizlik kararı verilemez.”

19. 32. maddesiyle 5271 sayılı Kanun’un ibarenin ve fıkranın eklendiği 133. maddesi şöyledir:

“Şirket yönetimi için kayyım tayini

Madde 133- (1) Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabilir. Atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin **ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin** tümüyle kayyıma verildiği açıkça belirtilir. Kayyım tayinine ilişkin karar, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunur.

(2) Hâkim veya mahkemenin kayyım hakkında takdir etmiş bulunduğu ücret, şirket bütçesinden karşılanır. Ancak, soruşturma veya kovuşturma konusu suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararının verilmesi halinde; ücret olarak şirket bütçesinden ödenen paranın tamamı, kanunî faiziyle birlikte Devlet Hazinesinden karşılanır.

(3) İlgililer, atanan kayyımın işlemlerine karşı, görevli mahkemeye 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 29.6.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre başvurabilirler.

(4) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

a) Türk Ceza Kanununda yer alan,

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
3. Parada sahtecilik (madde 197),
4. Fuhuş (madde 227),
5. Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),
6. Zimmet (madde 247),
7. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
8. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

9. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

Suçları,

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

c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçları,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,

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

(5) (Ek: 1/7/2016-6723/32 md.) **Bu madde uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davaları, 142 ila 144 üncü maddeler uyarınca Devlet aleyhine açılır. Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu eder."**

II. İLK İNCELEME

1. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında "İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur." kuralı yer almış, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 45. maddesinde de "İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu", "Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi", dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

2. 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrasında dava dilekçesinin 38. maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığının kayıt tarihinden itibaren on gün içinde inceleneceği, başvuru dilekçesindeki eksikliklerin varsa kararla saptanarak on beş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ olunacağı, aynı

maddenin (3) numaralı fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

3. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 2/8/2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava dilekçesinde, 6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinde belirtilen iptal davası açılmasında uyulması gereken esaslara uyulup uyulmadığı görüşülmüştür.

Dava dilekçesinin incelenmesinden 6723 sayılı Kanun'un;

1. 1. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen (4) numaralı fıkra ile (5) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri,

2. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin (3), (4), (5), (6), (8), (9), (10), (11), (12), (13), (14), (15), (16) ve (17) numaralı fıkraları,

3. 17. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen üçüncü fıkra,

4. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci, on ikinci, on üçüncü, on dördüncü, on beşinci ve on altıncı fıkraları,

5. 27. maddesiyle 4954 sayılı Kanun'un 28. maddesine eklenen sekizinci fıkra ve dokuzuncu fıkranın, fıkroda yer alan "...ve sözlü *sınava alınır.*" ibaresi dışında kalan bölümü ile değiştirilen on dördüncü ve on beşinci fıkraları,

6. 32. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesine eklenen (5) numaralı fıkra,

ile ilgili herhangi bir gerekçeye yer verilmediği saptanmıştır.

Açıklanan nedenlerle 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesi uyarınca İstanbul Milletvekili

Engin ALTAY, Ankara Milletvekili Levent GÖK, Manisa Milletvekili Özgür ÖZEL'e bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 30 (otuz) gün süre verilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

4. Anayasa Mahkemesinin 2/8/2016 tarihli ara kararında belirtilen eksikliklerin tamamlanması suretiyle verilen 5/9/2016 tarihli ek dilekçe üzerine İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 12/10/2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

5. Dava dilekçesi ve ek dilekçe, Raportör Evren ALTAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un Yok Hükmünde Olduğunun Tespiti Talebinin İncelenmesi

a) Yokluk Talebinin Gerekçesi

6. Dava dilekçesinde özetle;

- Bir kurala vücut veren iradenin mevcut olmamasının o kuralın yokluğu sonucuna yola açacağı, yasama işleminin yok sayılabilmesinin ancak ağır bir yetki gasbı hâlinde söz konusu olacağı, Anayasa Mahkemesi kararlarında da yasama işlemlerinin yok sayılabilmesinin ancak yetki ve görev gasbı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabileceğinin ifade edildiği, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak yargısal denetimi etkisiz bırakacak şekilde yasal düzenleme yapılmasının *tipik ve ağır bir yetki gasbı* olduğu, hâkimlerin görevine son verilmesine ilişkin yasal düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesince verilecek olası yürürlüğün durdurulması ve iptal kararının etkisiz kılınması amacının güdüldüğü,

- Bir hukuki işlemin yetki unsuru bakımından geçerli sayılabilmesi için yetkili organ tarafından tesis edilmesinin yanı sıra söz konusu yetkinin Anayasa'nın çizdiği alan içinde ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılması gerektiği, dava konusu Kanun'la yapılan düzenlemelerde bu sınırın aşılması ve saptırılarak kullanıldığı, Anayasa değişikliği ile yapılabilecek bir düzenlemenin kanunla yapılmasının hukuk devleti ilkesi ile kuvvetler ayrılığı prensibine aykırılık oluşturduğu,

- Anayasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) kamu yararını sağlamak üzere yasama yetkisinin verildiği, bu yetkinin öznel amaçları gerçekleştirmek için kullanılması hâlinde yetki saptırmasının söz konusu olacağı ve yetki saptırmasının da işlemin yoklukla malul olması sonucuna yol açacağı, siyasal bir amaca yönelik olan ve yüksek yargıların görevlerine devam edip edememelerine neden olacak düzenlemenin yüksek yargıların sahip olduğu anayasal güvencelere ve yargı bağımsızlığına aykırı olduğu, toplumda hukuka duyulan güveni olumsuz etkileyecek olması nedeniyle toplumsal huzur ve barışı da etkileyecek nitelik taşıdığı, kamu yararı amacı olmaksızın gizli bir gündemle TBMM'nin yetkili olmadığı bir alanda yetki gasbında bulunmak suretiyle çıkarıldığı,

belirtilerek dava konusu Kanun'un tümünün öncelikle *yok hükmünde* olduğunun tespiti karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

b) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. Anayasa'nın 87. maddesinde kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, TBMM'nin görev ve yetkileri arasında sayılmış; 89. maddesinde de Cumhurbaşkanı'nın TBMM'ce kabul edilen kanunları on beş gün içinde yayımlayacağı, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları ise bir daha görüşülmek üzere aynı süre içinde TBMM'ye geri göndereceği belirtilmiştir.

8. Kanun tekliflerinin TBMM'de görüşülerek kabul edilmesi, söz konusu teklifin kanunlaşması sonucunu doğurmakta, bir başka deyişle TBMM'nin teklifin kabulü yönündeki iradesi, kanunun varlık kazanması için gerekli ve yeterli bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın bir kanunu yayımlaması, TBMM'nin bu yöndeki kabulü ile vücut bulan kanuna yeniden varlık sağlamadığı gibi bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri göndermesi de kanunun varlığını ortadan kaldırmamaktadır. Belirtilen nedenle, Cumhurbaşkanı'nın kanunu yayımlama iradesi ve

kanunun Resmî Gazete’de yayımlanması kanunun aleniyet kazanması ve yürürlüğe girmesi bakımından önem taşımaktadır.

9. Bir normun yokluğu, hukuk dünyasında hiç doğmamış olduğunun ifadesidir. Normun varlığı ise o normun yürürlüğe girmesine ve uygulanmasına bağlı bulunmamaktadır. *Varlık*, *yürürlük* ve *uygulanma* kavramları birbirinden farklı olup *varlık*, bir normun hukuk âleminde vücut bulmasını ifade etmektedir. Kanunlar bakımından *yokluk*, parlamento iradesinin bulunmaması gibi durumlarda; başka bir ifadeyle bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı takdirde söz konusu olabilecektir.

10. Yokluktan farklı olan hukuka aykırılık hâli ise hukuk âleminde var olan normun hukukun öngördüğü usul ve esaslar çerçevesinde çıkarılmaması anlamını taşımaktadır. Hukuka aykırılık hâli ne kadar ağır ve açık olursa olsun bir normun hukuka aykırı olması, zorunlu koşullarının bulunması suretiyle var olan o normun yokluğu sonucunu doğurmaz. Bu nedenle kanunların veya kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesi gereken hususlarda Anayasa’ya aykırılığının tespiti, ilgili kanun veya kanun hükümlerinin yokluğunu değil iptalini gerekli kılar.

11. Dava dilekçesinde Kanun’un Anayasa’ya aykırılığı yolunda ileri sürülen hususlar ile Kanun’da yer alan düzenlemelerin niteliği, Kanun’un varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden söz konusu kuralların Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında incelenmesini ve bu inceleme neticesinde varılacak sonuca göre ilgili kuralın iptalini ya da iptal talebinin reddini gerekli kılmaktadır.

12. Açıklanan nedenlerle Kanun’un yok hükmünde olduğunun tespiti talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Kadir ÖZKAYA ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

B. Kanun’un Şekil Bakımından Anayasa’ya Aykırı Olduğu Gerekçesiyle İptali Talebinin İncelenmesi

a) İptal Talebinin Gerekçesi

13. Dava dilekçesinde özetle;

- Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen Anayasa Mahkemesinin

şekil denetimi yetkisinin özünde öncelikle *yetki* unsuru bakımından işlemi denetlemek yetkisinin saklı olduğu, teklif ve oylama çoğunluğuna ulaşıp ulaşılmadığının ancak hukuken geçerli bir işlem yönünden söz konusu olabileceği, *yetki* unsuru bakımından var olan sakatlığın işlemi *şekil* unsuru bakımından da sakatlayacağı, aksi düşüncenin *yasama yetkisinin saptırılması* ve *fonksiyon gasbı* sonuçlarına yol açacağı ve yargısal bir işlemin teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmak suretiyle TBMM tarafından kanun görünümünde yapılmasına ve şekil bakımından geçerli nitelik kazanmasına imkân tanıyabileceği, bu durumun ise *hukuk devleti* ve *kuvvetler ayrılığı* ilkeleri ile bağdaşmayacağı,

- Dava konusu Kanun'da yer alan düzenlemelerin Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin Anayasa'nın 2., 6., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı bir biçimde kullanılması suretiyle gerçekleştirildiği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olmaları dolayısıyla *yetki* unsuru bakımından yok hükmünde olan işlemlerin Anayasa'nın öngördüğü çoğunluklarla teklif ve kabul edilmiş olmalarının onlara geçerlilik kazandırmayacağı,

- Anayasa'nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun hukuksal geçerlilik kazanmasının mümkün olmadığı, Anayasa'nın Başlangıç kısmında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesi ile 2. maddede tarif edilen hukuk devleti ilkesine aykırılık taşıması nedeniyle Kanun'un teklif edilememe noktasında şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu,

belirtilerek Kanun'un tümünün *şekil bakımından* iptaline karar verilmesi talep edilmiştir.

b) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

14. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

15. Anayasa'nın anılan maddesinin gerekçesinde de Genel Kurul tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve “Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul

etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir iradi tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.” denilmiştir.

16. Anayasa’nın söz konusu maddesinin açık hükmü ve gerekçesi karşısında kanunların şekil bakımından denetiminde, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına ve bu suretle kanunların şekil bakımından denetimlerinin yapılabilmesine imkân bulunmamaktadır.

17. Anayasa’nın “Toplantı ve karar yeter sayısı” başlıklı 96. maddesinde, *“Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”* denilmektedir.

18. Kanun’un görüşülmesine ilişkin TBMM Genel Kurul tutanaklarının incelenmesinden Kanun tasarısının tümü üzerindeki oylamanın açık oylama yöntemiyle yapıldığı ve kullanılan 252 oyun 244’ünün kabul, 8’inin ret oyu olduğu ve son oylamanın Anayasa’nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşıldığından Anayasa’nın 148. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle Anayasa’da öngörülen çoğunlukla son oylamasının yapıldığı açık olan ve şekil bakımından Anayasa’ya aykırılığı iddiasına gerekçe olarak dava dilekçesinde gösterilen diğer hususlar yönünden incelenme imkânı bulunmayan Kanun, Anayasa’nın 148. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

C. Kanun’un Anayasa’ya Aykırılığı İleri Sürülen Kurallarının İncelenmesi

1. Genel Açıklama

20. Egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu belirtilen Anayasa’nın 6. maddesinde; Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı kabul edilmiştir. Egemenliğin tezahürü ise yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ile gerçekleşmekte olup bu fonksiyonlar yasama, yürütme ve yargı organlarınca yerine getirilmektedir. Anayasa’nın 7.

maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye ait olduğu ve devredilemeyeceği; 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; 9. maddesinde de yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilmiştir.

21. Yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı organlarca yerine getirilmesi olarak tanımlanan kuvvetler ayrımı, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü paragrafında ifade edildiği üzere devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamını taşımamakta olup belirli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ve bununla sınırlı medenî bir iş bölümü ve işbirliğinden ibaret bulunmaktadır.

22. Kuvvetler ayrımında, yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerin niteliği hükûmet sistemlerini belirlemekte iken tüm demokratik hükûmet sistemlerinde yargının, yasama ve yürütme karşısında bağımsızlığı kabul edilmektedir. Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kuralında, söz konusu bağımsızlık vurgulandığı gibi Anayasa'nın "Yargı" başlıklı bölümünde yer alan maddelerinde de bu husus ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

23. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinde, bağımsızlığın kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."

24. Anayasa'nın 139. maddesinde de mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin bir uzantısı olan hâkimlik ve savcılık teminatı düzenlenmiştir:

“Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

25. Anayasa’nın hâkimlik ve savcılık mesleğinin düzenlendiği 140. maddesinde de hâkimlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri belirtilmiş ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır:

“Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır.

Hâkim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışanlar, hâkimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tâbidirler. Bunlar, hâkimler ve savcılara ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hâkimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.”

26. *Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi*, yargının yasama ve yürütme başta olmak üzere her kişi ve kuruma karşı bağımsızlığını ifade etmektedir. Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddesi gereğince, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz, görülmekte olan bir dava hakkında yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak yasama organında görüşme yapılamaz ve beyanda bulunulamaz. Söz konusu bağımsızlık, yargılama fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilmesi amacını gütmekte ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, hukukun öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız ve özgürce karar verebilmesidir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılması amacını gütmektedir. Bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin en etkin güvencesidir.

27. Yargıya müdahale edilmesini yasaklayan ve bu yönüyle yargı dışındaki kişi ve kurumlara yönelik yasaklayıcı kurallar içeren *mahkemelerin bağımsızlığı* ilkesinin hâkimler yönünden yaşama geçirilmesi ise *hâkimlik teminatı* ile olmaktadır. Anayasa'nın "*Hâkimlik ve savcılık teminatı*" başlıklı 139. maddesinde, hâkim ve savcılarının azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları kabul edilmiştir. Hâkimlik teminatı, hâkimlerin hukuka ve kanuna uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vermelerini sağladığı gibi verdikleri bu kararlar nedeniyle daha sonra haklarında olumsuz işlemler tesis edilmesine engel oluşturmaktadır.

28. *Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* ilkeleri, yargılama faaliyetleri dolayısıyla kabul edilen ilkeler olup esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını taşıyan bu ilkeler, kanun koyucu tarafından mahkemelere ve hâkimlere ilişkin düzenlemeler yapılabilmesini yasaklamamaktadır. Esasen Anayasa'da söz konusu düzenlemelerin kanun koyucu tarafından yapılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla

düzenleneceği; 140. maddesinde, hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri başta olmak üzere her türlü özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

29. Bu bağlamda yargı teşkilatının oluşumu ve işleyişi ile hâkimlerin özlük haklarına ilişkin kanuni düzenlemelerin incelenmesinde öncelikle mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin esas alınması gerekmektedir.

2. Kanun'un 1. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 9. Maddesine Eklene (3), (4), (5) ve (6) Numaralı Fıkraların İncelenmesi

a. (3) Numaralı Fıkra

i. İptal Talebinin Gerekçesi

30. Dava dilekçesinde özetle;

- Kuvvetler ayrılığının geçerli olduğu bir ülkede yargının yasama ve yürütmeden bağımsız olması gerektiği, yargının bağımsızlığının ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ile sağlanacağı, bu anlamda hâkimlerin atanma tarzı ile görev sürelerine ve hâkimlere dışarıdan gelebilecek baskılara karşı güvencelerin varlığının belirleyici olduğu,

- Hâkimlik teminatı sağlanmadan hâkimlerin özgürce ve objektif karar vermelerinin beklenemeyeceği, Anayasa'nın 139. maddesinde yer alan düzenlemenin temel amacının yasama ve yürütmenin tasarruflarıyla hâkimlerin azlolunamamasını ve emeklilik yaşından önce kendi istekleri olmadıkça görevden ayrılmamalarını teminat altına almak olduğu, hâkimlik teminatının sağlanmasının Anayasa'nın 140. maddesine göre yargı mensuplarının görevlerini icra etmeleri bakımından ön koşul olduğu, Danıştay üyelerinin on iki yıl için seçilmelerini ve bir kimsenin iki defa Danıştay üyesi seçilemeyeceğini öngören kuralın mahkemelerin bağımsızlığına, hâkimlik ve savcılık teminatı ile hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkelere açıkça aykırı olduğu, yargının diğer erkler karşısında güçsüzleştirilerek hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği,

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) uygulanması kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM) verilen kararlarda yargı organlarının dışarıdan gelebilecek baskılara karşı

güvenceli konumda olmaları arandığından kuralın Anayasa'nın 90. maddesine de aykırılık oluşturduğu,

- Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi üyeleri yönünden getirilen görev süresine ilişkin sınırlamanın Danıştay üyeleri için getirilmemiş olmasının anayasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, bu suretle Danıştay üyelerinin tarafsız ve bağımsız olmalarının amaçlandığı, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin kısıtlanmasının Anayasa'nın 155. maddesine de aykırı olduğu,

- Hukuki güvenliğin sağlanmasının hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birini oluşturduğu ve hukuki güvenlik ilkesinin hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığı, özel bir statü olan yüksek yargı üyeliğinin görev sürelerinin kanunla sınırlandırılmasının belirlilik ilkesine ve hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu,

belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 90., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

31. Dava konusu kuralla, Danıştay üyelerinin on iki yıl için seçileceği ve bir kimsenin iki defa Danıştay üyesi seçilemeyeceği belirtilmektedir.

32. Anayasa'nın "Danıştay" başlıklı 155. maddesi şöyledir:

"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Danıştay, davaları görmek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslektan sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu; dörtte biri, nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı; tarafından seçilir.

Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

33. Anılan maddede, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olan Danıştayın kuruluşu, işleyişi ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usullerinin idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.

34. Danıştay üyelerinin görev süresine ilişkin kuralın anılan madde kapsamında yer alan bir düzenleme olması nedeniyle *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* esaslarına aykırı olmaması gerekir. Anayasa’nın 138. ve 139. maddelerinde düzenlenen *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* esaslarına uygun olmayan bir düzenlemenin aynı zamanda Anayasa’nın 155. maddesine de aykırılık oluşturacağı açıktır.

35. Bu noktada öncelikle Danıştay üyelerinin görev süresine ilişkin olarak Anayasa’da herhangi bir düzenlemenin yer almamasının kanun koyucu tarafından bu konuda bir düzenleme yapılmasına engel oluşturup oluşturmayacağının belirlenmesi gerekmektedir. Anayasa’da ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nda belirli bir süre öngörülmediği sürece Danıştay üyelerinin zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşına kadar görev yapacakları tartışmasız olmakla birlikte Anayasa’da Danıştay üyeliğinin altmış beş yaşına kadar devam etmesini zorunlu kılan bir hüküm bulunmadığı gibi 155. maddenin gerekçesinde de mevcut kuralın bu şekilde yorumlanmasını gerektirecek bir açıklama yer almamaktadır. Bu durumda Anayasa’nın 155. maddesinin, Danıştay üyeliğinin *belirli süreli* bir görev olarak düzenlenmesine engel oluşturmadığı açıktır. Bir başka deyişle kanun koyucunun Danıştay üyeliği görevini belirli bir süre ile sınırlandırması, Anayasa’nın 155. maddesine aykırılık taşımamaktadır. Aynı şekilde bir kimsenin iki defa Danıştay üyesi seçilemeyeceği yolundaki kural da anılan maddeye aykırı olmayıp kanun koyucunun bu konudaki takdirini yansıtmaktadır.

36. Dava dilekçesinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresinin on iki yıl olarak belirlenmesine ilişkin düzenlemenin Anayasa'da yer alması nedeniyle Danıştay üyeleri yönünden de Anayasa'da benzer bir düzenleme yapılmadıkça kanunla görev süresinin sınırlandırılmayacağı ileri sürülmekte ise de Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresinin on iki yıl olarak Anayasa'da belirlenmesinin sebebini, (Danıştay üyeleri ile ilgili olarak Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak) Anayasa'nın 147. maddesinin ilk hâlinde "*Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar.*" hükmünün yer alması oluşturmaktadır. Bu durumda söz konusu görev süresinin değiştirilebilmesinin Anayasa'nın ilgili maddesinde bu konuda değişiklik yapılmasına ya da Anayasa'da yer alan ilgili hükmün yürürlükten kaldırıldıktan sonra konunun kanunla düzenlenmesine bağlı olduğu açıktır. Anayasa koyucu tercihini söz konusu sürenin Anayasa'da belirlenmesi yolunda kullanmıştır. Danıştay üyelerinin görev süresine ilişkin olarak Anayasa'da açık bir hüküm yer almadığından bu sürenin belirlenmesine dair düzenlemenin Anayasa'da yer alması zorunluluğundan da söz edilemez.

37. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı ve yönlendirmeden uzak şekilde çalışmalarını ve bu suretle adaletin gerçekleştirilmesini amaçladığından Danıştay üyelerinin on iki yıl süreyle görev yapacak olmalarının ve bir kişinin iki defa Danıştay üyesi seçilememesinin Danıştay üyelerinin yürütecekleri yargılama faaliyetine olumsuz etkisinden söz edilebilmesi mümkün değildir. Kural, Danıştay üyelerinin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerine engel olmadığı gibi yasama ve yürütme organları başta olmak üzere hiçbir organ, makam, merci veya kişinin hâkimlere etkide bulunması sonucuna yol açacak nitelikte de değildir. Bu nedenle kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırılığı söz konusu değildir.

38. Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen *hâkimlik teminatı*, hâkim ve savcıların azlolunamayacağını, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayıramayacaklarını, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacaklarını güvence altına almaktadır. Kural, Danıştay üyelerinin görev süreleri sonunda hâkimlikten azillerine veya Anayasa'da öngörülen yaştan önce istekleri dışında (zorla) emekli edilmelerine yol açacak nitelikte değildir. Kuralın yer aldığı maddenin

diğer fıkralarında belirtildiği üzere görev süresi sona eren Danıştay üyelerinin hâkimlik görevine devam edebilmeleri öngörülmektedir. Diğer taraftan görev süresi sona eren Danıştay üyelerinin özlük haklarına ilişkin ayrıntılı değerlendirme de maddenin (6) numaralı fıkrasının incelenmesi kapsamında yapılmıştır.

39. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

40. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması gerekir.

41. Kanun koyucu, Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve bu düzenlemenin kamu yararına olup olmadığını takdir etmek yetkisine sahiptir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenebilir. Diğer bir anlatımla bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *kamu yararı* konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının denetimiyle sınırlıdır.

42. Maddenin gerekçesinde;

- Danıştay üyeliği süresinin Anayasa Mahkemesi üyeliğinde olduğu gibi üyelerin yeterince tecrübe kazanması ve tecrübelerini mahkeme çalışmalarına yansıtması bakımından makul bir süre olan on iki yıl olarak belirlendiği,

- Yüksek mahkeme üyelerinin belirli aralıklarla değişmesinin içtihatların yeni bir bakış açısıyla değerlendirilerek sürekli gelişmesine ve toplumun ihtiyaçlarına daha fazla cevap vermesine, üyelerin sürekli kendilerini yenilemelerine ve geliştirmelerine, yüksek mahkeme

üyelerinin bilgi ve tecrübelerini istinaf ve ilk derece yargı mercilerine aktarmalarına imkân sağlayacağı,

- Üye sayısı ciddi oranda azaltılan yüksek mahkemelerin üyelerinin görev sürelerinde herhangi bir sınırlama olmadan emekliliklerine kadar çalışmaya devam etmelerinin ilk derece mahkemeleri ile istinaf mercilerinde görev yapan hâkim ve savcıların üye olma beklentilerini önemli derecede azaltacağı, kuralla üye olma niteliğini haiz hâkim ve savcılarının üyelik beklentilerinin canlı tutulmasının, çalışma şevklerinin artırılmasının ve kendilerini daha fazla geliştirmelerinin amaçlandığı,

belirtilmekte olup söz konusu gerekçelerle getirilen düzenlemenin kamu yararını sağlayıp sağlamayacağı hususu yerindelik denetimi kapsamında kaldığından anayasallık denetiminde gözetilebilecek hususlardan değildir. Bununla birlikte kuralın kamu yararı dışında özel çıkarlar gözetilerek veya belirli kişiler lehine ya da aleyhine düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

43. Hukuk devletin temel ilkelerinden biri de *belirliliktir*. Belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

44. Kuralla, Danıştay üyelerinin görev süresi ve iki defa seçilme yaşağı açık bir şekilde düzenlendiğinden kuralın belirsizliğinden ve öngörülemezliğinden söz edilemez.

45. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Basri BAĞCI bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

b. (4) Numaralı Fıkra

i. İptal Talebinin Gerekçesi

46. Dava dilekçesinde özetle; (3) numaralı fıkra yönünden ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu fıkra yönünden de geçerli

olduğu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından Danıştay üyeliğine seçilip görev süresi sona erenlerin HSK'nın ilgili dairesi tarafından idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmaları sonucunda aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarının önüne geçilmiş gibi gözükse de bu düzenlemenin hâkimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri ile bağdaşmadığı, yüksek hâkimlerin hâkimlik teminatını yok sayan bu düzenlemenin kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu, bu kişilerin idari yargıda sınıf ve derecesine uygun bir göreve atanacağına ilişkin düzenlemenin öngörülebilir nitelikte olmadığı, hukuki güvenlik ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 90., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

47. Kural, HSK tarafından Danıştay üyeliğine atanan kişilerin on iki yıllık görev süresi sonunda HSK'nın ilgili dairesince idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmalarını öngörmektedir.

48. Anayasa'nın 155. maddesinde, Danıştay üyelerinin dörtte üçünün birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından HSK; dörtte birinin ise nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği hükme bağlanmıştır.

49. Anayasa'nın 140. maddesinde hâkimler ve savcılarının adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yapacakları öngörülmektedir. İdari yargı bünyesinde hâkim veya savcı olarak görev yapmakta iken Danıştay üyesi seçilen kişilerin on iki yıllık Danıştay üyeliği görevi sonrasında, idari yargı bünyesinde hâkim ve savcı olarak görevlerine devam etmelerini sağlayan dava konusu kuralda hâkimlik teminatına aykırılık bulunmamaktadır. Bu kişiler idari yargı bünyesinde atandıkları görevlerde mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine göre çalışmaya devam edeceklerinden kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine de aykırılığundan söz edilemez.

50. Anayasa'nın 159. maddesinde adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapma ve Adalet Bakanlığının

bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama görevleri başta olmak üzere Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* esaslarına göre HSK'nın kurulması ve görev yapması öngörülmüştür.

51. *Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* esaslarına göre çalışan HSK'nın Anayasa gereğince gerek idari yargı hâkim ve savcıları arasından Danıştay üyesi seçmek gerekse hâkim ve savcıların atanma ve nakilleri dâhil tüm özlük hakları ile ilgili işlem tesis etmekle görevli ve yetkili olduğu gözetildiğinde Danıştay üyesi olarak seçtiği hâkimlerin on iki yıllık görev süresinin sonunda idari yargı bünyesinde bir göreve atanmaları konusunda yine HSK'nın görevli ve yetkili kılınmasında *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına* aykırılık bulunmamaktadır.

52. 2575 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında *"İdari yargı hakim ve savcılarının Danıştay üyeliğine seçilebilmeleri için birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl bu görevlerde başarı ile çalışmış olmaları ve birinci sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemeleri gereklidir."* denilmektedir. 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 32. maddesinde, birinci sınıfa ayrılmak için birinci dereceye yükselmek koşulu arandığından, 15. maddesinde de birinci sınıfa ayrıldığı tarihten itibaren üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş hâkim ve savcıların birinci sınıf olacakları belirtildiğinden hâkim ve savcıların Danıştay üyesi seçilebilmesi için birinci derecede bulunmaları ve birinci sınıf hâkim olmaları gerekmektedir.

53. Danıştay üyesi seçilen kişilerin on iki yıllık görev süresi sonunda yine birinci sınıf hâkim veya savcı olarak atanacak olmaları nedeniyle idari yargı bünyesinde sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmalarını öngören kuralda mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırılık bulunmadığı gibi kuralın belirsizliği ve öngörülemeliğinden de söz edilemez.

54. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

c. (5) Numaralı Fıkra

i. İptal Talebinin Gerekçesi

55. Dava dilekçesinde özetle; (3) numaralı fıkra yönünden ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu kural yönünden de geçerli olduğu, Cumhurbaşkanı kontenjanından atanan üyelerin hâkimlik yapmak üzere talepte bulunmamaları hâlinde Başbakanlık tarafından bir göreve atanmalarının öngörüldüğü, bu suretle görev yaptıkları süre içinde işlem ve eylemlerini denetledikleri yürütme organının bu kişilerin geleceği ile karar verme yetkisiyle donatıldığı, bu düzenlemeyle yürütme organının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını sona erdirecek konuma getirildiği, hâkimlik teminatının sadece maaş güvencesi ile sınırlı olmadığı, idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunanların HSK tarafından idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacağının belirtilmesine rağmen bu düzenlemenin belirsizlik içerdiği ve uygun görevin ne olacağı hususunda objektif bir ölçütün bulunmadığı, uygun görev tanımının somut olmadığı, keyfiliğe yol açabilecek nitelikte olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 90., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

(1) Fıkranın Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...Başbakanlığa..." İbaresini

56. Anılan fıkrada yer alan "...Başbakanlığa..." ibaresi 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (HKH) 184. maddesiyle "...Cumhurbaşkanlığına..." şeklinde değiştirilmiştir.

57. Açıklanan nedenle fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "...Başbakanlığa..." ibaresine yönelik iptal talebinin konusu kalmadığından bu ibareye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

(2) Fıkranın Kalan Kısım

58. Kuralla, Cumhurbaşkanı tarafından Danıştay üyeliğine seçilip idari yargıda bir göreve atanmak isteyenlerin görev sürelerinin bitiminden bir ay öncesine kadar idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunacakları ve talepte bulunanların HSK ilgili dairesi tarafından idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları, on iki

yıllık görev süresinin sonunda idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmayanların başka bir göreve atanmak üzere Danıştay Başkanlığı tarafından bildirileceği hükme bağlanmaktadır.

59. Anayasa'nın 155. maddesinde Danıştay üyelerinin dörtte birinin nitelikleri kanunda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 104. maddesinde de Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek, Cumhurbaşkanı'nın *yargı ile ilgili olan görev ve yetkileri* arasında sayılmıştır. Danıştay üyesi seçilebilecek kişilerin nitelikleri ise 2575 sayılı Kanun'un 8. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

"1. Danıştay üyeleri:

a) İdari yargı hakim ve savcılığı,

b) Bakanlık, Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, bakan yardımcılığı, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, elçilik, valilik,

c) Generallik, amirallik,

d) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği,

e) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Sekreterliği,

f) Genel ve katma bütçeli dairelerde veya kamu kuruluşlarında genel müdürlük veya en az bu derecedeki tetkik ve teftiş kurul başkanlıkları, ile düzenleyici ve denetleyici kurumların başkanlıkları,

g) Yükseköğrenim kurumlarında hukuk, iktisat, maliye, kamu yönetimi profesörlüğü,

h) Kamu kurum ve kuruluşlarının başhukuk müşavirliği, birinci hukuk müşavirliği, hukuk hizmetleri başkanlığı ve hukuk işleri müdürlüğü,

Görevlerini yapanlar arasından seçilir.

...

3. İdari görevlerden Danıştay üyeliğine seçileceklerin yükseköğrenimlerini tamamladıktan sonra Devlet hizmetlerinde onbeş yıl (...) çalışmış bulunmaları, birinci derece aylığını kazanılmış hak olarak almaları ve hakimliğin gerektirdiği ahlak ve seciyeye sahip olmaları şarttır."

60. Anılan Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi dışındaki bentlerinde, Cumhurbaşkanı tarafından seçilebilecek kişilerin görev unvanları belirtilmektedir. Üst düzey kamu görevlileri olan bu kişiler arasından Danıştay üyesi olarak seçilenler, görevlerini yürüttükleri sürece mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinden yararlanmaktadırlar.

61. Kuralla, bu kişilere on iki yıllık Danıştay üyeliği görevinin sonunda bir seçimlik hak tanınmakta ve hâkim olarak göreve devam etmek istemeyenlerin idari bir göreve atanabilmelerine imkan sağlanmakta, hâkimlik görevine devam etmek isteyenlerin ise görev sürelerinin sona ermesinden bir ay öncesine kadar bu yönde talepte bulunmaları hâlinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmaları öngörülmektedir.

62. Danıştay üyesi seçilenlerin taleplerine bağlı olarak bu görevin sonunda hâkimlik statülerinin korunması ve idari yargı bünyesinde bir göreve atanmalarının öngörülmesinde hâkimlik teminatına aykırılık bulunmamaktadır. Atandıkları görevlerde de mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre çalışmaya devam edeceklerinden kuralda mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

63. Anayasa'nın 159. maddesinde, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurularak görev yapacağı belirtilen HSK'nın görevleri arasında adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanmaları ve nakil işlemlerinin yapılması da bulunmaktadır. Bu nedenle HSK'ca bu kişilerin idari yargı bünyesinde bir göreve atanmalarında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. Ayrıca bu kişilerin atanacakları görevin "*sınıf ve derecelerine uygun bir görev*" olarak belirlenmiş olduğu ve bu hususun 2802 sayılı Kanun'da kapsamlı bir şekilde gözetildiğinde söz konusu görev tanımının objektif olmadığı ve keyfiliğe yol açabileceğinin söylenebilmesi mümkün olmadığı gibi belirsiz olduğu da söylenemez.

64. Görev sürelerinin bitmesinden bir ay öncesine kadar idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmayanların ise başka bir göreve atanmak üzere Danıştay Başkanlığı tarafından idareye bildirilmeleri öngörülmüştür. Bu kişilerin idarenin bünyesi içinde idari bir göreve atanacakları anlaşılmaktadır.

65. Danıştay üyeliği görevi sonrasında kendilerine hâkimlik görevine devam etme imkânı tanınmasına rağmen bunu tercih etmeyip idari göreve atanma tercihinde bulunanların bu tercihlerinin bir sonucu olarak yeni görevlerine idare tarafından atanacak olmaları, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olup bu kişilerin atamalarının, bünyesinde görev yapmak istedikleri *idare* tarafından yapılmasında mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

66. Maddenin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine uygunluk denetiminde belirtilen gerekçeler, bu kural yönünden de geçerlidir.

67. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

ç. (6) Numaralı Fıkra

i. İptal Talebinin Gerekçesi

68. Dava dilekçesinde özetle; on iki yıllık görev süresi sona eren Danıştay üyelerinin Danıştay ile ilişkilerinin kesileceğine ve atamaları yapılmıyaya kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam edeceği yolundaki kuralın Danıştay üyelerinin hâkimlik teminatını, özlük haklarını ortadan kaldırdığı ve hukuki güvenliklerini ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

69. Kuralla, görevi sona eren üyelerin Danıştay ile ilişkilerinin kesileceği ancak atamaları gerçekleşinceye kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunacağı hükme bağlanmıştır.

70. Anayasa'nın 139. maddesinde; hâkimler ve savcılar azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde bu hususların hâkim ve savcılarının "...hizmetlerini tarafsız surette kanunlara uygun olarak yapabilmelerini sağlamaya matuf..." olduğu belirtilmiştir.

71. Anayasa'nın 140. maddesinde de hâkimlerin özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

72. Özlük hakları, bir görevi yürüten kişiye o görevi yürütmesi dolayısıyla tanınan hakları ifade etmektedir. Söz konusu haklar, ilgililerin bulunduğu kadro esas alınarak tanınmakta ve bunların bir kısmı aylık ve ödenek gibi mali hakları; bir kısmı ise izin hakkı, terfi, emeklilik hakkı gibi diğer hakları kapsamaktadır. Kanun'un geçici 27. maddesinde yer alan düzenlemede özlük hakları *her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal haklar* olarak ifade edilmiştir.

73. Kanun koyucunun Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla kişiler lehine olacak şekilde istisnai hükümler getirebilmesi mümkün olmakla birlikte özlük hakları kural olarak yürütülen göreve ve bulunan kadroya bağlı haklardır. Bu sebeple kişilerin görevlerinde değişiklik olması durumunda özlük haklarının yeni görev ve kadroları esas alınmak suretiyle belirlenmesi ve ilgililerin bu haklardan yararlanması esastır.

74. Danıştay üyeliği görevi sonrasında idari yargı bünyesinde göreve atanacak olanlar, hâkim veya savcı kadroları için öngörülen özlük haklarını alacak, Cumhurbaşkanı seçilen ancak görev süresi sonunda idari göreve dönmek isteyenler ise yürütecekleri idari göreve bağlı özlük haklarını alacaklardır. Süreli bir göreve ilişkin olan özlük haklarının o görevin sona ermesinden sonra da alınmaya devam edilmesi zorunluluğundan, bu hakların bu görev sonrası için *kazanılmış hak* oluşturduğundan söz edilemez. Dava konusu kuralla ilgililerin bir haktan yoksun bırakılmaları söz konusu olmayıp görev süresinin sona ermesiyle birlikte süreli göreve ilişkin bulunan haklar da sona ermektedir. Bu nedenle görev süresi dolanların hukuki güvenliklerinin ihlal edildiğinden de söz edilemez.

75. Bu anlamda hâkimlerin özlük haklarından yoksun bırakılmamasını amaçlayan Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatının, sona ermiş bulunan süreli bir görevin özlük haklarının alınmaya devam edilmesini zorunlu kıldığı söylenemez. Bu durum, kendi isteğiyle Danıştay üyeliği görevinin sonunda hâkim olarak görev almayı tercih etmeyerek idari görevlere dönenler yönünden de geçerli olup hâkimlik teminatı gereğince bu kişilerin Danıştay üyelerine tanınan özlük haklarını yeni görevleri süresince almaya devam etmeleri zorunluluğundan söz edilemez.

76. Kural, madde gerekçesinde ifade edildiği üzere görevi sona eren Danıştay üyelerinin herhangi bir şekilde atama işlemlerinin gecikmesi hâlinde hak kaybına neden olunmaması amacıyla atama işlemi gerçekleşinceye kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunmasını düzenlemektedir. Geçiş dönemine ilişkin olan ve kişilerin bu dönemde mağdur olmamalarını amaçlayan kural, ilgilileri özlük haklarından yoksun bırakmamakta ve bu nedenle kuralda hâkimlik teminatına ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

77. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

3. Kanun'un 3. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 13. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "...on beşi..." İbaresinin "...dokuzu..." , "...ikisi..." İbaresinin "...biri..." ve "...on yedi..." İbaresinin "...on..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

78. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kurallar ile Danıştaydaki daire sayılarının azaltıldığı, daire sayısının azaltılmasının davaların süratle sonuçlandırılmasına engel oluşturacağı ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edeceği, Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca davaların makul süre içinde bitirilmesi gerektiği, bu ilke gereğince devletin yargılamaların gereksiz uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorunda olduğu, mahkemelerin nicelik ve nitelik bakımından yeterli miktarda insan kaynağı ve araç gereçle donatılmasının makul yargılanma ilkesinin bir gereği olduğu, bir hukuk devletinde kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemelerde evrensel hukuk ilkelerine, belirli bir mantığa ve makul hukuki gerekçelere dayanılması gerektiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

79. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgilileri nedeniyle Anayasa'nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir.

80. 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinde, Danıştayın dokuzu dava, biri idari olmak üzere on daireden oluştuğu belirtilmekte olup maddede

yer alan “...dokuzu...”, “...biri...” ve “...on...” ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

81. Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.

82. Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ile bunun doğal sonucu olarak iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

83. Anayasa’nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” denilmek suretiyle davaların makul süre içinde bitirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin önlemler almak zorundadır. Ancak bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin ve öngörülen çarelerin, yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasıdır.

84. Anayasa’nın 155. maddesinin beşinci fıkrasında da “Danıştayın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.” denilmiştir.

85. Kurallarla yapılan değişiklikler öncesinde Danıştay on beşi dava, ikisi idari olmak üzere on yedi daireden oluşmakta iken kurallarla daire sayısı azaltılmış ve Danıştayın dokuzu dava, biri idari olmak üzere on daireden oluştuğu ifade edilmiştir. Madde gerekçesinde kuralların getirilme sebebi şöyle açıklanmıştır: “2576 ve 2577 sayılı Kanunlarda 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle halen faaliyette bulunan bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak yapılandırılmış ve bölge idare mahkemelerinin 20/7/2016 tarihinde faaliyete geçirilmesi kararlaştırılmıştır. Anılan tarih itibarıyla idari yargıda istinaf sistemine geçilecek olması nedeniyle ilk derece mahkemelerinin kararlarının büyük bir çoğunluğu bölge idare mahkemelerinde kesinleşecektir. Bu durumun Danıştay’ın iş yükünü önemli ölçüde hafifletecek olmasından dolayı Danıştay’ın daire sayısının yeniden belirlenmesine ihtiyaç

bulunmaktadır. Bu itibarla, maddede yapılan değişiklikle Danıştay'ın daire sayısı azaltılmaktadır. Ancak Danıştay, uhdesinde bulunan dosyaları kendisi çözeceğinden, dosya sayısı kısa zamanda istenilen seviyeye düşmeyecektir. Bu nedenle geçici maddeyle dairelerin tedrici olarak kapatılarak bu maddede belirlenen sayıya indirilmesi öngörülmektedir."

86. Kurallar, Danıştaydaki daire sayılarının azaltılmasına ilişkin olmakla birlikte ülkenin hukuk düzeninde gerçekleşen köklü bir değişimin sonucunu oluşturmaktadır. Kanun'un genel gerekçesinde de ifade edildiği üzere ilk derece mahkemeleri ve temyiz mercilerinden oluşan iki dereceli adli yargı ve idari yargı sisteminde değişikliğe gidilerek istinaf yolu kabul edilmek suretiyle üç dereceli yargı sistemine geçilmektedir. Yeni sistem, adli yargıda bölge adliye mahkemeleri kurulmak suretiyle, idari yargıda ise bölge idare mahkemelerinin istinaf mercii olarak yapılandırılması suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliğe gerekçe olarak Danıştay ve Yargıtayın iş yükünün azaltılması ve bu kurumların gerçek anlamda *ıctihat mahkemesi* hâline getirilmesi amacı gösterilmiştir. İstinaf incelemesi yapacak bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinin 20/7/2016 tarihinde faaliyete geçmesi öngörülmüştür.

87. Yargı sisteminde yapılan bu değişiklikle ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların adli yargıda yaklaşık %90'ının, idari yargıda ise yaklaşık %80'inin istinaf kanun yolunda kesinleşmesi beklentisi ifade edilmiştir. Yargıtay ve Danıştayın iş yükünün de aynı oranda azalacak olması nedeniyle Yargıtay ve Danıştay daire ve üye sayılarının yeniden belirlenmesi ihtiyacı, dava konusu kuralların getirilme gerekçesi olarak belirtilmiştir.

88. Bu kapsamda daha önce on beşi dava, ikisi idari olmak üzere on yedi daireden oluşan Danıştayın daire sayısının dava konusu kurallarla dokuzu dava, biri de idari olmak üzere on daireden oluşturulduğu görülmektedir.

89. İstinaf kanun yolunun hayata geçirilmesine bağlı olarak Danıştaydaki dava dairelerinin sayısının azaltılması, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Bu durum yargılamaların makul sürede bitirilmesine engel olmadığından adil yargılanma hakkını zedelememektedir.

90. İstinaf kanun yolunun idari yargı düzeninde kabulüne bağlı olarak kanun koyucu tarafından Anayasa'nın 155. maddesi kapsamında Danıştayda bulunan dava daire sayısının azaltılmasının Danıştayın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre çalışmasına olumsuz bir etkisi olduğu da söylenemez.

91. Kaldı ki dosya sayısının kısa zamanda istenen seviyeye düşmeyeceği gerekçesiyle geçici 27. maddenin (13) numaralı fıkrasıyla dairelerin tedrici olarak kapatılması öngörülmüştür. Buna göre, Başkanlık Kurulu iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak 6572 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını dava konusu kurallarda öngörülen sayılara indirecek ve bu daireler kapatılınca kadar görevlerine devam edeceklerdir. Bu durumda kurallar, Kanun'un Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girmekle beraber bu tarih itibarıyla fiilen daire sayısının azalması sonucunu doğurmamaktadır. Geçiş dönemi öngörülmek suretiyle belirli bir süre zarfında daire sayılarının azaltılması amaçlanmakta ve bu konuda Başkanlık Kuruluna yetki tanınmaktadır.

92. Öte yandan Danıştayın danışma ve inceleme mercii olarak yerine getirdiği görevleri de bulunmakta ve bu görevlerini idari daire ve İdari İşler Kurulunca yerine getirmektedir. Kurallarla söz konusu idari daire sayısının ikiden bire indirilmesi de kanun koyucunun Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca sahip olduğu takdir yetkisinin kullanılmasından ibaret olup kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

93. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 36., 141. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgileri görülmemiştir.

4. Kanun'un 5. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "...yirmi beş,..." İbaresinin "...on beş,..." ve "...onüçtür." İbaresinin "...on birdir." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

94. Dava dilekçesinde özetle; 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesinin iptaline yönelik gerekçelerin bu madde ile doğrudan bağlantılı olan kurallar için de geçerli olduğu, İdari İşler Kurulunun toplanma ve görüşme yeter sayısının değiştirilmesinin hak arama özgürlüğüne

aykırılık teşkil ettiği, davaların makul sürede sonuçlandırılması gerekliliğiyle uyumlu olmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

95. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir.

96. 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, toplantı ve görüşme yeter sayısının İdari Dava Daireleri Kurulu için on beş, Vergi Dava Daireleri Kurulu için ise on bir olduğu öngörülmekte olup maddede yer alan "...on beş,..." ve "...on birdir." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

97. Kurallar öncesinde toplantı ve görüşme yeter sayısı İdari Dava Daireleri Kurulu için yirmi beş, Vergi Dava Daireleri Kurulu için on üç olarak öngörülmüş iken kurallarla bu sayı İdari Dava Daireleri Kurulu için on beş, Vergi Dava Daireleri Kurulu için ise on bir olarak belirlenmiştir. Madde gerekçesinde söz konusu değişikliğin sebebi olarak 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinde yapılan değişiklik gösterilmiş ve daire sayısının azaltılmasına bağlı olarak idari ve vergi dava daireleri kurullarının toplantı ve görüşme yeter sayılarının yeniden belirlendiği ifade edilmiştir.

98. 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa'ya uygunluk denetiminde belirtilen gerekçeler bu kurallar bakımından da geçerlidir.

99. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 36., 141. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgileri görülmemiştir.

5. Kanun'un 6. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 23. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendine Eklenen İkinci Cümlelin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

100. Dava dilekçesinde özetle;

- Kuralla Danıştayın temyiz mercii olarak görevinin sadece bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimi ile sınırlandırıldığı, kamu yararının gözetilmediği, kuralın bireylerin haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıdığı, Danıştayın temyiz mercii olarak denetim

yetkisinin sınırlanmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, bir işlemin kanuna uygun olmasının bireyler bakımından hakkaniyetli ve adil bir işlem olduğu anlamına gelmeyebileceği, Danıştayın önüne gelen dosyalarda sadece hukuka uygunluk denetimi yapacak olmasının başka bir deyişle yerindelik denetimi yapamayacak olmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- İdare hukukunda idari işlemlerin tesis edildikleri andan itibaren hukuka uygun ve derhâl icra kabiliyetini haiz olduğunun kabul edildiği, idarenin hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak tesis ettiği işleme ilişkin Danıştayın temyiz denetiminin idari işleminin sadece sebep unsuruyla sınırlandırıldığı, işlemlerin yetki, şekil ve amaç yönünden denetim imkânlarının ortadan kaldırıldığı,

- 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20/A maddesinde vatandaşların mülkiyet, çevre hakkı gibi temel özgürlüklerine sınırlama getiren idari eylem ve işlemlerin *ivedi yargılama usulü* adı altında yargısal denetime tabi tutulduğu ve bu konularda ilk derece mahkeme kararlarına karşı *istinaf* kanun yolunun kapatılarak doğrudan temyiz yolunun öngörüldüğü, anılan maddede Danıştayın belirli durumlarda gerekli inceleme ve tahkikatı kendisinin yaparak esas hakkında yeniden karar vermesi öngörülmüş iken dava konusu kuralla idarenin anılan işlemlerinin etkili yargısal denetimden yoksun hâle getirildiği, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine keyfi sınırlamalar getiren idari tasarruflara karşı yargı denetiminden yararlanma haklarının ortadan kaldırıldığı, hak arama özgürlüklerinin de ihlal edildiği,

belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

101. Kuralla, Danıştayın temyiz mercii olarak görevinin bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlı olduğu belirtilmektedir.

102. Anayasa'nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesinde "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir./Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.*" denilmiştir.

103. Anayasa'nın 125. maddesinde *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.../.../ Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez./..."* hükmüne yer verilmiştir.

104. Anayasa'nın 36. maddesi genel olarak hak arama özgürlüğünü düzenlemekte iken idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi Anayasa'nın 125. maddesinde özel olarak düzenlenmiş ve yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu kabul edilmiştir.

105. Anayasa'nın 155. maddesinde de Danıştayın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu belirtilmektedir. Yargı yetkisinin *hukuka uygunluk denetimi* ile sınırlı olması, idari yargı bünyesinde yer alan tüm mahkemeler yönünden geçerli olan ve bu kapsamda Danıştay yönünden de geçerli bir kuraldır. İlk derece mahkemeleri idari eylem ve işlemin hukuka uygunluğunu denetlerken temyiz mercii olarak Danıştay da ilgili mahkeme kararının hukuka uygunluğunu denetlemektedir. Ancak mahkeme kararlarının hukuka uygunluk denetimi kapsamında dava konusu idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetiminin de dolaylı olarak yapılması söz konusu olmaktadır.

106. Hukuka uygunluk denetiminin kapsamı belirlenirken öncelikle bu kapsamda yer almayan hususların belirlenmesi gerekmektedir. İdari eylem ve işlemlerin yerindelik denetiminin yapılamaması, idari mahkemelerce idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde karar verilememesi, hukuka uygunluk denetiminin sınırlarını göstermektedir. Söz konusu yasak alan dışında idari eylem ve işlemlerin yargısal denetimi bakımından bir sınırlandırma söz konusu olmayıp bu denetimin kapsamı *hukuka uygunluktur*.

107. Hukuka uygunluk denetiminin konusunu ise 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ifade edildiği üzere idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygun olup olmadıklarının incelenmesi oluşturmaktadır. Hukuka uygunluk denetimi bu çerçevede, idare hukukunun kaynaklarını oluşturan yazılı hukuk kuralları ve içtihatlar kapsamında yapılmaktadır.

108. Kaldı ki 2577 sayılı Kanun'un 49. maddesinde de Danıştayın temyiz incelemesi sonucunda hukuka uygun bulunan kararın onanacağı ve hukuka aykırı verilen kararın bozulacağı belirtilmektedir. Dava konusu kuralın uygulanmasında, anılan hükmün gözetileceği de tabiidir.

109. Bu kapsamda kuralla Danıştayın temyiz mercii olarak görevinin, bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılıkların denetimini yapmakla sınırlı olduğunun ifade edilmesinin yukarıda belirtilen hukuka uygunluk denetiminin kapsamını daraltıcı bir yönü bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde de ilk derece mahkemesince verilen kararların büyük çoğunluğunun istinaf aşamasında kesinleşecek olması nedeniyle iş yükü önemli ölçüde azalacak olan Danıştayın asli görevi olan içtihat mahkemesi niteliğine kavuşacağı ve dosyaları sadece hukuka uygunluk yönünden incelemesinin sağlanacağını belirtilmesi de bu hususu teyit etmektedir.

110. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

6. Kanun'un 7. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 26. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, On Dördüncü, On Beşinci ve On Altıncı..." İbaresinin "...Dokuzuncu ve Onuncu..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

111. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile doğrudan bağlantılı olduğu ve bu maddenin iptaline yönelik gerekçelerin söz konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

112. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir.

113. 2575 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında; idari uyuşmazlıklar ve davaların İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu ve Onuncu Daireler ile idari ve

vergi dava daireleri kurullarında inceleneceği ve karara bağlanacağı öngörülmektedir. Anılan fıkrada yer alan “...dokuzuncu ve onuncu...” ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

114. Kural, anılan Kanun’un 13. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle dava dairesi sayısının on beşten dokuza indirilmesine ilişkin düzenlemenin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Kural öncesinde Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, Ondördüncü, Onbeşinci ve Onaltıncı Daireler de dava dairesi olarak görev yapmakta iken dava dairesi sayısının azaltılmasına bağlı olarak bu daireler madde metninden çıkarılmıştır.

115. 6723 sayılı Kanun’un 3. maddesinin Anayasa’ya uygunluk denetiminde belirtilen gerekçeler, bu kural bakımından da geçerlidir.

116. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 2., 36., 141. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

7. Kanun’un 8. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun’un 41. Maddesinde Yer Alan “...Birinci ve On yedinci daireler ile...” İbaresinin “...Birinci Daire ve...” Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

117. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın 6723 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle doğrudan bağlantılı olduğu ve bu maddenin iptaline yönelik gerekçelerin söz konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

118. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir.

119. 2575 sayılı Kanun’un 41. maddesinde idari işlere ilişkin idari uyuşmazlıkların ve görevlerin Birinci Daire ve İdari İşler Kurulunda görüleceği öngörülmektedir. Anılan fıkrada yer alan “...Birinci Daire ve...” ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

120. Kural, söz konusu Kanun’un 13. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle idari daire sayısının ikiden bire indirilmesine ilişkin düzenlemenin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır. Kural öncesinde

Onyedinci Daire de idari daire olarak görev yapmakta iken idari daire sayısının azaltılmasına bağlı olarak bu Daire idari işlerde görevli dairelerin belirtildiği 41. madde metninden çıkarılmış ve idari işlerde görevli tek daire Birinci Daire olarak belirlenmiştir.

121. Kanun'un 3. maddesinin incelendiği kısımda da belirtildiği üzere idari daire sayısının ikiden bire indirilmesi, kanun koyucunun Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca sahip olduğu takdir yetkisinin kullanılmasından ibaret olup kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

122. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 36., 90. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

8. Kanun'un 9. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Başlığının "Birinci Dairenin görevleri" ve Anılan Maddede Yer Alan "Birinci ve On yedinci daireler:" İbaresinin "Birinci Daire:" Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

123. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kurallar ile 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesinin doğrudan bağlantılı olduğu ve bu maddenin iptaline yönelik gerekçelerin söz konusu kurallar yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

i. Kanun'un 42. Maddesinin Başlığının "Birinci Dairenin görevleri" Şeklinde Değiştirilmesi

124. Kuralla, madde başlığı "Birinci Dairenin görevleri" şeklinde değiştirilmiştir.

125. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yetkisinin kapsamına Anayasa değişikliği, kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve TBMM İçtüzüğü adı verilen normlar (kurallar) girmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Anayasa'nın yetkili kıldığı organlar tarafından yazılı bir şekilde ve bu adlar altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut

hukuk normlarıdır. Norm ise insan davranışını yönlendirmek amacıyla belirli bir şeyin yapılmasını yasaklayan ya da belirli bir şeyin yapılmasına izin veya yetki veren irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla hukuk normları daima emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşur. İnsan davranışını yönlendirmeyi hedeflemeyen yani emir vermeyen, yasak koymayan, izin veya yetki vermeyen bir önerme normatif nitelikte olmadığından hukuk kuralı sayılmaz.

126. Bu itibarla madde başlıkları da başlı başına bir yargı ifade etmediğinden denetlenebilir norm niteliğinde değildir. Anılan niteliği sebebiyle madde başlıklarının iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir.

127. Açıklanan nedenlerle 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin "*Birinci Dairenin görevleri*" şeklindeki başlığına yönelik iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

ii. Kanun'un 42. Maddesinde Yer Alan "*Birinci ve On yedinci daireler:*" İbaresinin "*Birinci Daire:*" Şeklinde Değiştirilmesi

128. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 155. maddesi yönünden de incelenmiştir.

129. Kuralla, maddenin birinci fıkrasında yer alan "*Birinci ve On yedinci daireler:*" ibaresi de "*Birinci Daire:*" şeklinde değiştirilmiştir.

130. 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle idari daire sayısının ikiden bire indirilmesine ilişkin düzenlemenin doğal bir sonucu olarak kural öncesinde idari daire olarak görev yapmakta olan Onyedinci Daire, idari dairelerin görevlerinin belirtildiği 42. madde metninden çıkarılmış ve idari işlerde görevli tek daire Birinci Daire olarak belirlenmiştir.

131. 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesinin incelendiği kısımda da belirtildiği üzere idari daire sayısının ikiden bire indirilmesi, kanun koyucunun Anayasa'nın 155. maddesi uyarınca sahip olduğu takdir yetkisinin kullanılmasından ibaret olup kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

132. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 36., 90. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

9. Kanun'un 10. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'un 52/A Maddesinin Yeniden Düzenlenen (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

133. Dava dilekçesinde özetle; Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebileceği öngörülmekle birlikte Başkanlar Kurulunun itiraz konusu kararı aynen ya da değiştirerek onaylayabileceği belirtildiğinden itiraz merciine itiraz konusu kararı ortadan kaldırma yetkisinin verilmediği, ayrıca Başkanlar Kurulunun kararlarının kesin olacağının düzenlendiği, öngörülen başvuru yolunun adı *itiraz yolu* olmakla birlikte etkili bir yol olmadığı, başvurulmak istenen makamın iddiayı inceleme ve ihlal iddiasının doğruluğunun tespiti hâlinde itirazın kabulüne ve ihlali düzeltici bir karar verebilme yetkisine sahip olması durumunda itirazın etkinliğinden söz edilebileceği, aksi hâlde itiraz merciinin verdiği kararın kişiye hak arama özgürlüğünün getirdiği imkânlardan faydalanma olanağı tanımayacağı, hak arama özgürlüğünün özellikle yargı mercilerine başvuru hakkını içerdiği, başvuru yolunun etkili olmasının hukuk devleti ilkesinin gereği olan yargısal denetimin sağlanmasıyla mümkün olabileceği, Anayasa Mahkemesinin bir kararında da ifade edildiği üzere iddia ve savunma haklarını kısıtlayan ve bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyen düzenlemelerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

134. Kuralla, Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebileceği, Başkanlar Kurulunca Başkanlık Kurulu kararlarının aynen ya da değiştirilerek onaylanabileceği, itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamayacağı öngörülmektedir.

135. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiş, 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

136. Danıştay, Anayasa'nın 155. maddesinde düzenlenen bir yüksek mahkeme olup idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merci ve kanunda gösterilen belirli davaların da ilk ve son derece mahkemesidir. Danıştayın kuruluşu ve işleyişinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

137. Anayasa Mahkemesinin 26/9/1968 tarihli ve E.1967/21, K.1968/36 sayılı kararında da belirtildiği üzere Anayasa'da işaret edilen *dava* sözcüğünün hiçbir istisnaya yer verilmeksizin usul hukukundaki dar anlamıyla yorumlanmaması, hâkimlerin karara bağlamakla görevli oldukları bütün davaların yanı sıra yönetim işlerinden sayılabilecek birtakım uyuşmazlık ve işlerin de istisnai kimi durumlarda bu kavram içinde değerlendirilmesi mümkündür.

138. Öte yandan Anayasa'nın 9. maddesi ile 155. maddesi, Danıştaya davaları çözümleme görevinden başka bir görev verilmesini yasaklar nitelikte değildir. Kanun koyucu, hâkimlerin esas görevlerine hâlel getirmemek kaydıyla birtakım yönetim işlerinin, özellikle de kurumun yerine getirmekle yükümlü olduğu yargısal hizmetin üretilebilmesi için gerekli olan diğer işlerin yapılması bağlamında hâkimlerce veya Danıştayın ilgili organlarınca karara bağlanmalarını, o işlemin özelliği bakımından kamu yararına daha uygun sayabilir.

139. Dava konusu kuralla Başkanlık Kurulu kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna itiraz hakkı tanınmış ve Başkanlık Kurulu kararlarını Başkanlar Kurulunun aynen onaylayabileceği ya da değiştirerek onaylayabileceği belirtilmiştir. Başkanlık Kurulu kararının değiştirilmesi konusunda Başkanlar Kuruluna tanınan yetki, Başkanlar Kurulunca aynı konuda yeni bir karar verilebilmesi anlamını taşımaktadır. Söz konusu yetkinin niteliği dikkate alındığında bu yetkinin Başkanlık Kurulunca verilen kararların kaldırılmasını da kapsadığı anlaşılmaktadır.

140. Bir yüksek yargı organı olan Danıştayın iç düzeni ve işleyişi bakımından, asli görevleri esasen idari uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak olan yüksek hâkimlerin oluşturduğu ve Danıştay Başkanının başkanlığında Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanlarından oluşan Başkanlar Kurulu tarafından Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazların karara bağlanması işinin yargısal ağırlıklı bir faaliyet olarak nitelendirildiği ve Danıştayın diğer görevlerine ilaveten kanun koyucu

tarafından anılan Kurula verildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun Danıştay Başkanlar Kurulunu işlevsel olarak *idare* kabul etmediği, bu Kurulun Kanun'da belirtilen görevleri kapsamında verdiği kararları klasik anlamda idari tasarruf saymadığı ve bunları yargı denetimi dışında tuttuğu anlaşılmakta olup Başkanlar Kurulu kararları aleyhine *başka bir yargı merciine* başvurulamayacağı hususunun madde metninde ifade edilmek suretiyle Başkanlar Kurulunun kanun koyucu tarafından belirtilen konularda bir yargı merci olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.

141. Bu kapsamda Danıştayın ifa ettiği yüksek yargı hizmetinin işleyişi ile ilgili olarak doğabilecek kimi uyuşmazlıkların Danıştayın içinde belirtilen çözüm mekanizmaları yoluyla sonuçlandırmasının öngörülmesinde ve Başkanlık Kurulu kararlarına itiraz üzerine Danıştay Başkanlar Kurulunun verdiği kararların aleyhine başka bir yargı merciine başvuru imkânının tanınmamasında hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık bulunmamaktadır.

142. 2797 sayılı Kanun'da yer alan benzer bir düzenlemenin iptali talebiyle yapılan itiraz başvurusu ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesince verilen 21/1/2010 tarihli ve E.2008/74, K.2010/15 sayılı kararda da Yargıtay Başkanlar Kurulunun *Yönetim Kurulu* kararlarına yapılan itiraz üzerine verdiği kararlar aleyhine başka yargı merciine başvuru imkânı tanınmamasının hak arama özgürlüğüne ve idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasa kuralına aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilmiştir.

143. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Basri BAĞCI kuralın birinci ve ikinci cümleleri yönünden bu görüşe farklı gerekçeyle katılmış, üçüncü cümle yönünden ise bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

**10. Kanun'un 12. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici
27. Maddenin İncelenmesi**

a. Maddenin (1), (2), (3), (4), (5), (6) ve (7) Numaralı Fıkraları

i. İptal Talebinin Gerekçesi

144. Dava dilekçesinde özetle;

- Mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik teminatının yargı bağımsızlığının sağlanabilmesinin iki koşulu olduğu, Danıştay üyelerinin görevlerinin sona ereceğinin öngörülmesinin hâkimin görevini bağımsız olarak icra etmesini sağlayan güvenceleri tamamen ortadan kaldırdığı, mahkemelerin bağımsızlığının sadece yürütme ve diğer yargı organlarına karşı değil yasama erkine karşı da geçerli olduğu, mahkemelerin bağımsızlığının hâkimlerin emir ve talimat almamasıyla sınırlı olmadığı, özlük hakları ve idari güvenceler yönünden de ele alınması gerektiği, hâkimlerin bağımsızlığını ortadan kaldırıcı, yargı erkinin güvenilirliğini zedeleyici, kuvvetler ayrılığı sisteminin ortaya koyduğu ilkeleri örseleyen yasama tasarruflarının bir hukuk devletinde kabul edilmesinin mümkün olmadığı, hâkim güvencelerinin yok sayıldığı bir düzende bağımsız yargıdan ve hukuk devletinden söz edilemeyeceği,

- Anayasa'da Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresine ilişkin bir sınırlama getirilmesine rağmen Danıştay üyeleri yönünden böyle bir sınırlama öngörülmemiş olmasının anayasa koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu, Anayasa'da Danıştay üyelerinin görev süresiyle ve görevlerinin sona erdirilmesiyle ilgili bir düzenlemeye yer verilmediğinden Danıştay üyeliklerine son verilemeyeceği, aksi düzenlemenin hâkimlik teminatı ve hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturacağı,

- Danıştay üyelerinden bir kısmına yeniden üye seçilme imkânı tanınırken bir kısmına bu hakkın tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, idari görevler olan Danıştay Başkanlığı, Başsavcılığı, başkan vekilliği ve daire başkanlığı görevlerinde bulunanların diğer yüksek yargı üyelerine nazaran ayrıcalık ve üstünlüklerinin olmadığı, 6723 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere istinafın yürürlüğe girmesine bağlı olarak Danıştayın daire ve üye sayısının azaltılmasının amaçlanması hâlinde idari görevleri dışında diğer Danıştay üyelerinden farkı olmayan Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkan vekilleri ve daire başkanlarının da görevlerine son verilmesinin eşitlik ilkesinin bir gereği

olduğu, bu kişilerin Danıştay meslek mensupları kadro sayısında dikkate alınmasının yüksek hâkimler arasında eşitsizlik yarattığı ve kamu yararına aykırı olduğu, Danıştayın iş yükü dikkate alındığında Danıştay kadro sayılarının düşürülmesinde de kamu yararı bulunmadığı,

- Yeniden Danıştay üyesi seçilemeyenlerin HSK'nın ilgili dairesince *idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları* yolunda getirilen kuralın belirsiz olduğu, uygun görevin ne olacağı hususunda objektif bir ölçüte yer verilmediği, söz konusu belirsizliğin görevlendirme yapacak kişiler ve hakkında görevlendirme yapılacak kişiler yönünden hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- Cumhurbaşkanı yeniden Danıştay üyesi seçilmeyenlerden idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmayanların idari göreve atanmalarının öngörüldüğü, idarenin işlem ve eylemlerini denetleyen Danıştay üyelerinin gelecekleri ile karar verme yetkisinin idareye verilmesinin ve bu kişilerin atanacağı görevlerin belirlenmesinin idareye bırakılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olduğu, *uygun görev* tanımlamasının somut olmayıp keyfiliğe yol açabileceği,

- Cumhurbaşkanı tarafından yeniden üye seçilmeyenlerden idari yargıda görev almak istemeyenlere Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakların ödenmeye devam edeceğine ilişkin düzenlemenin bu kişilerin hâkimliği bırakmaları hâlinde ödüllendirilmeleri, hâkimliğe devam etmeleri hâlinde ise bu imkânlardan yararlanamama tehdidini içerdiği, bu durumun hukuk devleti ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırılık oluşturduğu,

belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

145. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

146. Kanun'un geçici 27. maddesinin;

- (1) numaralı fıkrasında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona ereceği, ancak vekâlet edenler

hariç olmak üzere bu tarih itibarıyla Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Danıştay üyeliklerinin devam edeceği,

- (2) numaralı fıkrasında, üyelikleri sona erenlerden;

a) HSK tarafından seçilenler arasından HSK'ca,

b) Cumhurbaşkanı tarafından seçilenler arasından Cumhurbaşkanınca,

bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, bu maddenin üçüncü fıkrasındaki kadro sayısı dikkate alınmak suretiyle Danıştay üyesi seçiminin yapılacağı,

- (3) numaralı fıkrasında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay meslek mensuplarının kadro sayısının yüz on altı olduğu, (1) numaralı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam edenlerin kadro sayısında dikkate alınacağı,

- (4) numaralı fıkrasında, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla (3) numaralı fıkroda belirtilen kadro sayısını aşan üye kadrolarının herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı,

- (5) numaralı fıkrasında, (2) numaralı fıkranın (a) bendi kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenlerin, HSK ilgili dairesi tarafından, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacağı,

- (6) numaralı fıkrasında, (2) numaralı fıkranın (b) bendi kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenlerden, (2) numaralı fıkra uyarınca yapılan seçim tarihinden itibaren beş gün içinde idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunanların, HSK ilgili dairesi tarafından takip eden beş gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacakları, talepte bulunmayanların ise başka bir göreve atanmak üzere Başbakanlığa bildirileceği,

- (7) numaralı fıkrasında, (6) numaralı fıkranın son cümlesi uyarınca atanmaların Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edecekleri,

üyelikleri sona erenlerin seçim veya atamaları yapılmıyaya kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunacağı,

hükme bağlanmıştır.

147. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139. maddesinde hâkimlik teminatı düzenlenmekte, 155. maddesinde de Danıştayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usullerinin idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmektedir.

148. Kurallarla, 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte görev yapan Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona ermesi öngörölmüştür. Anılan Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce Danıştay üyeliğine seçilmiş olanlar, seçildikleri tarihte yürürlükte olan kurallara göre zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşına kadar görev yapabilecek olan kişilerdir. Zorunlu nedenler dışında bu kişilerin belirtilen süreden önce Danıştay üyeliği görevine son verilmesinin hâkimlik teminatına aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur. Bu anlamda dava konusu kuralların Anayasa'ya uygunluk denetiminde, bu düzenlemenin getirilme gerekçesi önem arz etmekte ve bu gerekçenin söz konusu düzenlemeyi haklı kılan bir sebep olup olmadığının öncelikle incelenmesi gerekmektedir.

149. Kanun'un genel ve madde gerekçelerinden Danıştayda idari ve dava daire sayılarının azaltılmasına ilişkin düzenlemeler yönünden belirtilen gerekçelerin Danıştay üye sayısının azaltılması yönünden de geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre istinaf mahkemelerinin kurulması ve istinaf kanun yolunun kabul edilmesi, getirilen düzenlemenin ana gerekçesini oluşturmaktadır. Kanun'un genel gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir:

“Cumhuriyetin temel niteliklerinden biri olan ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince yargı sistemi, adil olduğu kadar etkin, hızlı ve verimli olmalıdır. Yargının en önemli işlevlerinden biri, Anayasanın 36 ncı maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri gereğince teminat altına alınan adil yargılanma hakkı ve bu hakkın ayrılmaz bir parçası olan makul sürede yargılanma hakkını sağlamaktır. İstinaf kanun yolu bulunmayan ölkelerde ilk derece mahkemelerince verilen kararları kanuna ve hukuka uygunluk bakımından denetleyen yüksek mahkemeler bulunmaktadır. Halen ölkemizde de

temyiz edilebilen bütün kararlar yüksek mahkemelere taşınmakta, bu mahkemeler inceledikleri kararları sadece kanuna ve hukuka uygunluk yönünden değil delil değerlendirmesi yaparak maddi olaya uygunluk yönünden de incelemektedir. Bu durum, yüksek mahkemelerin olağan dışı bir iş yükü ile karşı karşıya kalmalarına ve buna bağlı olarak içtihat mahkemesi olma işlevlerini yeterince yerine getirememelerine neden olmaktadır.

İstinaf ve temyiz mahkemelerinin bulunduğu ülkelerde ise istinaf mahkemeleri ilk derece mahkemelerince verilen kararları kanuna, hukuka ve maddi olaya uygunluk yönünden denetlemekte ve kararların büyük bir çoğunluğu istinaf mahkemelerinde kesinleşmektedir. Buna bağlı olarak temyiz mercii olan yüksek mahkemeler ise gerçek manada içtihat mahkemesi olarak sadece kanuna ve hukuka uygunluk denetimi yapmaktadır.

Davaların daha kısa zamanda sonuçlandırılması, somut olay denetiminin istinaf mercileri tarafından yapılması, yüksek mahkemelerin ise asli görevini icra ederek 'ıçtihat müessesesi' haline gelmesine imkân sağlanması amacıyla 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunla bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının hukuki alt yapısı oluşturulmuştur. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunla da 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda değişiklik yapılarak halen faaliyette bulunan bölge idare mahkemeleri istinaf mercii olarak yapılandırılmıştır.

Söz konusu kanunlarla istinaf sisteminin hukuki alt yapısı kurulmuş ise de hâkim, savcı ve personel sayısının yetersizliği, altyapı çalışmalarının tamamlanamaması gibi sebeplerle istinaf sistemine geçilememiş ve mevcut sistem uygulanmaya devam edilmiştir. Ancak geçen sürede altyapı eksiklikleri tamamlanmış ve istinaf mercilerinde görev yapacak yargı mensupları ile diğer yardımcı personelin atamaları yapılmıştır. 7/11/2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmi Gazetede yayımlandığı üzere istinaf incelemesi yapacak bölge adliye ve bölge idare mahkemeleri 20/7/2016 tarihinde faaliyete geçecektir. İlk derece mahkemelerinin verdiği kararların adli yargıda yaklaşık yüzde doksanınin, idari yargıda ise yaklaşık yüzde sekseninin istinaf kanun yolunda kesinleşeceği tahmin edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, Yargıtay ve Danıştayın iş yükü de aynı oranda azalacaktır. Bu nedenle Yargıtay ve Danıştayın daire ve üye sayılarını yeniden belirleme ihtiyacı doğmuştur..."

150. Madde gerekçesinde de benzer ifadeler yer verilerek “...*istinaf incelemesi yapacak olan bölge idare mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte Danıştayın iş yükünün büyük oranda azalacak olması nedeniyle, Danıştayın üye sayısının azaltılması amaçlanmaktadır*” denilmiştir.

151. Anayasa’nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu ifade edilmiş; 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilmiştir.

152. Anılan maddeler uyarınca kanun koyucu tarafından adli yargıda bölge adliye mahkemeleri kurulmuş, idari yargıda ise yeniden yapılandırılması suretiyle bölge idare mahkemeleri istinaf mahkemesi hâline getirilmiş ve söz konusu düzenlemelerle kanun koyucu tarafından verilen yetkiye dayanılarak Adalet Bakanlığınca bu mahkemelerin 20/7/2016 tarihinde tüm yurtda görev yapmaya başlayacağı kararlaştırılmıştır.

153. Yargı sisteminde yapılan bu değişiklik ile ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların adli yargıda yaklaşık %90’ının, idari yargıda ise yaklaşık %80’inin istinaf kanun yolunda kesinleşmesi beklentisi ifade edilmiştir. Yargıtay ve Danıştayın iş yükünün de aynı oranda azalacak olması nedeniyle Yargıtay ve Danıştay daire ve üye sayılarının yeniden belirlenmesi ihtiyacı, dava konusu kuralların getirilme gerekçesi olarak belirtilmiştir.

154. İstinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi, hukuk sisteminde ve kanun yollarında köklü ve radikal bir değişikliği ifade etmektedir. Doksan yılı aşkın süredir uygulanan (ilk derece mahkemeleri ve temyiz merciinden oluşan) iki dereceli yargı sistemi, araya istinaf mahkemelerinin de eklenmesi suretiyle üç dereceli hâle gelmiş ve bunun sonucunda Danıştayın ve Yargıtayın iş yükünün büyük oranda azalması söz konusu olmuştur. İdari yargıda bölge idare mahkemelerinin daha önce sınırlı sayıda davada yaptığı itiraz incelemesi de kaldırılarak idari davaların büyük çoğunluğu bakımından istinaf yolu kabul edilmiştir. Bu değişiklikle Danıştay ve Yargıtayın iş yükünün azaltılmasının ve bu kurumların gerçek anlamda *icthat mahkemesi* hâline getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

155. Bu kapsamda dava konusu kurallarla Danıştay üyeliğinin sona erdirilmesinin, üç dereceli yargı sistemine geçilmesine ilişkin olarak ülke hukuk sisteminde yapılan köklü değişikliğin bir parçasını ve aynı zamanda bu değişimin bir sonucunu oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle Danıştay üyelerinin görevine son verilmesi, yeni hukuki duruma göre Danıştay daire sayılarının ve Danıştay üyesi kadro sayısının yeniden belirlenerek bu sayıların azaltılmasından kaynaklanmaktadır. Kurallarla bütün üyelerin görevine son verilmekle birlikte görevine son verilen üyelerden, Kanun'la yeniden belirlenen üye kadro sayısı kadar kişinin yeniden Danıştay üyeliğine seçilmeleri öngörüldüğünden uygulamada görevine son verilen üyelerin büyük çoğunluğunun tekrar Danıştay üyesi seçildikleri anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle daha önce Danıştay üyeliği görevinde bulunmayan hiç kimse kurallarla ilk kez Danıştay üyeliğine seçilmemiştir. Bu durum kurallarla getirilen düzenlemenin asıl amacının mevcut Danıştay üyelerinin görevine son verilmesi ve yerlerine başkalarının seçilmesi olmadığını ortaya koymaktadır.

156. Nitekim söz konusu iş yükünün zamanla daha da azalacağı gözetilerek maddenin (17) numaralı fıkrasında, Danıştay meslek mensuplarının kadro sayısı doksana düşünceye kadar boşalan her iki üyelik için bir seçim yapılacağı hükme bağlandığı görülmektedir. Kaldı ki bu durumun Danıştay ile sınırlı olmaması, Yargıtay için de benzer düzenlemenin öngörülmüş olması düzenlemenin belirli bir yargı kurumuna özgü olmadığını, yargı sisteminde meydana gelen değişikliğin bir uzantısı olarak tüm temyiz mercilerini kapsadığını ortaya koymaktadır.

157. Bu bağlamda Danıştay üye sayısının azaltılmasının daire sayısının azaltılmasından bir farkının bulunmadığı, yargı sisteminde yapılan değişiklikle bağlantılı olduğu ve Danıştayın iş yükünde meydana gelecek azalmaya bağlı olarak gerçekleştirildiği açıktır.

158. Bu nedenle Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca yapılan yargıdaki yapısal değişikliğin sonucu olarak, Danıştayın yeni oluşumuna göre hizmetine ihtiyaç duyulan üye sayısının yeniden belirlenmesinde Anayasa'nın 155. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

159. Belirlenen üye sayısının, daha önceki üye sayısından daha az olması ise değişiklik gerekçesi ile uyumlu bulunmaktadır. Bu noktada

Danıştay üye sayısının azaltılmasına rağmen mevcut Danıştay üyelerinin Anayasa’da öngörülen zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşına kadar Danıştay üyesi olarak çalışmaya devam etmelerinin anayasal bir zorunluluk olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

160. Anayasa’nın 140. maddesinde hakimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri hükme bağlanmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri, mahkemelere ve hâkimlere tanınan bir atıfet olmayıp kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkesi gereğince yargılamaların adil ve tarafsız bir biçimde yapılmasını sağlamak amacıyla mahkemelere etkide bulunacak her türlü davranışın önlenmesi ve hâkimlerin verdikleri kararlar nedeniyle görevlerine son verilememesi başta olmak üzere özlük haklarından mahrum bırakılamamasını ifade eden bir durumdur.

161. Danıştay meslek mensupları; Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili, daire başkanları ile üyelerini ifade etmektedir. Daha önce yüz doksan beş olan Danıştay meslek mensupları kadro sayısı dava konusu düzenleme ile yüz on altı olarak belirlenmiştir.

162. Belirlenen yeni üye sayısı, yeni yargı düzeninde hizmetine ihtiyaç duyulan Danıştay üye sayısını ifade etmektedir. Haklı da olsa hiçbir gerekçenin altmış beş yaşından önce Danıştay üyeliğinin sona erdirilmesini mümkün kılmayacağı yolundaki düşünce, yargı teşkilatlanmasında ve kanun yollarında yapılan esaslı değişikliklerin uzun süre uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir sonucun varlığı hâlinde de düzenlemeden beklenen kamu yararının gerçekleşmesi amaçlanan süre içinde mümkün olamaz.

163. Oysa yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere üye sayısının azaltılmasına bağlı olarak mevcut üyelerin üyeliklerinin sona erdirilmesinin sebebini, hukuk sisteminde gerçekleşen *yapısal değişiklik* oluşturmaktadır. Bu yapısal değişikliğin olağan, sıradan ve basit bir değişiklik olmadığı tartışmasızdır. Niteliği itibarıyla bu yapısal değişikliğin, dava konusu kuralların getirilmesi bakımından haklı bir sebep olarak kabul edilemeyeceği söylenemez. Bu anlamda yeniden yapılandırılan Danıştayda yeniden belirlenen Danıştay üyesi kadro sayısını aşan sayıdaki üyenin, yeni sisteme göre Danıştay üyesi olarak hizmetlerine ihtiyaç duyulup duyulmamasına bakılmaksızın *hâkimlik teminatı* uyarınca altmış beş yaşına kadar Danıştay üyesi olarak kalmaya

devam etmeleri zorunluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

164. Danıştay üye sayısının azaltılmasının mevcut üyelerin yargılama faaliyetleriyle ve bu kapsamda verdikleri kararlarla bir ilgisi bulunmadığından *mahkemelerin bağımsızlığı* ilkesine aykırı olduğundan da söz edilemeyecektir.

165. Belirtilen nedenle üye sayısının azaltılması kapsamında Danıştay üyelerinin görevine son verilmesi, tek başına mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmamaktadır. Danıştay üyelerinin görevine son verilmesine ilişkin düzenlemenin *mahkemelerin bağımsızlığı* ve *hâkimlik teminatı* ilkeleri yönünden incelenmesinde, söz konusu düzenlemenin kamu yararı dışında bir sebebe dayanıp dayanmadığı ile görevine son verilen üyeler hakkında bulunulacak hukuki tasarrufların söz konusu ilkelere uygun olup olmadığı hususlarının dikkate alınması gerekmektedir.

166. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil incelenen kuralın kamu yararı dışında belirli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı hususu inceleme konusunu oluşturmaktadır. Bu kapsamda yapılan inceleme sonucunda kuralların kamu yararı dışında özel çıkarlar gözetildiği veya belirli kişiler lehine veya aleyhine düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

167. Danıştay üye sayısını belirleyen kanun koyucu, mevcut üye sayısının yeni belirlenen üye sayısına indirilmesi konusunda tüm yetkiyi Anayasa'ya göre Danıştay üyelerini seçmekle görevli ve yetkili olan HSK ile Cumhurbaşkanı'na vermiştir.

168. Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin görevinin sona ereceği belirtilmek suretiyle bu tarihten itibaren beş gün içinde HSK ve Cumhurbaşkanınca üye seçileceği belirtilmiştir. Mevcut üyeler dışındaki kişilerin Danıştay üyesi olarak seçilmelerine ise imkân tanınmamıştır.

169. Anayasa'nın 155. maddesinin üçüncü fıkrasında, Danıştay üyelerinin dörtte üçünün idari yargı hâkim ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından HSK tarafından, dörtte birinin ise Kanun'da belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği

öngörülmektedir. Anayasa'nın 104. maddesinde de Cumhurbaşkanı'nın yargı ile ilgili olan görev ve yetkileri arasında *"Danıştay üyelerinin dörtte birini seçmek"* sayılmıştır.

170. Kurallarda, üyelikleri sona eren Danıştay üyelerinden HSK'ca seçilmiş olanlar arasından yine HSK'ca, Cumhurbaşkanınca seçilmiş olanlar arasından ise yine Cumhurbaşkanınca seçim yapılacağına belirtilmesi Anayasa'nın anılan hükümlerine aykırı bulunmamaktadır.

171. Anayasa'nın 155. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler..."* denilmektedir.

172. Kurallarda, vekâlet edenler hariç olmak üzere Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Danıştay üyeliklerinin devam edeceği öngörülmektedir.

173. Söz konusu görevlerde bulunan kişilerin görev sürelerinin dört yıl olarak Anayasa'da öngörülmüş olması karşısında bu kişilerin görevlerini Anayasa'da öngörülen süre boyunca sürdürmelerine imkân sağlamak amacıyla görev sürelerinin devam ettiği hususunun belirtilmesi, Anayasa'nın amir hükmü gereğidir. Dolayısıyla bu durumun gözetilmesi suretiyle anılan kişilerin Danıştay üyeliği sona erecek kişiler kapsamı dışında tutulmalarının Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.

174. Aynı sebeplerle Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri ve daire başkanlarının, Danıştay meslek mensupların kadro sayısında dikkate alınmasında da Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

175. Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./.../Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

176. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen *kanun önünde eşitlik ilkesi* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı;

aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

177. Kuralların, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülmüş ise de yukarıda ifade edildiği üzere kuralların Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan düzenlemenin bir sonucu olması karşısında 10. maddeye aykırılığından söz edilemez.

178. Öte yandan üyelikleri sona eren Danıştay üyelerinin bir kısmının yeniden üye seçilecek, bir kısmının ise seçilemeyecek olmasının eşitliğe aykırılık oluşturduğu da ileri sürülmekte ise de öngörülen Danıştay üye kadro sayısına göre tamamının Danıştay üyesi seçilebilmesinin mümkün olmaması karşısında belirli sayıda Danıştay üyesi seçilmesinin doğal bir sonucu olan bu durumun eşitliğe aykırılık oluşturduğu söylenemez.

179. Danıştay üyelikleri sona erenlerden bir kısmının belirlenen üye sayısı gözetilerek yeniden Danıştay üyeliğine seçilmeleri öngörülmekte iken Danıştay üyesi seçilmeyenlerin idari yargıda ya da idare bünyesinde bir göreve atanması öngörülmüştür.

180. Anayasa'nın 140. maddesinde hakim ve savcıların atamalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüş, 159. Maddesinde de HSK'nın hakim ve savcıların atama ve nakil işlemlerini yapacağı belirtilmiştir.

181. Kuralla HSK'ca yeniden Danıştay üyesi seçilmeyen kişilerin HSK'nın ilgili dairesi tarafından Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmaları öngörülmüştür. Bu kural, 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yapılan değişiklikle görev süresi sona eren Danıştay üyeleri yönünden getirilen düzenlemenin geçici madde kapsamında görevi sona erip tekrar Danıştay üyesi seçilemeyen kişiler yönünden geçerli kılınması olarak da tanımlanabilir.

182. Bu nedenle anılan Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya uygunluk denetiminde ayrıntılı olarak belirtilen gerekçeler, bu kural bakımından da geçerli olup bu kişilerin atamalarının Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca idari yargıda hâkim ve savcı atamalarını yapmakla görevli olan ve mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulan ve görev yapan HSK'ca hâkim veya savcı olarak yapılacak olması ve bu kişilerin yeni görev yerlerinde de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre çalışmaya devam edecek olmaları dikkate alındığında bu kişilerin idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmalarının öngörülmesinde *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* ile *hukuk devleti* ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle Danıştay yapısında ve üye sayısında yapılan değişikliklerin zorunlu sonucu olarak Danıştay üyeliği görevine son verilen kişilerin hâkimlik mesleğini sürdürmelerinin hükme bağlanmış olması, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırı değildir.

183. Cumhurbaşkanınca yeniden Danıştay üyesi seçilmeyen kişiler yönünden ise bu kişilere tercih hakkı tanınmıştır.

184. Seçim tarihinden itibaren beş gün içinde idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunanların HSK ilgili dairesi tarafından beş gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmaları öngörülmüştür. Kanun'un 9. maddesinin (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya uygunluk denetiminde belirtilen gerekçeler ve ulaşılan sonuçlar, bu kişilere yönelik dava konusu kural bakımından da geçerli bulunmaktadır. Aynı gerekçelerle kural Anayasa'ya aykırı değildir.

185. Seçim tarihinden itibaren beş gün içinde idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmayanların ise başka bir göreve atanmak üzere Başbakanlığa bildirilecekleri belirtilmiştir. Bu kişilerin idarenin bünyesi içinde bir göreve atanacakları anlaşılmaktadır.

186. Dava dilekçesinde, atanacakları görevin idare tarafından belirlenecek olmasının bu kişilerin daha önce vermiş olduğu kararların idare tarafından değerlendirilmesine ve bu suretle atanacakları görevin belirlenmesine neden olacağı, kararları denetlenen idare tarafından ilgililerin yeni görevinin belirlenmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

187. Danıştay üyeliği görevi sonrasında kendilerine hâkimlik görevine devam etme imkânı tanınmasına rağmen bunu tercih etmeyip idari göreve atanma tercihinde bulunanların bu tercihlerinin bir sonucu olarak yeni görevlerine idare tarafından atanacak olmaları, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olup bu kişilerin atamalarının bünyesi içinde görev yapmak istedikleri *idare* tarafından yapılmasında mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

188. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi; normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

189. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

190. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkının tanınması hak arama özgürlüğünün ön koşulunu oluşturur.

191. Anayasa Mahkemesinin *kamu görevlilerinin* kanunla görevden alınmalarına ve başka görevlere atanmalarına ilişkin düzenlemeler yönünden daha önce ifade ettiği gibi;

"Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilememesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte, hukuki ve fiili zorunluluk hallerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de

kabul edilmektedir. Söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Kanun koyucu Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapabilir. Kamu hizmetinin gerekleri yönünden ve kamu yararı amacıyla yeni kadrolar ihdas edebileceği gibi, mevcut bazı kadroları da kaldırabilir. Ayrıca, kamu idareleri ile kamu görevlileri arasındaki ilişkiler, kural tasarruflarla düzenlendiğinden, kamu görevlilerinin statülerine ilişkin yeni kurallar koyabilir ya da var olan kuralları değiştirebilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında, teşkilat yapısı değiştirilen kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin sona erdirilerek başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmakta ve hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açmamaktadır.

Bu durumda, ilgililerin başka kadrolara atanmalarının sebep unsuru, ilgili kurumun ya da kuruluşun yeniden teşkilatlandırılması olup yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden tamamen farklıdır. Söz konusu hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılması, kanun koyucunun takdir alanı içindedir.” (AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

192. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirme kapsamında HSK’da görev yapan hâkimler ile Türkiye Adalet Akademisinde görev yapan hâkimlerin bu kurumlardaki görevlerine son verilmesinin öngörüldüğü 15/2/2014 tarihli ve 6524 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un iptali talebiyle açılan davada, kamu görevlilerinin görevine son verilmesi durumunun bu kişilerin çalıştıkları kurumun yapısal değişikliğinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hukuki ve fiilî zorunluluklar sebebine dayanıp dayanmadığını incelemiş ve bu inceleme sonucunda HSK’da görev yapan hâkimlerin görevden alınmasına ilişkin kuralı iptal ederken Türkiye Adalet Akademisinde görev yapan hâkimlerin görevlerine son verilmesine ilişkin kanuni düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (AYM, E.2014/57, K:2014/81, 10/4/2014).

193. Danıştay üyeleri de geniş anlamda *kamu görevlileri* kapsamına girdiğinden Danıştay üyeliğine kanunla son verilmesine ilişkin düzenlemenin de anılan içtihat çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. Kanun'un gerekçesinde ifade edilen ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan; istinaf kanun yolunun kabulü ile buna bağlı olarak Danıştay iş yükünün azalması gerekçesine dayalı olarak Danıştayın daire sayısının azaltılmak suretiyle daha küçük bir yapıya dönüştürülmesi, Danıştay üyelerinin söz konusu yapısal değişikliğin hukuki ve fiilî zorunlu sonucu olarak görevlerine son verilmesine sebep olduğundan söz konusu düzenlemede hukuki güvenlik ilkesine ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık bulunmamaktadır.

194. Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyen kişilerin özlük hakları, maddenin (7) numaralı fıkrasında düzenlenmekte ve Danıştay üyelikleri sona erenlerin seçim veya atamalarının yapıncaya kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunacağı ve bunlardan idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmadığı için idari görevlere atananların Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edecekleri hükme bağlanmıştır.

195. Anayasa'nın 139. maddesinde, hâkimler ve savcılarının bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları hükme bağlanmıştır.

196. Kurala ilişkin yasama süreci incelendiğinde; kanun tasarısında, Danıştay üyeliğine yeniden seçilemeyenler arasında bir ayırım yapılmaksızın bu kişilerin tamamının Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edeceklerinin öngörülmesine rağmen tasarının görüşüldüğü TBMM Adalet Komisyonunda “...*idari yargıda hakim ve savcı unvanıyla bir göreve atanan Danıştay üyelerinin hakimlik teminatlarının devam edecek olması ve hakimlerin yararlandığı her türlü mali ve sosyal haklardan yararlanacak olmaları nedeniyle, bu kişilerin özlük haklarını koruyucu bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaması...*” gerekçesiyle madde metninde değişiklik yapıldığı ve yalnızca idari yargıda göreve atanmak için talepte bulunmadığı için idari görevlere atananların Danıştay üyelerine tanınan özlük haklarını almaya devam etmelerinin

öngörüldüğü ve maddenin değiştirilen hâliyle TBMM Genel Kurulunda kabul edilerek kanunlaştığı anlaşılmaktadır.

197. Kanun'un yürürlüğe girdiği ve Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona erdirildiği tarih itibarıyla Danıştay üyeleri ile yeniden seçilemediği için *idari yargıda sınıf ve derecesine uygun bir göreve atanan* hâkimlerin özlük hakları arasında bir farklılığın bulunmadığı; bu kişilerin çalışırken aldıkları aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları ile emekli olduklarında aldıkları emeklilik maaşlarının aynı olduğu gözetildiğinde hâkim olarak görev yapacak kişiler için ayrıca bir düzenleme yapılmaksızın yalnızca Cumhurbaşkanınca yeniden Danıştay üyesi seçilmeyen ve idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmadığı için idari görevlere atananların Danıştay üyelerine sağlanan her türlü özlük haklarını almaya devam edeceklerinin hükme bağlanmasında hâkimlik teminatına aykırılık bulunmamaktadır.

198. Cumhurbaşkanı tarafından yeniden üye seçilmeyenlerden idari yargıda görev almak istemeyenlere Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakların ödenmeye devam edileceğine ilişkin kural ise özlük hakları bakımından bu kişiler ile Danıştay üyeliği sona eren ve idari yargıda hâkim olarak görev yapan diğer kişiler arasında bir farkın yaratılmaması konusunda kanun koyucunun takdirini yansıtmakta olup kuralda hukuk devleti ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırılık söz konusu değildir.

199. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 10., 36., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

b. Maddenin (8) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

200. Dava dilekçesinde özetle; maddenin (5) ve (6) numaralı fıkraları yönünden belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu fıkra yönünden de geçerli olduğu, HSK üyeliği sonrası Danıştay üyeliğine seçilemeyenlerin atanacakları göreve ilişkin düzenlemenin Danıştay üye sayısının azaltılması ile doğrudan ilgili olduğu, buna ilişkin Anayasa'ya

aykırılık iddialarının bu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

(1) Birinci Cümle

201. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 159. maddesi yönünden de incelenmiştir.

202. Kuralla, Danıştay üyelerinden HSK üyeliğine seçilmiş olup 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla HSK asıl üyeliği devam edenlerin bu görevlerinin bitmesine üç ay kala ilgisine göre HSK veya Cumhurbaşkanı tarafından yeniden Danıştay üyeliğine seçilebilecekleri hükme bağlanmıştır.

203. Anayasa'nın 159. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı belirtilen HSK'nın üyeleri arasında yüksek mahkeme üyeliğinden seçilenler de bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme üyeliğinden HSK üyeliğine seçilen kişiler hakkında söz konusu görevleri sonrasında tesis edilecek işlemlerde *mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı* esaslarının dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur.

204. 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'nun 28. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde, yüksek mahkeme üyeliğinden HSK üyeliğine seçilenlerden HSK üyeliği sona erenlerin herhangi bir işleme gerek olmaksızın ve boş kadro şartı aranmaksızın geldikleri yüksek mahkeme üyeliği görevine geri dönecekleri ve boşalan ilk üye kadrosunun kendilerine tahsis olunacağı öngörülmektedir. Söz konusu kuralda bugüne kadar herhangi bir değişiklik yapılmamış ancak dava konusu kuralla anılan Kanun'un 28. maddesinde yer alan düzenlemeye istisna getirilmiş ve Danıştay üyelerinden 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte HSK asıl üyeliği devam edenlerin bu görev süresinin sonunda yeniden Danıştay üyeliğine seçilebilmesi konusunda ilgisine göre HSK'ya veya Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisi tanınmıştır. Kuralda yer alan "...ilgisine göre..." ibaresiyle bu kişilerin HSK üyeliğinden önce Danıştay üyeliğine kendilerini seçen makam ya da kurum ifade edilmektedir.

205. 6087 sayılı Kanun'un dava konusu kuralın kabul edildiği tarihte yürürlükte olan 18. maddesi uyarınca HSK'nın iki asıl ve iki yedek üyesinin Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca seçilmesi öngörülmüştür.

206. Danıştay üyesi iken Danıştayı temsilen HSK üyeliğine seçilen ve HSK üyeliği görevi sonunda 6087 sayılı Kanun'un 28. maddesi uyarınca Danıştay üyeliği görevine geri dönecek olan kişilerin, HSK üyeliği görevi sonrası Danıştay üyeliği görevlerine geri dönmelerine engel oluşturacak hukuki bir zorunluluk hâlinin varlığı gibi haklı bir sebep ortaya konulmaksızın Danıştay üyeliği görevlerine dönüp dönmemeleri konusunda ilgisine göre HSK ve Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisinin tanındığı anlaşılmaktadır.

207. Kuralın yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyeleri arasından seçilen iki HSK üyesinin bulunduğu gözetildiğinde anılan kural uyarınca bu kişilerin her ikisinin de Danıştay üyeliğine seçilmelerinin mümkün olduğu gibi her ikisinin de seçilmeyebileceği ya da birinin seçilip diğerinin seçilmeyebileceği açıktır. Söz konusu kişilerin Danıştay üyeliğine seçilebilmelerinin mümkün kılınması karşısında Danıştay daire sayıları ile üye sayılarının azaltılması yönlerinden 6723 sayılı Kanun'da belirtilen gerekçelerin kural yönünden geçerli olmadığı açıktır.

208. Belirtilen hukuki çerçevede bu kişilerin HSK üyeliği görevi sonrası Danıştay üyeliği görevlerine geri dönmelerinin öngörüldüğü genel kuraldan farklı olarak dava konusu kuralla getirilen düzenleme ile Danıştay üyeliğine seçilip seçilmeme konusunda ilgililere sınırsız takdir yetkisinin tanınması, mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlik teminatı esaslarına ve HSK'nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yapacağına ilişkin Anayasa hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

209. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 138., 139. ve 159. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI bu görüşe farklı gerekçe ile katılmışlardır.

Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 138., 139. ve 159. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 140. ve 155. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

(2) İkinci Cümle

210. Kuralla, Danıştay üyeliğine yeniden seçilenlerin HSK üyeliğinin sona ermesinden itibaren on iki yıl görev yapacakları hükme bağlanmaktadır.

211. Maddenin (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Danıştay üyeliğine yeniden seçilenlerin görev süreleri belirlenmiş ve bu kişilerin on iki yıl görev yapacakları düzenlenmiştir. Dava konusu kural da söz konusu sürenin HSK üyeliği sonrası Danıştaya geri dönen üyelere uygulanmasından ibaret bulunmaktadır. Bu nedenle konu öncelikle (9) numaralı fıkra yönünden incelenmiş ve bu inceleme sonucunda (9) numaralı fıkra yönünden ulaşılan sonuç ve fıkranın Anayasa'ya uygunluk denetiminde belirtilen gerekçelerin dava konusu kural bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiştir.

212. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

(3) Üçüncü ve Dördüncü Cümleler

213. 2575 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümleler, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kurallar yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

c. Maddenin (9) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

214. Dava dilekçesinde özetle; seçilen üyelerin görev sürelerinin düzenlenmesine ilişkin kuralın somut ve objektif ölçütler içermediği,

belirsiz olduğu, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve kadro sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemeler ile ilgili olduğu ve diğer fıkralar yönünden ifade edilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu kural bakımından da geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

215. Kuralla, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler (Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanlar) ile ikinci fıkrası uyarınca (yeniden) seçilen üyelerin 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki yıl görev yapacakları; bu üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevlerinin, bu görevlerinin süresi bitene kadar devam edeceği ancak İdari Dava Daireleri Kurulunda görevi devam eden üyelerin sayısının on dörtten fazla olması hâlinde üyelerden hangilerinin görevlerine devam edeceğinin Başkanlık Kurulunca belirleneceği hükme bağlanmıştır.

216. Kural kapsamındaki kişilerin on iki yıl görev yapacakları yolundaki hüküm, Danıştay üyelerinin on iki yıl için seçileceklerine ilişkin 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasının bu kişilere uygulanmasından ibaret bulunmaktadır ve söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapıldığı bölümde belirtilen gerekçeler, incelenmekte olan kural bakımından da geçerlidir. Seçilen üyelerin görev sürelerinin düzenlenmesine ilişkin kuralın somut ve objektif ölçütler içermediği de söylenemez.

217. Kural kapsamındaki üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevlerinin, bu görevlerinin süresi bitene kadar devam edeceği yolundaki düzenleme açık olup kuralda belirsizlik bulunmamaktadır. İdari Dava Daireleri Kurulunda görevi devam eden üyelerin sayısının on dörtten fazla olması hâlinde ise üyelerden hangilerinin görevlerine devam edeceğinin Başkanlık Kurulunca belirleneceğinin hükme bağlanması da İdari Dava Daireleri Kurulunun üye sayısının gözetilmesi sonucunda getirilen bir kural olduğundan ve bu Kurulun üyelerinin görevlendirilmelerinin Başkanlık Kurulunun olağan yetkisi kapsamında bulunduğu kuralda Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

218. Kuralın Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve Danıştay üyesi kadro sayısının azaltılmasına bağlı olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı hakkında belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de tekrar edilmiş ise de yapılan inceleme sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemeler yönünden ileri sürülen iddiaların kural yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Söz konusu bölümlerde belirtilen gerekçeler, kural bakımından da geçerlidir.

219. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

ç. Maddenin (10) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

220. Dava dilekçesinde özetle; kuralın Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve kadro sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemeler ile ilişkili olduğu ve bu düzenlemeler yönünden ifade edilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu fıkra bakımından da geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

221. Kuralla, seçilmeyen üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevlerin de 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sona ereceği, bu görevler için (2) numaralı fıkra uyarınca yapılan seçimlerin tamamlanmasından itibaren on gün içinde atama veya seçim yapılacağı düzenlenmektedir.

222. Danıştay üyelerinin Danıştay üyeliği görevinin yanı sıra başka bir görevi yürütmeleri de mümkündür. Bu görevler, Danıştay üyeliği nedeniyle atama ya da seçim yoluyla geline görevler olduğundan bu görevlerin sürdürülmesi Danıştay üyeliğinin sürdürülmesine, bir diğer deyişle Danıştay üyesi kadrosunda bulunulmasına bağlıdır.

223. Açıklanan nedenle Danıştay üyeliğinin sona ermesine bağlı olarak atama ya da seçim yoluyla yürütülen görevlerin de sona ermesinde ve bu görevler için on gün içinde yeniden atama veya seçim yapılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

224. Kuralın, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve kadro sayısının azaltılmasına bağlı olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı hakkında belirtilen gerekçelerin bu kural yönünden de geçerli olduğu ileri sürülmüş ise de yapılan inceleme sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemeler yönünden ileri sürülen iddiaların kural yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Söz konusu bölümlerde belirtilen gerekçeler, kural bakımından da geçerlidir.

225. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

d. Maddenin (11) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

226. Dava dilekçesinde özetle; kuralın Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanması ile kadro sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemelerin sonucu olduğu ve bu düzenlemeler yönünden ifade edilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

227. Kuralla, maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler (Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanlar) ile (2) numaralı fıkra uyarınca (yeniden) seçilen üyelerin daha önce Danıştay üyesi olarak çalıştıkları sürelerin üyelik kıdeminde dikkate alınacağı öngörülmüştür.

228. Kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması, hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir.

229. Üyelik kıdemi, üye olarak görev yapılan süreyi ifade ettiğinden Danıştay üyelikleri devam edenler ile Danıştay üyeliğine yeniden seçilenlerin üyelik kıdemlerinin belirlenmesinde 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki Danıştay üyeliği sürelerinin de dikkate alınacağının öngörülmesinde hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

230. Kuralın, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve kadro sayısının azaltılmasına bağlı olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı hakkında belirtilen gerekçelerin bu kural yönünden de geçerli olduğu ileri sürülmüş ise de yapılan inceleme sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemeler yönünden ileri sürülen iddiaların kural yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Söz konusu bölümlerde belirtilen gerekçeler, kural bakımından da geçerlidir.

231. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

e. Maddenin (12) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

232. Dava dilekçesinde özetle; kural maddenin (3) numaralı fıkrasının sonucu niteliğinde olduğundan (3) numaralı fıkra yönünden belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin burada da geçerli olduğu, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanması ile kadro sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemelerle ilgili olması nedeniyle bu düzenlemelerle birlikte yorumlanması gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

233. Kuralla, Başkanlık Kurulunun maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca yapılan seçimlerin tamamlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Danıştay üyelerinin hangi dairelerde görev yapacağını yeniden belirleyeceği hükme bağlanmıştır.

234. 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinde *“Üyelerin görev yerlerini, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak belirlemek”* Başkanlık Kurulunun görevleri arasında sayıldığından Danıştay üyelerinin yeniden seçilmesinden sonra Başkanlık Kurulunun dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Danıştay üyelerinin hangi dairelerde görev yapacağını belirlemesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

235. Kuralın, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ve kadro sayısının azaltılmasına bağlı olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılığı hakkında belirtilen gerekçelerin bu kural yönünden de geçerli olduğu ileri sürülmüş ise de yapılan inceleme sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemeler yönünden ileri sürülen iddiaların kural yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Söz konusu bölümlerde belirtilen gerekçeler, kural bakımından da geçerlidir.

236. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

f. Maddenin (13), (14), (15) ve (16) Numaralı Fıkraları

i. İptal Talebinin Gerekçesi

237. Dava dilekçesinde özetle; kuralların Danıştayın üye sayısının azaltılması neticesinde daire sayılarının azaltılması ile ilgili olduğu, bu nedenle söz konusu kurallarla birlikte yorumlanması gerektiği, Danıştay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık

gerekçelerinin bu kurallar bakımından da geçerli olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 138, 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

238. Maddenin;

- (13) numaralı fıkrasıyla, Başkanlık Kurulunun, iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını 13. maddede öngörülen daire sayısına indireceği ancak bu dairelerin Başkanlık Kurulunca kapatılncaya kadar görevlerine devam edecekleri,

- (14) numaralı fıkrasıyla, Başkanlık Kurulunun (13) numaralı fıkra uyarınca yapılan her daire kapatma işleminden sonra iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak daireler arasındaki iş bölümünü yeniden belirleyeceği, buna ilişkin kararın derhâl Resmî Gazete'de yayımlanacağı ve yayımı tarihinden itibaren on gün sonra uygulanmaya başlanacağı,

- (15) numaralı fıkrasıyla, Başkanlık Kurulunun, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak kapatılan dairelerde görev yapan daire başkanı, üye ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağını belirleyeceği; dairelerde görev verilmeyen daire başkanlarının başkanlık süresinin bitimine kadar Danıştay Başkanlığı nezdinde görev yapacağı, başkanlık görev süresi Danıştay Başkanlığı nezdinde sona erenlerin veya başka bir daireye başkan olarak görevlendirilenlerin daire başkanlığı kadrolarının başka bir işleme gerek kalmaksızın üye kadrosuna dönüşeceği,

- (16) numaralı fıkrasıyla, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dava dosyalarının ayrıca bir karar verilmesine yer olmaksızın listeye bağlanmak suretiyle mevcut hâllerle ilgili daireye devredileceği,

hükme bağlanmıştır.

(1) (13) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesi

239. 2575 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesinin (13) numaralı fıkrasının dava konusu birinci cümlesinde yer alan "...üç..." ibaresi

20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 35. maddesiyle "...altı..." şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

240. Açıklanan nedenle anılan fıkranın birinci cümlesine yönelik iptal talebinin konusu kalmadığından bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

(2) (13) Numaralı Fıkranın İkinci Cümlesi ile (14), (15) ve (16) numaralı Fıkraların İncelenmesi

241. Kurallar; Danıştay daire sayısının belirli sürede azaltılması, kapatılan daireler sonrası daireler arası iş bölümünün yeniden belirlenmesi, kapatılan dairelerde görev yapan daire başkanı, üye ve tetkik hâkimlerinin yeni görev yerlerinin belirlenmesi, kapatılan dairelerin daire başkanlarının başkanlık görev sürelerinin sona ermesi üzerine daire başkanlığı kadrolarının üye kadrosuna dönüşmesi, iş bölümüne ilişkin kararın yayımlanmasından sonra dava dosyalarının ilgili daireye devredilmesine ilişkin olup 2575 sayılı Kanun'da 6723 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerin temelini oluşturan Danıştay daire ve üye sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemelerin uzantısı niteliğini taşımakta ve ana kurallara uyum sağlama amacını gütmektedir. Söz konusu ana düzenlemelerle öngörülen değişikliklerin gerçekleştirilme yöntemini belirleyen ve konuya ilişkin ayrıntılara yer veren kurallarda, kanun koyucuya tanınan takdir yetkisinin anayasal sınırlar dışında kullanıldığını gösteren bir husus bulunmadığı gibi Danıştayın kuruluşu ve işleyişinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasa hükmüne de aykırılık bulunmamaktadır.

242. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

g. Maddenin (17) Numaralı Fıkrası

i. İptal Talebinin Gerekçesi

243. Dava dilekçesinde özetle; maddenin önceki fıkralarının iptali hâlinde bu fıkranın uygulanma imkânının kalmayacağı, boşalan her iki üyelik için bir seçim yapılmasının ve seçim yapılmayan üye kadrolarının iptal edilmiş sayılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına müdahale niteliği taşıdığı, kuralın Danıştay üyelerinin görev

süresinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerle ilgili olduğu, bu nedenle söz konusu düzenleme ile birlikte yorumlanması gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

244. Kuralla, Danıştay meslek mensupları kadro sayısının doksana düşünceye kadar boşalan her iki üyelik için bir üye seçiminin yapılacağı, seçim yapılmayan üye kadrolarının başka bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı, kadro sayısı doksana düşünceye kadar 9. maddeye göre yapılacak duyurunun sekizinci üyeliğin boşaldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde yapılacağı hükme bağlanmaktadır.

245. Madde gerekçesinde, kuralın Danıştayın daire sayısının kademeli olarak azaltılmasına bağlı olarak getirildiği ifade edilmiştir. Yüz on altıya düşürülen Danıştay meslek mensubu kadro sayısının Danıştaydaki iş yükünün daha da azalmasına bağlı olarak doksana düşürülmesini öngören ve bu amaçla boşalan her iki üyelik için bir üye seçiminin yapılacağını ve seçim yapılmayan üye kadrosunun iptal edilmiş sayılacağını düzenleyen kural, kanun koyucunun anayasal sınırlar içinde kullandığı takdir yetkisini yansıtmaktadır.

246. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

11. Kanun'un 15. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinde Yer Alan "...yirmi üç..." İbarelerinin "...on iki..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

247. Dava dilekçesinde özetle; istinaf mahkemelerinin Yargıtayın iş yükünü azaltacağı varsayımına dayanılarak daire sayısının azaltıldığı, bireylerin hak arama özgürlüğü kapsamında etkili başvuru yolunun yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ile ilişkili olduğu, daire sayısının azaltılmasının davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına engel teşkil edeceği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

248. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 154. maddesi yönünden de incelenmiştir.

249. 2797 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, Yargıtayda on iki hukuk, on iki ceza dairesi ve her dairede bir daire başkanı ile yeteri kadar üyenin bulunacağı hükme bağlanmış olup maddede yer alan "...on iki..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

250. Anayasa'nın 154. maddesinin beşinci fıkrasında *"Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemenin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."* denilmiştir.

251. 6723 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, davaların daha kısa zamanda sonuçlandırılması, somut olay denetiminin istinaf mercileri tarafından yapılması, yüksek mahkemelerin ise asli görevini icra ederek *icthat müessesesi* hâline gelmesine imkân sağlanmak amacıyla 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'la bölge adliye mahkemelerinin kurulmasının hukuki altyapısının oluşturulduğu ancak hâkim, savcı ve personel sayısının yetersizliği, altyapı çalışmalarının tamamlanamaması gibi sebeplerle istinaf sistemine geçilemediği, geçen süre zarfında altyapı eksikliklerinin tamamlanarak istinaf mercilerinde görev yapacak yargı mensupları ile yardımcı personelin atamalarının yapıldığı, 7/11/2015 tarihli ve 29525 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandığı üzere bölge adliye mahkemelerinin 20/7/2016 tarihinde faaliyete geçeceği, ilk derece mahkeme kararlarının adli yargıda yaklaşık %90'ının istinaf kanun yolunda kesinleşeceğinin tahmin edildiği, bunun doğal sonucu olarak iş yükü aynı oranda azalacak olan Yargıtayın daire ve üye sayılarının yeniden belirlenme ihtiyacının doğduğu ifade edilmiştir.

252. 6723 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemeler, Yargıtaya özgü olmayıp Danıştay'ı da kapsayan ve adli ve idari yargı kollarında yargı teşkilatlanmasına ve kanun yollarının yeniden düzenlenmesine ilişkin bulunduğundan ve dava konusu kurallar bu genel düzenlemenin bir parçasını oluşturduğundan Danıştayın daire sayılarının azaltılmasına ilişkin 6723 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa'ya uygunluk

denetiminde yapılan değerlendirmeler ve ulaşılan sonuç, bu kurallar bakımından da geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda Yargıtayda hukuk ve ceza dairelerinin sayısının yirmi üçten on ikiye düşürülmesinin kamu yararına aykırı olduğu söylenemeyeceği gibi bu hususun kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığı da açıktır. Daire sayısının azaltılması, bu dairelerin makul süre içinde karar vermelerine de engel oluşturmamaktadır.

253. Kaldı ki dosya sayısının kısa zamanda istenen seviyeye düşmeyeceği gerekçesiyle geçici 15. maddenin on ikinci fıkrasıyla dairelerin tedricî olarak kapatılması öngörülmüştür. Buna göre Başkanlık Kurulu iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını dava konusu kurallarda öngörülen sayılara indirecek ve bu daireler kapatılınca kadar görevlerine devam edeceklerdir. Bu durumda dava konusu kurallar, Kanun'un Resmî Gazete'de yayımı tarihinde yürürlüğe girmekle beraber bu tarih itibarıyla fiilen daire sayısının azalması sonucunu doğurmamaktadır. Geçiş dönemi öngörülmek suretiyle belirli bir süre zarfında daire sayılarının azaltılması amaçlanmakta ve bu konuda Başkanlık Kuruluna yetki tanınmaktadır.

254. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 36., 141. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgileri görülmemiştir.

12. Kanun'un 16. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "...beş..." İbaresinin "...üç...", "...beşten..." İbaresinin "...üçten..." ve "...daire sayısının en az iki katı..." İbaresinin "...her daireden en az bir..." Şeklinde Değiştirilmesinin, İkinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümleinin ve Üçüncü Fıkrasında Yer Alan "...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin..." İbaresinin Madde Metninden Çıkarılmasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

255. Dava dilekçesinde özetle; kuralların Yargıtayın üye sayısının azaltılması neticesinde daire sayılarının azaltılması ile ilgili olduğu, bu nedenle söz konusu kurallarla birlikte yorumlanması gerektiği, Yargıtay daire sayısının azaltılmasını öngören 15. maddeye ilişkin Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu kurallar bakımından da geçerli olduğu

belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

256. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 142. ve 154. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

257. Hukuk ve Ceza Genel Kurullarını düzenleyen 2797 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

- İkinci fıkrası *"Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının içtihadı birleştirme toplantılarında; bu kurullara bağlı dairelerin her birinin mevcudu üç itibar edilerek toplamının en az üçte ikisi kadar üyenin, diğer toplantılarında, işi görüşme konusu olan daireden üçten fazla üyenin katılmaması koşuluyla bu kurullara bağlı her daireden en az bir üyenin bulunması zorunludur. Genel kurul toplantısına katılan üye sayısının çift olması hâlinde, ilgili kurul başkanı tarafından belirlenecek daireden bir üye daha Kurula katılır."* hükmünü içermekte olup anılan fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...üç...", "...üçten..." ve "...her daireden en az bir..." ibareleri ile ikinci cümlesi,

- Üçüncü fıkrası, *"Toplantılarda daire başkanlarının en az yarısından fazlasının (...) bulunması zorunludur."* hükmünü içermekte olup anılan fıkrada daha önce yer alan *"...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin..."* ibaresinin madde metninden çıkarılması,

dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

258. Anayasa'nın 142. maddesinde *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"* denilmiştir.

259. Anayasa'nın 154. maddesinin son fıkrasında *"Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemenin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."* denilmiştir.

260. Kurallar, Yargıtay daire ve üye sayısının azaltılmasına bağlı olarak Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının içtihadı birleştirme toplantılarına katılacak dairelerin üye sayısının belirlenmesine ilişkindir.

261. Madde gerekçesinde, Yargıtayın üye sayısının 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte üç yüze (bu sayı TBMM Genel Kurulunda verilen bir önerenin kabulüyle üç yüz on olarak değişmiştir.) ve boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılmak suretiyle tedricen iki yüze indirilmesi ve bu durumun her dairede sadece bir heyetin çalışmasına imkân sağlaması nedeniyle Hukuk Genel Kurulu veya Ceza Genel Kurulunun toplantı günlerinde dairelerin heyet oluşturabilmesi için anılan Kurullara katılacak üye sayılarının yeniden belirlenmesi amacıyla değiştirildiği ifade edilmiştir.

262. Yargıtaydaki üye sayısının azaltılmasına ilişkin düzenlemenin yer aldığı anılan Kanun'un 22. maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunmaması nedeniyle bu düzenlemeye bağlı olarak Hukuk ve Ceza Genel Kurullarına katılacak üye sayılarının yeniden belirlenmesi de aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır.

263. Öte yandan, bu Kurulların yargısal niteliğinin gözetilerek genel kurul toplantısına katılan üye sayısının çift olması hâlinde oylama sonucunda oyların eşit çıkmasının önlenmesi amacıyla, ilgili Kurul başkanı tarafından belirlenecek daireden bir üyenin daha Kurula katılmasının öngörülmesinin Anayasa'nın 142. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

264. Açıklanan nedenlerle, kurallar Anayasa'nın 2., 36., 141., 142. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kurulların Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgileri görülmemiştir.

13. Kanun'un 17. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'un 29. Maddesine Eklenen İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Fıkraların İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

265. Dava dilekçesinde özetle; Yargıtay üyelerinin görev süresinin on iki yıl ile sınırlandırılmasının ve özlük haklarının ortadan kaldırılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı olduğu, Danıştay üyelerinin görev süresinin on iki yıl olarak belirlenmesine ilişkin düzenleme yönünden iddia edilen Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin bu kurallar bakımından da geçerli olduğu belirtilerek kurulların Anayasa'nın 2., 90., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

266. 2797 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen;

- İkinci fıkrayla, Yargıtay üyelerinin on iki yıl için seçileceği, bir kimsenin iki defa Yargıtay üyesi seçilemeyeceği,

- Üçüncü fıkrayla; görev süresi sona erenlerin HSK ilgili dairesi tarafından adli yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacağı,

- Dördüncü fıkrayla; görevi sona eren üyelerin Yargıtayla ilişkilerinin kesileceği, ancak atamaları gerçekleşinceye kadar özlük haklarının Yargıtay tarafından karşılanmaya devam olunacağı,

hükme bağlanmıştır.

267. Yargıtay üyelerinin görev süresi ile görev süresinin sonunda atanacakları göreve ve özlük haklarına ilişkin kurallar, 6723 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen (3), (4) ve (6) numaralı fıkralar ile aynıdır. Bu nedenle anılan fıkraların Anayasa'ya uygunluk denetiminde yapılan değerlendirmeler ve gerekçeler Anayasa'nın 154. maddesi kapsamında mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esasları yönünden Yargıtay üyeleri yönünden de geçerli bulunmakta ve dava konusu kurallarda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

268. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Basri BAĞCI, ikinci fıkra yönünden bu görüşe katılmamıştır.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgileri görülmemiştir.

14. Kanun'un 22. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 15. Maddenin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

269. Dava dilekçesinde özetle; mevcut Yargıtay üyelerinin üyeliklerinin sona erdirilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırı olduğu, Anayasa'da Yargıtay üyelerinin görev süresine yer verilmediğinden kanun koyucunun bu konuda düzenleme yetkisinin bulunmadığı, Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcivekili ve daire başkanı

olarak görev yapanların Yargıtay üyeliklerinin devam edeceğinin kabul edilmesinin eşitliğe aykırı olduğu, yeniden Yargıtay üyesi seçilmeyenlerin atanacakları görevin belirlenmesi bakımından objektif bir ölçütün bulunmamasının keyfiliğe yol açacağı, Yargıtay üyeliğinin bir statü olması nedeniyle bu statüye bağlı haklar yönünden ilişkinin kesilmesinin önemli olduğu, yalnızca özlük haklarının korunmasının Anayasa'ya aykırılığı gidermediği, dava konusu maddenin birinci fıkrasında Yargıtay üyeliği devam edecek kişilerin sayıldığı, diğer fıkraların Yargıtay üyelerinin görev sürelerinin sınırlanmasına ilişkin düzenlemelerle ilgili olduğu, birinci fıkra yönünden belirtilen hususların diğer fıkralar bakımından da geçerli olduğu, Danıştay üyelerine yönelik düzenlemelere ilişkin gerekçelerin bu kurala ilişkin gerekçelerle birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

270. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 159. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

271. 2797 sayılı Kanun'un geçici 15. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay üyelerinin üyelikleri sona erer. Ancak yeni seçim yapılmıncaya kadar görevlerine devam eden eski başkanlar hariç olmak üzere, bu tarih itibarıyla Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekili, Cumhuriyet Başsavcıvekili, daire başkanı olarak görev yapanların Yargıtay üyelikleri devam eder.

Birinci fıkra uyarınca üyelikleri sona eren Yargıtay üyeleri arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, üçüncü fıkradaki kadro sayısı dikkate alınmak suretiyle Yargıtay üyesi seçimi yapılır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Yargıtay meslek mensuplarının (Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcıvekili, daire başkanları ve üyeler) kadro sayısı üç yüz ondur. Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam edenler, kadro sayısında dikkate alınır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla üçüncü fıkra belirtilen kadro sayısını aşan üye kadroları herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Yargıtay üyeliğine seçilmeyenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır.

Üyelikleri sona erenlerin, seçim veya atamaları yapılınca kadar, özlük hakları Yargıtay tarafından karşılanmaya devam olunur.

Yargıtay üyelerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asıl üyeliği devam edenler, bu görevlerinin bitmesine üç ay kala Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yeniden Yargıtay üyeliğine seçilebilirler. Yeniden seçilenler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona ermesinden itibaren on iki yıl görev yaparlar. Yeniden seçilmeyenler ise, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliği sona erdikten sonra Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanır. Ancak bu kişiler bakımından 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanununun 28 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmü uygulanır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyeler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on iki yıl görev yaparlar. Bu üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevleri, bu görevlerinin süresi bitene kadar devam eder.

Seçilmeyen üyelerin atama veya seçim nedeniyle yürüttükleri görevler de bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla sona erer. Bu görevler için ikinci fıkra uyarınca seçim yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde atama veya seçim yapılır.

Birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam eden üyeler ile ikinci fıkra uyarınca seçilen üyelerin daha önce Yargıtay üyesi olarak çalıştıkları süreler üyelik kıdeminde dikkate alınır.

Birinci Başkanlık Kurulu, ikinci fıkra uyarınca yapılan seçimden itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak Yargıtay üyelerinin hangi dairelerde görev yapacağını yeniden belirler.

Birinci Başkanlık Kurulu, iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde daire sayısını 5 inci maddede öngörülen daire sayısına indirir. Ancak bu daireler, Birinci Başkanlık Kurulunca kapatılınca kadar görevlerine devam ederler.

Birinci Başkanlık Kurulu, on ikinci fıkra uyarınca yapılan her daire kapatma işleminden sonra iş durumunu ve ihtiyaçları dikkate alarak daireler arasındaki iş bölümünü yeniden belirler. Buna ilişkin karar derhâl Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinden itibaren on gün sonra uygulanmaya başlanır.

Birinci Başkanlık Kurulu, iş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dairelerin iş durumunu ve ihtiyaçlarını dikkate alarak kapatılan dairelerde görev yapan daire başkanı, üye ve tetkik hâkimlerinin hangi dairelerde görev yapacağını belirler. Dairelerde görev verilmeyen daire başkanları, başkanlık süresinin bitimine kadar Yargıtay Birinci Başkanlığı nezdinde görev yapar. Başkanlık görev süresi Yargıtay Birinci Başkanlığı nezdinde sona erenlerin veya başka bir daireye başkan olarak görevlendirilenlerin daire başkanlığı kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın üye kadrosuna dönüşür.

İş bölümüne ilişkin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren on gün içinde, dava dosyaları ayrıca bir karar verilmesine yer olmaksızın listeye bağlanmak suretiyle mevcut hâllerile ilgili daireye devredilir.

Yargıtay meslek mensupları (Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, Birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcivekili, daire başkanları ve üyeler) kadro sayısı iki yüze düşünceye kadar, boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılır. Seçim yapılmayan üye kadroları başka bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.”

272. Anayasa’nın 154. maddesinde Yargıtay düzenlenerek şu hükümlere yer verilmiştir:

“Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.

Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir.

Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları kendi üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler; süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday

arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.”

273. Dava konusu kural, 6723 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’a eklenen geçici 27. maddenin bir benzerini oluşturmaktadır. Her iki madde arasındaki farklılıklar şunlardır:

- Danıştaya üye seçimi Cumhurbaşkanı ile HSK tarafından yapılmakta iken Yargıtaya yalnızca HSK tarafından üye seçilmektedir. Bunun bir sonucu olarak da tekrar Yargıtay üyesi seçilmeyenlerin hâkim ve savcı olarak atamaları da HSK’ca yapılmaktadır.

- Danıştay üyelikleri devam etmesi öngörülen kişileri *Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkan vekilleri ve daire başkanları* oluşturmakta iken Yargıtayda üyelikleri devam etmesi öngörülen kişileri *Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekilleri, Cumhuriyet Başsavcivekili ve daire başkanları* oluşturmaktadır.

- Danıştay meslek mensupları kadro sayısı yüz on altı olarak belirlenmiş iken Yargıtayda daha önce beş yüz on altı olan Yargıtay meslek mensupları sayısı üç yüz on olarak belirlenmiştir.

- Danıştayda kadro sayısı doksana düşene kadar boşalan her iki üyelik için bir üye seçiminin yapılması öngörülmüş iken Yargıtayda bu sayı iki yüz olarak belirlenmiştir.

- Danıştayda Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyeler yönünden farklı bir düzenleme öngörülmüş iken Yargıtayda bu yönde bir düzenleme doğal olarak bulunmamaktadır. Bu anlamda Yargıtay üyeliği görevi sona eren kişilerden hâkim ve savcı olarak atanan kişilerin özlük hakları bakımından getirilen düzenleme, Danıştay üyeliği görevi sona eren kişilerden hâkim ve savcı olarak atanan kişilerin özlük haklarına ilişkin düzenlemeyle aynı mahiyettedir.

274. Söz konusu hususlar, 6723 sayılı Kanun’un 12. maddesinin Anayasa’ya uygunluk denetimi kapsamında yapılan değerlendirmeler ve ulaşılan sonuçlar yönünden farklı bir değerlendirme ve sonuca

ulaşılmasını gerektiren hususlar olmayıp bu madde bakımından da aynen geçerlidir.

275. Yargıtay üyeliğine yeniden seçilmeyenlerin tamamının adli yargı bünyesinde hâkim ve savcı olarak görev yapmaları öngörüldüğünden bu kişilerin özlük hakları yönünden yapılacak değerlendirmeler, Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyen kişilerden idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanmaları öngörülen kişiler yönünden yapılan değerlendirmelerle aynı olduğundan bu kişiler bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

276. Dava konusu kuralın yedinci fıkrasının birinci cümlesinde HSK üyeliği sona erenlerin Yargıtay üyeliğine yeniden seçilip seçilmemesi konusunda HSK'ya tanınan takdir yetkisi de 2575 sayılı Kanun'da yer alan benzer düzenleme yönünden belirtilen gerekçe ile Anayasa'ya aykırıdır. HSK üyeliği sonrası yeniden Danıştay üyeliğine seçilme konusunda ilgisine göre Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkinin bu madde yönünden geçerli olmaması, söz konusu düzenlemede HSK'ya tanınan takdir yetkisinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına aykırılık oluşturduğu yolunda ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte değildir.

277. Kuralın yedinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümleler, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kural yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

278. Kuralın on ikinci fıkrasında yer alan "...üç..." ibaresi, 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı KHK'nın 44. maddesiyle "...altı..." şeklinde değiştirilmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7079 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu itibarla anılan fıkranın birinci cümlesine yönelik iptal talebinin konusu kalmadığından bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

279. Açıklanan nedenlerle 6723 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin;

A. Birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

B. Yedinci fıkrasının;

1. Birinci cümlesi Anayasa'nın 138., 139. ve 159. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI bu görüşe farklı gerekçe ile katılmışlardır.

Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 138., 139. ve 159. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 140. ve 154. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

2. İkinci cümlesi Anayasa'nın 2., 36., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

C. Sekizinci, dokuzuncu, onuncu ve on birinci fıkraları Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgileri görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Ç. On ikinci fıkrasının;

1. Birinci cümlesine ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

2. İkinci cümlesi Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D. On üçüncü, on dördüncü, on beşinci ve on altıncı fıkraları Anayasa'nın 2., 138., 139., 140. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgileri görülmemiştir.

15. Kanun'un 23. Maddesiyle 2802 Sayılı Kanun'un 13. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...yazılı sınavda..." İbaresinin "...yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

280. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla adli ve idari yargı hâkim ve savcı adaylarının meslek öncesi eğitimleri sonunda mesleğe kabulleri için hâli hazırda mevcut bulunan yazılı sınavın yanı sıra sözlü sınava tabi tutulmalarının öngörüldüğü, yazılı sınavda adayların yazılı performanslarına bağlı olarak *objektif* bir değerlendirme imkânı bulunmakta iken sözlü sınavda adayın başarısının objektif ölçütlerle ölçülebilir ve tespit edilebilir olmadığı, bu nedenle adayın sözlü sınav performansının sınavı yapan kişilerin subjektif değerlendirmelerine, gözlem ve kanaatlerine bağlı olarak değişebildiği, bu durumun ise hâkimlik ve savcılık gibi Anayasa'da önemli güvencelerle donatılan ve yargı erkini temsil eden yargı kurumunun temsilcilerinin görevlerinin niteliği ve saygınlığı ile bağdaşmadığı gibi göreve başlamalarıyla birlikte sahip oldukları teminatların özüne de aykırı düştüğü, hâkimlerin bağımsızlığının yalnızca göreve başlama sonrası değil göreve seçilme sürecinde de etkisini gösteren temel bir güvence olduğu, yargı bağımsızlığının esasını oluşturan hâkimlerin bağımsızlığının hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 9., 90., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

281. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden incelenmiştir.

282. 2802 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasında, meslek öncesi eğitim sonunda yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde başarılı olan ve engel hâli olmayan, erkekler için askerliğini yaptığını veya askerlikle ilişkisi olmadığını belgeleyen adayların mesleğe kabullerine HSK'ca karar verileceği belirtilmekte olup anılan fıkra da yer alan “... yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

283. Madde gerekçesinde, 23/7/2003 tarihli ve 4954 sayılı mülga Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 28. maddesinde yapılan değişiklikle meslek öncesi eğitim sonunda adaylara yazılı sınava ilaveten sözlü sınav yapılmasının öngörüldüğü, bu değişikliğe uyum sağlamak amacıyla maddede değişiklik yapıldığı ifade edilmiştir.

284. Gerekçede de belirtildiği üzere sözlü sınav şartı ve sözlü sınava ilişkin ayrıntılı düzenleme, esas olarak 4954 sayılı mülga Kanun'da öngörülmüş olup dava konusu kural bu düzenlemenin varlığına bağlı olarak getirilmiştir. Anılan Kanun'un 703 sayılı KHK'nın 2. maddesiyle yürürlükten kaldırılması sonrasında ise 2802 sayılı Kanun'un 10. maddesinde 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle yapılan değişiklikle sözlü sınava ilişkin düzenlemelere bu maddede yer verilmiştir.

285. 2802 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre hâkim ve savcı adayları, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dâhil olup hâkimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dâhil değildirler ve haklarında, 657 sayılı Kanun'un bu Kanun'a aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Kanun'un 13. maddesinde de adaylık süresinin sonunda yazılı ve sözlü sınavda başarılı olamayanların, talepleri hâlinde Adalet Bakanlığınca (Bakanlık) merkez veya taşra teşkilatında genel idare hizmetleri sınıfında bir kadroya atanabilecekleri, aksi takdirde bunların adaylığına Bakanlıkça son verileceği ifade edilmiş ve maddede belirtilen koşulları sağlayan hâkim ve savcı adaylarının mesleğe kabullerine HSK'ca karar verileceği kabul edilmiştir.

286. Anayasa'da yer alan *mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve hâkimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler*, hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul edilen ve fiilen bu görevi yapan hâkim ve savcılar için öngörülmüştür. Hâkimlik ve savcılık mesleğine ise mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulup görev yapan HSK'ca verilen mesleğe kabul kararıyla başlanmaktadır. Mevcut düzenlemeler gözönünde bulundurulduğunda adayların mesleğe kabulden önceki dönemde, adaylık sürecinde HSK tarafından hâkimlik ve savcılık mesleğine kabullerinin yapılmamış olması ve yargılama faaliyetinde bulunmamaları nedeniyle hâkim ve savcı statüsünde sayılmaları mümkün değildir. Bu nedenle adaylık sürecine ilişkin dava konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri çerçevesinde incelenebilmesi mümkün değildir.

287. Anayasa'nın 128. maddesinde; devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilerek memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

288. Hâkimlik ve savcılık mesleğine kabul öncesindeki adaylık sürecinde ilgililer Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında yer almaktadır. Bu çerçevede kuralla adaylık süreci sonunda yazılı ve sözlü sınavda başarı göstermek, hâkimlik ve savcılık mesleğine atanabilmek için 2802 sayılı Kanun ile aranılan koşullar arasında sayılmıştır. Adaylık süresinin sonunda sınav yükümlülüğünün getirilmesi ve bu kapsamda sınavın yazılı ve sözlü olarak yapılmasının öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

289. Anayasa'nın 125. maddesinde de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmekte olup sözlü sınav sonucu tesis edilen işlemler de bu kapsamda bulunmaktadır. Sınavın sözlü olması, sınava girenin değerlendirilmesi noktasında idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanımamakta; sınav sonucunun hukuka uygunluk denetiminin mahkemelerce yapılabilmesi imkânı bulunmaktadır.

290. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 9., 90., 138., 139. ve 140. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

16. Kanun'un 27. Maddesiyle 4954 Sayılı Kanun'un 28. Maddesine Eklenen Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, On birinci, On ikinci ve On üçüncü Fıkralar ile Değiştirilen On Dördüncü ve On Beşinci Fıkraların İncelenmesi

291. 4954 sayılı Kanun 703 sayılı KHK'nın 2. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

292. Açıklanan nedenle konusu kalmayan anılan fıkralara ilişkin iptal talepleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

17. Kanun'un 29. Maddesiyle 5235 Sayılı Kanun'un 15. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

293. Dava dilekçesinde özetle;

- Doğal hâkim ilkesinin mahkemelerin görev ve yetkisinin bir uyumsuzluk ortaya çıkmadan ve bir olayla bağlantılı olmadan kanunla genel ve soyut kurallarla belirlenmesini ifade ettiği, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ceza yargılamasındaki görünümü olan doğal hâkim ilkesinin bireylerin hukuki güvenliğinin en önemli unsurunu oluşturduğu ve ceza muhakemesi ilkeleri yönünden adil yargılanma hakkının temeli olduğu, AİHM tarafından da adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edildiği,

- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davaların suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görülmesinin öngörüldüğü, yer yönünden yetki kurallarının coğrafi alanın mahkemelerin yargı çevrelerine bölünmesini ifade ettiği, her mahkemenin yetkisinin yargı

çevresiyle sınırlı olduğu, her mahkemenin kendi yargı çevresinde faaliyet göstermesinin delillerin toplanması ve yargılamanın hızlı yapılabilmesi açısından daha uygun ve yararlı olduğu, Türkiye’de işlenen suçlarda ana kuralın suçun işlendiği yer mahkemesinin yargılamaya yetkili olması yönünde olduğu,

- Kuralda yer verilen suçlardan dolayı suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesi yerine suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde dava açılmasının öngörülerek özel bir yetki kuralının getirildiği, böylelikle doğal hâkim ilkesine aykırı bir düzenlemeye yer verildiği, belirli suçlar yönünden özel yetki kurallarının öngörülmesi sebebiyle özel yetkili mahkemenin ihdas edildiği, düzenlemenin doğal hâkim ilkesine, adil yargılama hakkına ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 36., 37. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

294. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

295. Kuralla, 5237 sayılı Kanun’un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanun’un kapsamına giren suçlar sebebiyle açılan davaların suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır.

296. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

297. Anayasa’nın 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

298. Hukuk devletinde suçlara ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar -Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere- ülkenin sosyal ve kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri gözönüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gibi ceza yargılamasına ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, yapısı, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri hakkında da Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapabilir. Bu anlamda bir davaya bakmakla yetkili ve görevli mahkemenin yeniden belirlenmesi yargılama usulünde yapılan bir değişiklik olup anayasal sınırlar dâhilinde yasama organının takdirindedir.

299. Ceza mahkemelerinin yargı çevresi, 5235 sayılı Kanun'un 15. maddesinde düzenlenmiş ve *"Ceza mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adlî yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır."* genel kuralı konulduktan sonra ceza mahkemelerinin yargı çevresine ilişkin şu özel hükümler öngörülmüştür:

"Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh veya asliye ceza mahkemelerinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir."

Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir ceza mahkemesinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, özel kanunlarında yargı çevresi belirtilmemiş olan diğer ceza mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir."

300. Dava konusu kuralla bu konuda yeni bir özel hüküm getirilmiş ve 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanun'un kapsamına giren suçlar sebebiyle açılan davaların, suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır.

301. 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım'da *"Millete ve Devlete Karşı Suçlar"* düzenlenmiştir. Dördüncü Kısım Dördüncü Bölüm'de *"Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar"*, Beşinci Bölüm'de *"Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar"*, Altıncı Bölüm'de *"Milli Savunmaya Karşı Suçlar"* ve Yedinci Bölüm'de *"Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk"* düzenlenmiştir.

302. Dava konusu kuralla suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görülecek davalara konu suçları şunlar oluşturmaktadır: devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla iş birliği yapmak, devlete karşı savaşa tahrik, temel millî yararlar karşı faaliyetinde bulunmak için yarar sağlama, yabancı devlet aleyhine asker toplama, askerî tesisleri tahrip ve düşman askerî hareketleri yararına anlaşma, düşman devlete maddi ve mali yardım, Anayasa'yı ihlal, Cumhurbaşkanı'na suikast ve fiilî saldırı, yasama organına karşı suç, Hükûmete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silahlı isyan, silahlı örgüt, silah sağlama, suç için anlaşma, askerî komutanlıkların gasbı, yabancı hizmetine asker yazma/yazılma, savaş zamanında emirlere uymama, savaş zamanında yükümlülükler, savaşta yalan haber yayma, devletin güvenliğine ilişkin belgeler, devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, siyasal veya askerî casusluk, devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, uluslararası casusluk, devlet sırlarından yararlanma, devlet hizmetlerinde sadakatsizlik, yasaklanan bilgileri temin, yasaklanan bilgilerin casusluk maksadıyla temini, yasaklanan bilgileri açıklama, yasaklanan bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklama, taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi, devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar.

303. Kuralın gerekçesinde, belirtilen suçlarla ilgili davaların suçun işlendiği yer il veya ilçe ağır ceza mahkemelerinde dağınık bir şekilde görülmesinin sebep olduğu olumsuzluklardan söz edilerek bu durumun ihtisaslaşmanın sağlanması ile adli ve idari kapasitenin etkin ve verimli kullanılması bakımından zorluklar doğurduğu belirtilmiş; özellikle terör suçlarında örgüt ve mensuplarının aynı il ancak birden fazla ilçe idari sınırları içinde kalan eylemlerinin soruşturulması ve kovuşturulması sürecinde bu zorlukların daha belirgin hâle geldiği ve farklı mahkemeler arasında yetkiye ilişkin tereddütlerin doğduğu ifade edilmiştir.

Kolluk teşkilatlarının uzman birim ve personelinin il merkezlerinde bulunmasının, tecrübeli yargı mensubu ve nitelikli personelle adli ihtisaslaşmanın il merkezlerinde daha kolay sağlanabilmesinin ve ihtiyaç duyulan idari kapasitenin il merkezlerinde daha güçlü olması ile terör suçlarında daha kritik bir önem arz eden nakil güvenliği ve yargılama faaliyetinin güven içinde sürdürülebilmesi ihtiyacının da bu düzenlemeyi gerekli kıldığı söylenmiş, belirtilen suçların kovuşturulmasına ilişkin mevcut usul hükümleri değiştirilmeksizin sadece çözümü uzmanlık gerektiren terör suçlarının kovuşturmalarının işlendikleri yerin bağlı olduğu il merkezinde kurulu bulunan ağır ceza mahkemelerinde daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

304. Gerekçede belirtilen hususlar gözetildiğinde ihtisaslaşmanın sağlanması ile adli ve idari kapasitenin etkin ve verimli kullanımı amacıyla çıkarılan kuralla, belirli davaların önem ve özelliğine istinaden suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan ağır ceza mahkemesinde görülmesi yönünde düzenleme yapılması Anayasa'nın 142. maddesi kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisinde olup kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

305. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak kanun hükümlerinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır.

306. Anayasa'nın 37. maddesinde de "*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz./Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*" denilmektedir.

307. Anayasa'nın anılan maddesinde düzenlenen doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da yargıcın atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın taraflarına göre yargıç atanmasına imkân vermez. Söz konusu ilkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir kanun ile oluşturulacak mahkeme önüne davanın götürülmesi ve böylece

kişiyeye ya da olaya özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır. Dava konusu kuralın, belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecektir yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması nedeniyle hak arama özgürlüğüne ve doğal yargı ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

308. Kaldı ki 5235 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinde, madde kapsamında yer alan suçlar sebebiyle açılmış olan davalarda 15. maddeye eklenen hüküm uyarınca yetkisizlik kararı verilemeyeceği; bu davalara kesin hükümle sonuçlandırılınca kadar bu mahkemelerce bakılmaya devam olunacağı da belirtilmiş bulunmaktadır.

309. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 36., 37. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

18. Kanun'un 30. Maddesiyle 5235 Sayılı Kanun'un 21. Maddesinin Yeniden Düzenlenen Dördüncü Fıkrasının İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

310. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın 6723 sayılı Kanun'un 29. maddesinin devamı niteliğinde bir düzenleme olduğu, Cumhuriyet savcılıklarının yer yönünden yetkisinin ağır ceza mahkemelerinin yer yönünden yetkisine göre belirleneceği, anılan Kanun'un 29. maddesiyle getirilen düzenlemenin doğal hâkim ilkesine aykırı olması nedeniyle 30. maddede savcılıkların yer yönünden yetkisine ilişkin kabul edilen kuralın da doğal hâkim ilkesine aykırılık oluşturduğu, bu kuralla belirli suçların soruşturulması yönünden özel yetki kurallarının öngörüldüğü, doğal hâkim ilkesinin geniş anlamda hukuk devleti ilkesinin tabii bir unsuru, dar anlamda ise adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturduğu, ayrıca kuralın Sözleşme'nin 6. maddesi ile uyumsuz olması nedeniyle Anayasa'nın 90. maddesine de aykırılık teşkil ettiği belirterek kuralın Anayasa'nın 2., 36., 37. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

311. Kuralla, 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanun

kapsamına giren suçlar sebebiyle açılan soruşturmaların suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan Cumhuriyet başsavcılığınca yürütüleceği, il Cumhuriyet savcısının suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısından soruşturmanın kısmen veya tamamen yapılmasını isteyebileceği, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısının zorunlu olan delilleri toplayacağı ve gerekmesi hâlinde alınacak kararlar bakımından bulunduğu yer sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunacağı belirtilmektedir.

312. Kuralın gerekçesinde; kuralda belirtilen suçlarla ilgili soruşturmaların suçun işlendiği yer il veya ilçe Cumhuriyet başsavcılıklarınca dağınık biçimde yürütülmesinin ihtisaslaşmanın sağlanması ile adli ve idari kapasitenin etkin ve verimli kullanımı bakımından ciddi zorluklar doğurduğu, aynı olayla ilgili farklı hukuki değerlendirmelere bağlı olarak verilebilen farklı kararların soruşturmanın bütünlüğünü ve farklı adli mercilerle yazışma ihtiyacının da soruşturmanın gizliliğini bozabildiği belirtilerek kolluk teşkilatlarının uzman birim ve personelinin il merkezlerinde bulunması, tecrübeli yargı mensubu ve nitelikli personelle adli ihtisaslaşmanın il merkezlerinde daha kolay sağlanabilmesi ve ihtiyaç duyulan idari kapasitenin il merkezlerinde daha güçlü olması, ayrıca terör suçlarının soruşturulması söz konusu olduğunda daha kritik bir öneme kavuşan nakil güvenliği ve soruşturma faaliyetinin güven içinde sürdürülebilmesi ihtiyacının da bulunması sebeplerinden dolayı kuralın öngörüldüğü ifade edilmiştir.

313. Özellik arz eden belirli suçlara ilişkin soruşturmaların suçun işlendiği yerin bağlı olduğu il merkezinde bulunan il Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından daha etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla getirildiği ifade edilen kuralla, yetkili savcının belirlenmesinde ve soruşturma aşamasında il Cumhuriyet savcısı ile suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı arasındaki iş ilişkisine yönelik düzenlemeler getirilmesi kanun koyucunun takdir yetkisi dâhilinde olup kuralda hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

314. Öte yandan, Anayasa'nın 37. maddesinde *kanuni hâkim güvencesi* düzenlenmiş ve hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı ve bu sonucu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı belirtilmiştir. Kuralın, doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu ve buna bağlı olarak da hukuk devleti ve adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturduğu ileri sürülmekte ise

de doğal yargıç ilkesinin yargılama makamı olan mahkemelere ilişkin olması, kuralın ise soruşturma makamı olan Cumhuriyet savcılarının yetkilerini düzenlemesi nedeniyle kanuni hâkim güvencesi kapsamında incelenebilmesine imkân bulunmamaktadır.

315. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 37. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

19. Kanun'un 31. Maddesiyle 5235 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 6. Maddenin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

316. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın 6723 sayılı Kanun'un 29. ve 30. maddelerinde kabul edilen hükümlerin devamı niteliğinde olduğu, belirli suçlarda kabul edilen özel yetki kurallarına istinaden açılan davalarda yetkisizlik kararı verilemeyeceğinin öngörüldüğü, kuralın doğal hâkim ilkesine aykırı olduğu, doğal hâkim ilkesinin geniş anlamda hukuk devleti ilkesinin tabii bir unsuru, dar anlamda ise adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturduğu, doğal hâkim ilkesinin hukuk güvenliği ve hukuk devleti kavramı ile ilişkili olduğu, kuralın Sözleşme'nin 6. maddesi ile uyumsuz olması nedeniyle Anayasa'nın 90. maddesine de aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 37. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

317. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

318. Kuralla, 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeler hariç) ile 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar sebebiyle açılmış olan davalarda, 6723 sayılı Kanun'la 5235 sayılı Kanun'un 15. maddesine eklenen hüküm uyarınca yetkisizlik kararının verilemeyeceği; bu davalara kesin hükümle sonuçlandırılınca kadar bu mahkemelerce bakılmaya devam olunacağı, 6723 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu fıkra kapsamındaki suçlar nedeniyle

başlatılmış soruşturmalarda da bu Kanun'la 5235 sayılı Kanun'un 21. maddesine eklenen hüküm uyarınca yetkisizlik kararının verilemeyeceği belirtilmektedir.

319. Hukuk devletinde kanun koyucu ceza yargılamasına ilişkin kurallar belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Nitekim Anayasa'nın konuyla ilgili 142. maddesinde mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

320. Kanun koyucunun mahkemelerin görev yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi, aynı zamanda bu konularda değişiklik yapma yetkisini de içermektedir. Ceza muhakemesinde kanunların derhâl uygulanması ilkesi geçerlidir. Mahkemelerin görev ve yetkilerine ilişkin kurallar kamu düzenine ilişkin olduğundan geçici maddelerle aksi belirtilmedikçe bu kurallarda yapılan değişikliklerin derhâl uygulanması söz konusudur. Bir başka deyişle kanun koyucu tarafından mahkemelerin yetki alanında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin devam etmekte olan davalar yönünden geçerli olmamasını ve ilgili mahkemelerce bu davalara bakılmaya devam olunmasını sağlayacak şekilde düzenlemeler yapılabilmesi mümkündür.

321. Kuralın gerekçesinde, hâlen yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın belirli bir aşamaya gelmiş olması nedeniyle bu dosyaların mevcut mahkemelerce veya Cumhuriyet savcıları tarafından tamamlanmasının usul ekonomisi bakımından daha uygun olacağı gerekçesiyle geçici düzenleme yapıldığı ifade edilmiş olup kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında getirilen kuralda Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

322. Belirtilen husus, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar başlatılmış soruşturmalar yönünden de geçerli bulunmaktadır.

323. Kanuni hâkim güvencesi ise yargılama makamlarının suçun işlenmesinden sonra özel olarak kurulmasına veya hâkimin atanmasına engel oluşturmaktadır. Ağır ceza mahkemelerinin yetki alanında değişiklik yapan düzenlemenin mevcut davalarda uygulanmamasını amaçlayan kuralın adil yargılanma hakkı ile doğal hâkim ilkesine aykırı yönü bulunmamaktadır.

324. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 36., 37. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

20. Kanun'un 32. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 133. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen "...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin..." İbaresini ile Anılan Maddeye Eklenen (5) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a. 133. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen "...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin..." İbaresini

i. İptal Talebinin Gerekçesi

325. Dava dilekçesinde özetle;

- Şirketin ortağı gerçek kişinin ortaklık payına el konulabilme şartlarının 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde düzenlendiği, bu düzenlemenin gerçek kişiler hakkında uygulanan tedbir niteliği taşıdığı, dava konusu kuralla öngörülen tedbirin muhatabının ise tüzel kişiliği haiz şirketler olduğu ve bu tedbirin getirilme amacının şirket yönetiminin kontrol altında tutulması, faaliyetlerinin izlenmesi suretiyle şirket perdesi altında işlenmekte olan suç veya suçların, suç faillerinin belirlenmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu, ayrıca suçla irtibatı bulunmayan şirket yöneticisi, temsilcisi ve hissedarlarının uğrayabileceği olası zararların önüne geçilmesinin ve bu kişilerin haklarının korunmasının amaçlandığı, şirket ortaklarından birinin işlediği suçla irtibatlı olarak şirket payına el konulmasının anılan Kanun'un 128. maddesinde öngörülen "*Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma*" tedbiri ile mümkün olduğu, şirketin tamamının yönetimi için kayyım tayin edilebileceği, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmeyen bir suçun şirket yöneticisi ya da temsilcisi tarafından işlenmesi hâlinde bu tedbire başvurulamayacağı, böyle bir suçun şirket yararına işlenmesi hâlinde de bu tedbire başvurulamayacağı, ortaklık paylarının şirketin bütününe ait bir tasarruf alanı olmadığı, her ortağın kendi payı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğu, kişiler yönünden uygulanabilecek tedbirin şirket yönünden uygulanmasının tedbirin uygulama alanı ile yapısının değiştirilmesi sonucunu doğurduğu,

- Şirket için kayyım tayininin şirketin bütününe yönelik temsil yetkilerinin devrini içerdiği, ortaklık paylarının idare yetkisinin kayyıma devrinin ise tedbirin amacı ve niteliği ile bağdaşmadığı, şirket bünyesinde işlenen suçla bir bağlantısı olmayan şirket ortaklarının ortaklık paylarına yapılan müdahalenin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu, kuralda temel hakların sınırlanmasında gözetilmesi gereken orantılılık ilkesinin ihlal edildiği,

- Katalog suçların işlendiği iddiasıyla suçla irtibatı olup olmadığına bakılmaksızın kayyıma kişilerin ortaklık paylarını yönetme imkânı tanınmasının suistimale açık olduğu, bireyin hukuki güvenliğini ortadan kaldırdığı ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- Kuralın mülkiyet hakkı ile de yakından ilgili olduğu, cezaların şahsiliği ilkesinin ihlaline neden olabilecek, haksız ve orantısız müdahalelere yol açabilecek kuralın kamu yararına getirilen bir düzenleme olarak kabul edilemeyeceği, bu yönüyle mülkiyet hakkını da ihlal ettiği,

belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

326. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 48. maddesi yönünden de incelenmiştir.

327. 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesinde; suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması hâlinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkemenin şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği, atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiğinin açıkça belirtileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddede yer alan "...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetleri idare yetkilerinin..." ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

328. Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına*

sahiptir./Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasal anlamda mülkiyet hakkı ekonomik değer ifade eden ve değeri parayla ölçülebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.

329. Anayasa'nın anılan maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle mülkten barışçıl yararlanma hakkına yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda mülkten yoksun bırakmanın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyet hakkının kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir (Hamdi Akın İpek, B. No:2015/17763, 24/5/2018, § 86).

330. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve ondan tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, mülkün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkının sınırlanması anlamını taşır.

331. Şirket ortaklık payları veya menkul kıymetleri, mülkiyet hakkı kapsamında olup ortaklık paylarının veya menkul kıymetlerin idare yetkisinin kayyımına verilmesi, mülkiyet hakkının sınırlanması niteliğindedir.

332. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

333. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”* denilmektedir. Mülkiyet hakkına yönelik sınırlamanın Anayasa'ya uygun olabilmesi için anılan hüküm gereğince sınırlamanın kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir.

334. Kural, kayyım yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetleri idare yetkilerinin verilebilmesine imkân tanımakla birlikte öncelikle bu yetkinin kullanılabilmesi için şirkete kayyım atanma sebebinin ortaya konulması gerekir. 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca bir şirkete kayyım atanabilmesi için *“Suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için (bu atamanın) gerekli olması...”*, şart olarak aranmaktadır.

335. Bu nedenle kayyım ataması suç isnadı kapsamında uygulanan geçici bir koruma tedbiri mahiyetindedir. Kural olarak tüm koruma tedbirlerinin temel hakları sınırlayıcı özelliği bulunabildiği gibi kayyım ataması da mülkiyet hakkına bir sınırlama niteliğindedir. Kayyım atama sebepleri dikkate alındığında suçla etkin bir şekilde mücadele amacıyla *yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerini kullanma yetkisinin kayyım verilebilmesinin* öngörülmesinde kamu yararı amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

336. Kamu yararı amacıyla da olsa mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi gereğince ölçülü olması gerekmektedir. *Ölçülülük ilkesi*; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; *gereklilik*, ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

337. Kuralın amacının suçla etkin mücadele olduğu gözetildiğinde suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda

kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına dayalı olarak ve maddi gerçeğin ortaya çıkabilmesi için gerekli olması hâlinde ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin kayyıma verilebilmesinin söz konusu amaç yönünden elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

338. Kayyıma verilen ortaklık paylarını veya menkul kıymetleri idare yetkilerinin orantılılık ilkesi yönünden de değerlendirilmesi gerekir.

339. Kayyıma bu yetkinin verilebilmesi, bir soruşturma veya kovuşturmanın varlığına bağlıdır. Kayyım tayini kararını soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimliği, kovuşturma aşamasında davayı gören mahkeme verecektir. Madde gerekçesinde, mahkemece kayyım atanabilmesi için soruşturulan veya kovuşturulan suçun *zincirleme veya kesintisiz suç olarak* bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphenin bulunması gerektiği gibi ayrıca soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için kayyım atamasının zorunlu olması gerektiği de belirtilmiştir. Mahkemece kayyım atanması ise kayyıma dava konusu kuralla öngörülen yetkilerin doğrudan verilmesi sonucunu doğurmamaktadır.

340. Kanun'un 133. maddesine göre kayyıma verilebilecek üç tür yetki bulunmaktadır. Bunlar, yönetim organlarının karar ve işlemlerin geçerli olabilmesi için bu işlemleri onaylama yetkisi, yönetim organının yetkileri ve yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkileridir.

341. Bu yetkilerden hangisinin kayyıma verileceğine mevcut soruşturma veya kovuşturmanın içeriği gözetilerek, bir başka deyişle somut olayın koşulları dikkate alınarak bağımsız yargı organlarınca karar verilecektir. Soruşturma aşamasında verilen kararlara karşı ilgililerin 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurma hakları bulunmaktadır. Kovuşturma aşamasında verilen kararlara karşı ise hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilecektir. Kayyımın işlemlerine karşı da ilgililerin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca mahkemeye başvurma hakkı bulunmaktadır. Kayyımın görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı ilgililerin zarara uğraması hâlinde bu zararın tazmini amacıyla devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği de kabul edilmiştir.

342. Öte yandan kayyımaya verilen yetki, soruşturma ve kovuşturma süresince geçerli olan geçici bir yetkidir. Bu tedbire başvurulması, soruşturma veya kovuşturma süresince bu tedbirin uygulanmasına mutlak suretle devam edileceği anlamını da taşımayıp mevcut şartlara göre bu tedbire son verilebileceği gibi kayyımaya verilen yetkinin kapsamı da değiştirilebilecektir.

343. Kuralla öngörülen yetkinin kayyımaya verilmesinin sıkı koşullara bağlanması, söz konusu yetkinin hâkim veya mahkeme kararıyla verilmesi ve bu kararlara karşı kanun yolunun bulunması, kayyımın kanun dışı veya keyfî olduğu ya da makul olmadığı düşünülen iş ve işlemlerine karşı yargı organlarına başvuru imkânının tanınması ve kayyımların iş ve işlemleri nedeniyle uğranılan zararın tazmininin öngörülmesi suretiyle ilgililere *gerekli ve etkin güvencelerin* tanındığı anlaşıldığından geçici bir süreyle ve belirli suçlarla sınırlı uygulanma imkânı bulunan dava konusu kuralın orantısız olduğundan söz edilemez.

344. Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtildikten sonra devlete özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir. Bu husus madde gerekçesinde *"Devlet, kamu yararı olan hâllerde ve millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir."* şeklinde ifade edilmiştir.

345. Dava konusu kural kapsamında şirkete atanan kayyımaya şirketin yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık paylarıyla menkul kıymetleri idare yetkilerinin verilebilmesi, teşebbüs özgürlüğünün de sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir.

346. Şirketlerin teşebbüs özgürlüğünden yararlanabilmeleri, öncelikle mevzuat çerçevesinde kurulmalarına ve faaliyet göstermelerine bağlı bulunmaktadır. Kuralla getirilen sınırlama, bir suçun şirket faaliyetleri çerçevesinde işlenmekte olduğu yönündeki kuvvetli suç şüphesinin varlığına ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasının bu tedbire başvurulmasını gerekli kılmasına bağlı bulunmaktadır. Bu nedenle kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 48. maddesinin gerekçesinde belirtilen kamu yararı amacına aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

347. 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesinde bir şirkete kayyımın atanabilmesi için aranan şartlar ve kayyımaya verilen yetkilerin geçici niteliği başta olmak üzere mülkiyet hakkı yönünden yapılan inceleme

kapsamında belirtilen hususlar, teşebbüs özgürlüğünün sınırlanması bakımından da geçerli olup bu özgürlüğün ölçüsüz bir şekilde sınırlanmasından söz edilemeyeceği de açıktır.

348. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiştir. Ceza sorumluluğunun şahsiliği, Anayasa'da güvence altına alınan ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır.

349. Dava konusu kuralla kayyımaya belirli yetkilerin verilebilmesinin öngörülmesi, tedbir niteliği verilen bir karar olup bunun bir ceza olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kuralın *cezaların şahsiliği ilkesi* aykırılığından söz edilebilmesi mümkün değildir.

350. Kural kapsamında kayyım atanması ve kayyımaya söz konusu yetkilerin verilmesi için aranan şartlar, hâkim veya mahkeme kararının varlığı ve kayyım işlemlerine karşı öngörülen başvuru yolları dikkate alındığında kuralın uygulanmasının suistimale açık olduğu ve kişilerin hukuki güvenliklerini ihlal ettiği de söylenemeyecektir.

351. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

b. 133. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkra

i. İptal Talebinin Gerekçesi

352. Dava dilekçesinde özetle; kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı açılan tazminat davaları nedeniyle devletin ödediği tazminat miktarının ilgili kayyımlara rücu edebilmesi için kayyımın görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanma koşulunun arandığı, bu durumun görevi kötüye kullanma hâli haricinde zarara yol açan kayyımın sorumsuzluğuna yol açacağı, kuralın vatandaş gözetmediği ve kamu yararına aykırı olduğu, kamunun mülkiyet hakkına ölçüsüz ve demokratik toplum düzeninde zorunlu olmayan bir müdahale niteliği taşıdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

ii. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

353. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 129. maddesi yönünden de incelenmiştir.

354. Kuralla, 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı tazminat davalarının 142. ila 144. maddeler uyarınca devlet aleyhine açılacağı; devletin, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyımlara bir yıl içinde rücu edeceği hükme bağlanmıştır.

355. Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında *"Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* hükmü yer almaktadır.

356. Söz konusu maddede yer verilen *memurlar ve diğer kamu görevlileri* kavramı, Anayasa'nın 128. maddesine göre devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getiren kişileri ifade ettiğinden 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca şirketlere atanan kayyımların bu kapsamda kabul edilebilmesi mümkün değildir.

357. Bu nedenle kuralın yasama yetkisinin genelliği ilkesi çerçevesinde öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Kayyım atamasının bir soruşturma veya kovuşturmayaya bağlı olması ve suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmeye devam ettiği konusundaki kuvvetli şüpheyne binaen mahkeme veya hâkim kararıyla gerçekleşmesi nedeniyle söz konusu atamalar, özel hukuktaki kayyım atamalarından farklılık taşımaktadır. Bu kapsamda şirkete atanan kayyımların görevleriyle ilgili iş ve işlemlerinden dolayı açılacak tazminat davalarının devlet aleyhine açılacağına öngörülmesi, ilgililer yönünden lehe bir düzenleme olup karşılığında zararın tazmini noktasında ödeme gücünün olup olmadığı belirsiz olan kayyım yerine devlet bulunmakta, kayyımın mali durumu önem arz etmeksizin ilgililerin zararı tazmin edilmektedir. Bu yönüyle kural, davacılar yönünden bir güvence niteliği taşıdığından ve ilgililerin hukuki güvenliklerini sağladığından hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

358. Fıkranın ikinci cümlesinde, kayyımın iş ve işlemleri nedeniyle hükmedilen tazminat miktarını ödeyen devletin *görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kayyıma* bir yıl içinde

rücu etmesi öngörülmektedir. Bu anlamda devlet ödediği her tazminat için değil yalnızca kayyımın (görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle) görevini kötüye kullanması nedeniyle ödediği tazminatlar için rücu yoluna başvuracaktır.

359. Rücu için öngörülen *görevin kötüye kullanılması* hâli, kişinin bu yöndeki iradesini göstermekte ve görevinin gereklerine aykırı hareket eden kayyımın bu nedenle oluşan ve devletçe ödenen zarar dolayısıyla hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir. Ticari faaliyet gösteren şirketler adına yöneticilerinin karar vermesi ticari hayatın bir gereği olduğu gibi şirket yöneticilerinin yetkilerini kullanmak suretiyle verecekleri kararların yönettikleri şirketlerin mali yapısına olumlu ve olumsuz etkilerinin olması da yine ticari hayatın olağan bir sonucudur. Ticari faaliyetlerin zaman zaman risk içerdiği ve bu faaliyetlerin sonuçlarının şirket yöneticilerinin kararlarının yanı sıra diğer ekonomik unsurlara bağlı olduğu da bilinen bir gerçektir.

360. Kayyımların hukuki sorumlulukları yönünden sınır getirilmesinin kayyımların işlemleri nedeniyle zarara uğrayan kişilerin mülkiyet haklarına olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından kamu görevlilerinin cezai sorumluluğunu gerektiren *görevin kötüye kullanılması* ölçütünün esas alınarak kayyımın hukuki sorumluluğunun *görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevin kötüye kullanılması* koşuluna bağlı kılınmasında kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır.

361. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 129. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

362. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya TBMM İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

363. 2575 sayılı Kanun'un geçici 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı

kalmayan anılan fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.

364. 2797 sayılı Kanun'un geçici 15. maddesinin yedinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptalleri gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

365. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu Kanun hükümleri ile kuvvetler ayrılığı, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerinin tamamen ortadan kaldırıldığı, yasama organının yetkili olmadığı alanda yaptığı düzenlemelerin yetki gasbı niteliği taşıdığı, bu nedenle dava konusu kuralların uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. 12. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen geçici 27. maddenin (8) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerine,

2. 22. maddesiyle 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin yedinci fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 1. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen;

a. (3) ve (4) numaralı fıkralara,

b. (5) numaralı fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "...*Başbakanlığa...*" ibaresi dışında kalan kısmına,

c. (6) numaralı fıkraya,

2. 3. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...on beşi..." ibaresinin "...dokuzu...", "...ikisi..."

ibaresinin “...biri...” ve “...on yedi...” ibaresinin “...on...” şeklinde değiştirilmesine,

3. 5. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan “...yirmi beş,...” ibaresinin “...on beş,...” ve “...onüçtür.” ibaresinin “...on birdir.” şeklinde değiştirilmesine,

4. 6. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 23. maddesinin (a) bendine eklenen ikinci cümleye,

5. 7. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, On dördüncü, On beşinci ve On altıncı...” ibaresinin “...Dokuzuncu ve Onuncu...” şeklinde değiştirilmesine,

6. 8. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 41. maddesinde yer alan “... Birinci ve On yedinci daireler ile...” ibaresinin “...Birinci Daire ve...” şeklinde değiştirilmesine,

7. 9. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 42. maddesinde yer alan “Birinci ve On yedinci daireler:” ibaresinin “Birinci Daire:” şeklinde değiştirilmesine,

8. 10. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’un 52/A maddesinin yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine,

9. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun’a eklenen geçici 27. maddenin;

a. (1), (2), (3), (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarına,

b. (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

c. (9), (10), (11) ve (12) numaralı fıkralarına,

ç. (13) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

d. (14), (15), (16) ve (17) numaralı fıkralarına,

10. 15. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’un 5. maddesinde yer alan “... yirmi üç...” ibarelerinin “...on iki...” şeklinde değiştirilmesine,

11. 16. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’un 7. maddesinin;

a. İkinci fıkrasında yer alan “...beş...” ibaresinin “...üç...”, “...beşten...”

ibaresinin “...üçten...” ve “...daire sayısının en az iki katı...” ibaresinin “...her daireden en az bir...” şeklinde değiştirilmesine,

b. İkinci fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

c. Üçüncü fıkrasında yer alan “...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin...” ibaresinin madde metninden çıkarılmasına,

12. 17. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’un 29. maddesine eklenen ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralara,

13. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun’a eklenen geçici 15. maddenin;

a. Birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı fıkralarına,

b. Yedinci fıkrasının ikinci cümlesine,

c. Sekizinci, dokuzuncu, onuncu ve on birinci fıkralarına,

ç. On ikinci fıkrasının ikinci cümlesine,

d. On üçüncü, on dördüncü, on beşinci ve on altıncı fıkralarına,

14. 23. maddesiyle 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...yazılı sınavda...” ibaresinin “...yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde...” şeklinde değiştirilmesine,

15. 29. maddesiyle 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 15. maddesine eklenen dördüncü fıkraya,

16. 30. maddesiyle 5235 sayılı Kanun’un 21. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasına,

17. 31. maddesiyle 5235 sayılı Kanun’a eklenen geçici 6. maddeye,

18. 32. maddesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun;

a. 133. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen “...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin...” ibaresine,

b. 133. maddesine eklenen (5) numaralı fıkraya,

yönelik iptal talepleri 10/12/2020 tarihli ve E.2016/144, K.2020/75 sayılı kararla reddedildiğinden bu maddeye, fıkralara, kısma, cümlelere, ibareye, ibare değişikliklerine ve ibarenin madde metninden çıkarılmasına ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 1. 1. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 9. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan "...Başbakanlığa..." ibaresi,

2. 9. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığının "Birinci Dairenin görevleri" şeklinde değiştirilmesi,

3. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesi,

4. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin on ikinci fıkrasının birinci cümlesi,

5. 27. maddesiyle 23/7/2003 tarihli ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 28. maddesine eklenen sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci, on ikinci ve on üçüncü fıkralar ile anılan maddesinin değiştirilen on dördüncü ve on beşinci fıkraları,

hakkında 10/12/2020 tarihli ve E.2016/144, K.2020/75 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu fıkralara, cümlelere, ibareye ve madde başlığı değişikliğine ilişkin yürürlüğün durdurulması talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

10/12/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. Yok hükmünde olduğunun tespiti talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. Şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 1. 1. maddesiyle 6/1/1982 tarihli ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 9. maddesine eklenen;

a. (3) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Basri BAĞCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. (4) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

c. (5) numaralı fıkranın;

i. Üçüncü cümlesinde yer alan "...Başbakanlığa..." ibaresine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

ii. Kalan kısmının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

ç. (6) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. 3. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...on beşi..." ibaresinin "...dokuzu...", "...ikisi..." ibaresinin "...biri..." ve "...on yedi..." ibaresinin "...on..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. 5. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "...yirmi beş,..." ibaresinin "...on beş,..." ve "...onüçtür." ibaresinin "...on birdir." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

4. 6. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 23. maddesinin (a) bendine eklenen ikinci cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

5. 7. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü, On dördüncü, On beşinci ve On altıncı..." ibaresinin "...Dokuzuncu ve Onuncu..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

6. 8. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 41. maddesinde yer alan "...

Birinci ve On yedinci daireler ile... ibaresinin *"...Birinci Daire ve..."* şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

7. 9. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un;

a. 42. maddesinin başlığının *"Birinci Dairenin görevleri"* şeklinde değiştirilmesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

b. 42. maddesinde yer alan *"Birinci ve On yedinci daireler:"* ibaresinin *"Birinci Daire:"* şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

8. 10. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının;

a. Birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. Üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

9. 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin;

a. (1), (2), (3), (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. (8) numaralı fıkrasının;

i. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ile Selahaddin MENTESH'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

ii. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

iii. Üçüncü ve dördüncü cümlelerinin 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE OYBİRLİĞİYLE,

c. (9), (10), (11) ve (12) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

ç. (13) numaralı fıkrasının;

i. Birinci cümlesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

ii. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

d. (14), (15), (16) ve (17) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

10. 15. maddesiyle 4/2/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan "...yirmi üç..." ibarelerinin "...on iki..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11. 16. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

a. İkinci fıkrasında yer alan "...beş..." ibaresinin "...üç...", "...beşten..." ibaresinin "...üçten..." ve "...daire sayısının en az iki katı..." ibaresinin "...her daireden en az bir..." şeklinde değiştirilmesinin,

b. İkinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin,

c. Üçüncü fıkrasında yer alan "...ve başkanlarının katıldığı dairelerden bir, katılmadığı dairelerden iki üyenin..." ibaresinin madde metninden çıkarılmasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

12. 17. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen;

a. İkinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Basri BAĞCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. Üçüncü ve dördüncü fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

13. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin;

a. Birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. Yedinci fıkrasının;

i. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

ii. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

iii. Üçüncü ve dördüncü cümlelerinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALLERİNE OYBİRLİĞİYLE,

c. Sekizinci, dokuzuncu, onuncu ve on birinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

ç. On ikinci fıkrasının,

i. Birinci cümlesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

ii. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

d. On üçüncü, on dördüncü, on beşinci ve on altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

14. 23. maddesiyle 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...yazılı sınavda..." ibaresinin "...yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

15. 27. maddesiyle 23/7/2003 tarihli ve 4954 sayılı Türkiye Adalet Akademisi Kanunu'nun 28. maddesine eklenen sekizinci, dokuzuncu, onuncu, on birinci, on ikinci ve on üçüncü fıkralar ile anılan maddesinin değiştirilen on dördüncü ve on beşinci fıkralarına ilişkin iptal talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

16. 29. maddesiyle 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 15. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

17. 30. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'un 21. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

18. 31. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

19. 32. maddesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a. 133. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen "...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin..." ibaresinin,

b. 133. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

10/12/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Üye Yıldız SEFERİNOĞLU	Üye Selahaddin MENTEŞ	Üye Basri BAĞCI

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (Kanun), (a) tümünün yok hükmünde olduğunun tespiti talebi ile (b) Danıştay Başkanlar Kurulunun itiraz üzerine verdiği kararların kesin ve yargıya kapalı olduğuna ve (c) Yargıtay ve Danıştay üyelerinin bazı istisnalar dışında tamamının üyeliklerinin sona erdiğine dair kuralların ve bunlarla bağlantılı diğer bazı hükümlerin iptaline karar verilmesi talebini reddetmiştir. Çoğunluğun Kanun'un tümünün yok hükmünde sayılması talebinin reddi ile 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki görüşüne farklı gerekçeyle katılmakla birlikte, diğer red kararlarına (b ve c) katılma imkânı olmamıştır.

I. FARKLI GEREKÇELER

2. Kanun'un tümünün yok hükmünde olduğunun tespiti talebi yokluk kararı verilmesinin şartları oluşmadığından, çoğunluğun ifadesiyle *"Kanun'da yer alan düzenlemelerin niteliği, Kanun'un varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden"* reddedilmiştir (§ 11). Çoğunluğun "yokluk" konusundaki red kararına Anayasa Mahkemesinin 10/4/2014 tarihli ve E. 2014/57, K.2014/81 sayılı ve 31/5/2018 tarihli ve E. 2018/42, K.2018/48 sayılı kararlarına yazdığım farklı gerekçeyle katılıyorum.

3. Diğer yandan 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 52/A maddesinin *"Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebilir. Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz"* şeklindeki (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

4. Öncelikle belirtmek gerekir ki dava konusu fıkranın gerekçesinde düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 2015/18 esas sayılı iptal kararı üzerine yapıldığı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay Başkanlık Kurulu kararlarının kesin olduğuna ve bu kararlara karşı başka bir yargı merciine başvurulamayacağına dair fıkrayı iptal ederken iki gerekçeye dayanmıştır. Birincisi, Başkanlık Kurulunun işlem ve kararlarından doğabilecek uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin herhangi bir usul öngörülmemiştir. İkincisi Kurulun karar ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılmıştır (AYM, E. 2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 57).

5. Dava konusu fıkranın birinci ve ikinci cümleleri Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinden birincisini karşılamaktadır. Başka bir ifadeyle uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin bir usul öngörülmüş, Başkanlık Kurulunun idari nitelikteki tüm kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna itiraz edilebileceği, bu Kurulun da kararları inceleyerek aynen veya değiştirerek onaylayabileceği belirtilmiştir.

6. Başkanlık Kurulunun tüm kararlarına karşı etkili bir itiraz yolu oluşturulduğu noktasında çoğunluk görüşüne iştirak edilmektedir. Bu bağlamda iptali istenen fıkranın ilk iki cümlesi uyarınca Danıştay Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulunun kararlarını aynen veya

değiştirmek suretiyle onaylama yetkisine sahiptir. Bir kararı değiştirme yetkisi yeni bir kararın alınabilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda kararı onaylama yetkisi, onaylamamayı da mantıksal olarak içermektedir. Dolayısıyla kurallar Başkanlar Kuruluna itiraz üzerine bir kararı aynen onaylama, değiştirerek onaylama veya onaylamama yetkisi vermektedir. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere Başkanlar Kuruluna verilen yetki Başkanlık Kurulu tarafından verilen kararların itiraz üzerine kaldırılmasını da kapsamaktadır (§ 139).

7. Sonuç olarak dava konusu kurallarla Başkanlık Kurulunun idari nitelikteki tüm kararlarına karşı kurum içinde etkili bir idari itiraz yolu sağlanmıştır. Böylece Anayasa Mahkemesinin daha önceki iptal kararının birinci gerekçesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle iptali istenen fıkranın Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı itirazı düzenleyen ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüne yukarıda açıkladığım farklı gerekçeyle katılıyorum.

II. KARŞIOY GEREKÇELERİ

A. Danıştay Başkanlar Kurulu Kararlarının Yargıya Kapatılmasına Dair Kural

8. 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının "İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz" şeklindeki üçüncü cümlesiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce iptal edilen hüküm yeniden canlandırılmıştır. İptal edilen kural "Başkanlık Kurulunun kararları kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz." şeklindeydi.

9. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında yargı yoluna kapatılan Başkanlık Kurulu kararlarının bir kısmının "idari nitelikte", diğer bir kısmının da "yargısal ağırlıklı" olduğu, bununla birlikte bu kararların yargılama faaliyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu nedenle uyuşmazlıkların "Başkanlık Kurulu tarafından karara bağlanmasının işlevsel olarak idari bir faaliyet olduğunun, dolayısıyla Kurulun karar ve işlemlerinin idari nitelikte olduğunun kabulü gerek[tiği]", dolayısıyla Kurul'un kararlarına yargısal bağımsızlık getirilmesini öngören kuralın "hukuk devleti ilkesi, hak arama hürriyeti ve idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olması gereğiyle bağdaşma[dığı]" belirtilmiştir (AYM, E. 2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 57). Dava konusu fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa

Mahkemesinin iptal ettiği hükümle hemen hemen aynı mahiyette olduğu, dolayısıyla aynı gerekçelerle iptal edilmesi gerektiği açıktır.

10. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi devletin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Dahası madde *"Türkiye Cumhuriyeti"* öznesiyle başlayıp diğer nitelikleri saydıktan sonra *"bir hukuk devletidir"* demek suretiyle hukuk devletinin diğer tüm ilkelerin kendisini tamamladığı en temel ilke olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre hukuk devleti, diğer unsurları yanında, eylem ve işlemleri *"yargı denetimine açık olan devlettir"* (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 22/6/2020, § 65). Dolayısıyla idari işlemlerin yargısal denetimi hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biridir.

11. Anayasa'nın 125. maddesi hukuk devletinin bu vazgeçilmez unsurunu özel olarak güvenceye almaktadır. Buna göre *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"*. Yargıya kapalı idari eylem ve işlemler Anayasa'da sınırlı sayım yoluyla belirlenmiştir. Anayasa'ya göre (a) Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma kararları (m.125/2) ve (b) Hâkimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları (m. 159/10) yargıya kapalıdır.

12. Anayasa'da sayılan kararların dışında hiçbir idari eylem, işlem ve karar yargıya kapatılamaz. Nitekim Anayasa Mahkemesi *"idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında kanunlarla sınırlandırılmaz"* demek suretiyle bu hususu açıkça belirtmiştir (AYM, E. 2013/108, K.2014/15, 29/1/2014).

13. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere yargı mercilerinin *"yargılama faaliyeti kapsamında olmayan"* kararlarının hâkimler, mahkemeler ya da hâkimlerden oluşan kurullar tarafından alınmış olması bunların *"yargısal işlem sayılması sonucunu doğurmaz"*. Mahkemeye göre *"İdare işlevine ilişkin olan işlemler yargısal makamlar tarafından yapılsa dahi idari işlem niteliğini haizdir ve Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidir"* (AYM, E. 2015/18, K.2016/12, 10/2/2016, § 52).

14. 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin (1) numaralı fıkrası ile bu fıkranın atıf yaptığı diğer maddeleri Danıştay Başkanlık Kurulunun

görevlerini düzenlemektedir. Bu görevler; üyelerin görev yerlerini belirlemekten daire başkan ve üyelerinin dairelerini değiştirmeye, tetkik hâkimlerinin çalışacakları daireleri, kurulları ve görecekleri işleri tespit etmekten daireler arasında işbölümünü kararlaştırmaya, Danıştay meslek mensuplarını mesleki faaliyetler için yurtdışına göndermekten yükseköğretim kurumlarında ders vermelerine izin vermeye kadar farklı karar ve işlemleri kapsamaktadır.

15. Danıştay Kanunu'nun herhangi bir hükmü Başkanlık Kurulunun görevleri ve bu kapsamdaki kararları arasında *"idari nitelikte"* veya *"yargısal ağırlıklı"* şeklinde bir ayrıma gitmemektedir. Dava konusu kural, Başkanlık Kurulunun kararlarına itiraz üzerine Başkanlar Kurulu tarafından verilen *kararların tamamını* kategorik olarak yargıya kapatmaktadır. Kuralla, Danıştay meslek mensuplarını bilimsel araştırmalar yapmak ve mesleki incelemelerde bulunmak üzere yurtdışına göndermek (m. 65), aynı şekilde bunların bilimsel toplantılara katılımına ve yükseköğretim kurumlarında ders vermelerine izin vermek (m. 66) gibi idari faaliyete ilişkin, dolayısıyla idari nitelikte olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmayan her türlü işlem ve karar yargı mercilerinin denetimine kapatılmıştır.

16. Esasen çoğunluk kararında da Başkanlık Kurulunun ve itiraz üzerine Başkanlar Kurulunun verdiği kararların idari nitelikte olduğu zımnen kabul edilmektedir. Çoğunluğa göre kanun koyucu *"birtakım yönetim işlerinin, özellikle de kurumun yerine getirmekle yükümlü olduğu yargısal hizmetin üretilebilmesi için gerekli olan diğer işlerin yapılması bağlamında hâkimlerce veya Danıştayın ilgili organlarınca karara bağlanmalarını"* uygun bulabilir (§ 138). Buradaki *"diğer işler"*in yargısal işler dışında kalan işleri, başka bir ifadeyle idari iş ve işlemleri ifade ettiği açıktır.

17. Öte yandan Mahkememiz çoğunluğu dava konusu fıkranın Danıştay Başkanlar Kuruluna *"yargısal ağırlıklı bir faaliyet"* olarak Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazları inceleme ve kesin olarak karara bağlama yetkisini verdiğini, itiraza konu kararları *"klasik anlamda idari tasarruf saymadığı"*nı, dolayısıyla Kurulu *"işlevsel olarak idare"* değil, *"bir yargı mercii"* olarak kabul ettiğini belirtmiştir (§ 140).

18. Bu görüşe katılmak en az iki nedenle mümkün değildir. Birincisi, yukarıda açıklandığı üzere kuralla itiraza konu edilen ve

yargıya kapatılan kararların bir kısmının Danıştay mensuplarının ifa ettikleri yargısal nitelikteki görevleriyle ilgisinin olmadığı açıktır. Personelin yurtdışına gönderilmesine, bir yükseköğretim kurumunda ders vermesine ya da bir bilimsel toplantıya katılmasına izin verilmesine yönelik işlemlerin “*yargısal ağırlıklı faaliyet*” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu ve benzeri işlemler tam da *klasik anlamda* tipik idari tasarruflardır. Bu idari tasarruflara ilişkin kararların hâkimlerden oluşan bir kurul tarafından alınması onların “*idari*” niteliğini ortadan kadırmaz.

19. İkincisi, kanun koyucunun Danıştay Başkanlar Kurulunu kurum içi hukuki uyumsuzlukları nihai ve kesin olarak karara bağlayan bir idari *yargı mercii* olarak kabul ettiği varsayıldığında mesele daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere yargı fonksiyonunu idari fonksiyondan ayıran özelliklerin başında uyumsuzlukların “*özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi*” gelmektedir (AYM, E. 2012/102, K.2012/207, 27/12/2012). Bu durumda Başkanlar Kurulunun itirazları incelerken hangi yargılama usullerini uygulayacağı sorusu akla gelmektedir.

20. Başkanlar Kurulunun bir idari yargı mercii olarak kabul edilmesi, yürütmeyi durdurma dahil her türlü yargısal yetkiye sahip olduğunun kabulünü de gerektirmektedir. Aynı şekilde Başkanlık Kurulunun işlemlerine karşı Başkanlar Kuruluna bir anlamda “*dava*” açan Danıştay mensuplarının da 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda belirtilen duruşma talep etme dahil her türlü hakka sahip olduğu kabul edilmelidir. Aksi durumda bu yolun *etkili* bir yargısal yol olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir. Kuralda bu ve benzeri güvencelerin hiçbirine yer verilmediği gibi, bu yönde herhangi bir atıf da söz konusu değildir.

21. Öte yandan Başkanlar Kurulunun itirazları karara bağlarken 2577 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmadığı söylenecekse, bu kez bir yargı mercii olarak hangi usul kurallarına tabi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Kural bu yönde de herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle Başkanlık Kurulu kararlarına yönelik itirazların karara bağlanmasının bir yargısal süreç, bunları karara bağlayan Başkanlar Kurulunun da “*bir yargı mercii*” olarak kabul edilmesi halinde uyumsuzlukların çözümlenmesinde uygulanacak usul kurallarının neler olduğu konusundaki belirsizlikler de kuralı Anayasa’ya aykırı hale getirecektir.

22. Bunun yanı sıra çoğunluk kararında Başkanlar Kurulunun bir yandan “*yargı mercii*” olarak itirazları karara bağladığının ileri sürülmesi, diğer yandan bu kararlara konu işlemlerin “*klasik anlamda idari tasarruf*” olmadığını ifade edilmesi çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Başkanlar Kurulu Anayasa’nın 125. maddesi kapsamında bir “*yargı mercii*” ise itirazen incelediği işlemlerin zaten idari eylem ve işlem olması gerekmektedir.

23. Bu çelişkili, izahı güç ve Anayasa’yla kurulan idari yargı düzenini de bozma potansiyeli olan gerekçelerin nedeni, açıkça idari işlem niteliğinde olan kararların yorum yoluyla “*yargısal ağırlıklı*” ya da “*yargısal benzeri*” (*quasi-judicial*) işlemler olarak kabul edilmesidir. Halbuki Başkanlık Kurulunun idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı idari itiraz yoluna başvuru üzerine Başkanlar Kurulunun vereceği kararlar da *idari işlem* niteliğindedir. *İdari* niteliği konusunda tereddüt bulunmayan bu işlemlerin çoğunluk kararında “*klasik anlamda idari tasarruf sayılmadığı*” gerekçesiyle yargı denetimi dışında tutulması Anayasa’nın 125. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

24. Diğer yandan, Danıştay’ın idari tasarruflarını yargı denetimi dışına çıkaran kural, Anayasa’nın hak arama hürriyetini güvence altına alan 36. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında sıkça vurgulandığı üzere, hak arama hürriyeti kendisi bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve hürriyetlerin gereği gibi kullanılmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır (AYM, E. 2018/62, K. 2018/117, 27/12/2018, § 9; Akdeniz İnşaat ve Eğitim İşleri A.Ş. [GK], B. No: 2015/2909, 19/7/2018, § 49).

25. Hak arama hürriyetinin en önemli unsurlarından biri kuşkusuz mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak kişiye tarafı olduğu hukuki uyuşmazlıkları bu konuda yetkili olan mahkemelere taşıma imkânı sağlamaktadır. Hukuk devletinde mahkemeler kişilerin maruz kaldıkları haksızlık ve zararları giderecek olan kurumlardır. Bu anlamda kişinin “*kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir*” (AYM, E. 2018/104, K. 2020/39, 16/7/2020, § 42).

26. Bu çerçevede, yukarıda açıklandığı üzere, iptali istenen kural idarenin kendisine haksızlık yaptığını ve bundan dolayı zarara

uğradığını ileri süren görevlilerin idari nitelikte verilen kararlara karşı dava açmasını engellemektedir. Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna itiraz bir dava yolu değildir. Bu nedenle idari kararlara karşı kurum içinde etkili bir itiraz yolu öngörmekle birlikte idari yargı organları önünde dava açmayı engelleyen kural, kişilerin hak arama hürriyetini, bilhassa da mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir.

27. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

B. Danıştay ve Yargıtay Üyelerinin Üyeliklerine Son Verilmesine Dair Kurallar

28. Kanun'un 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin, (8) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri dışında, tüm fıkralarının; 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin, (7) numaralı fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri hariç, tüm fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

29. Her iki geçici maddenin de birinci fıkralarının birinci cümleleri, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay ve Yargıtay üyelerinin üyeliklerinin sona ermesini, ikinci cümleleri ise bu kurumların Başkan, Başkanvekili, Başsavcı, Başsavcıvekili ve daire başkanlarının üyeliklerinin devam etmesini öngörmektedir. Geçici maddelerin kalan fıkralarından bir kısmı (geçici 27. maddenin 1-12, geçici 15. maddenin 1-11 arası fıkraları) üyeliğin sona ermesiyle doğrudan bağlantılı kurallara, diğerleri de genel olarak daireler arasındaki iş bölümüne ilişkin kurallara yer vermektedir. İkinci gruptaki kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı konusunda çoğunluk görüşüne katılıyorum. Diğer yandan her iki geçici maddenin de ilk on iki ve ilk on bir fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı bir bütün olarak ele alınacak, gerekli olduğunda münferit fıkralara değinilecektir.

30. Dava konusu kurallarla kanun koyucu, bazı istisnalarla birlikte, tüm Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevine son vermiş, bunlardan bir kısmının on iki yıllıkına yeniden seçilmesine imkân sağlarken, diğer bir kısmının da adli ve idari yargı düzeninde ya da idarede görevlendirilmesi

yoluna gitmiştir. Bu noktada temel anayasal mesele, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin kanunla görevlerine son verilerek derece mahkemelerinde ya da idari kurumlarda görevlendirilmelerinin Anayasa'ya uygun olup olmadığıdır.

31. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi üyelerinin durumundan farklı olarak Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görev sürelerine ilişkin Anayasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu yüksek mahkemelere üye seçilenlerin görev sürelerinin kanunla belirlenmesi mümkündür. Nitekim Mahkememiz dava konusu Kanun'un bu iki yüksek mahkeme üyeliklerindeki görev süresini on iki yıl olarak öngören hükümlerini bizim de katıldığımız gerekçelerle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır (§§ 31-45).

32. Bununla birlikte anayasal veya yasal değişiklikle yüksek yargıda üyelerin görev süresinin on iki yıl olarak düzenlenmesi farklı, mevcut üyelerin görevlerine son verilmesi farklıdır. İkincisi birincisinin doğal ve zorunlu sonucu değildir. Bu sebeple 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle Anayasa Mahkemesinde üyelik süresi on iki yıl olarak düzenlenmiş, ancak bu süre yalnızca yeni seçilecek üyelere uygulanmıştır. Başka bir ifadeyle anayasa değişikliğinden önce üyeliğe seçilenlerin daha önce olduğu gibi zorunlu emeklilik yaşı olan altmış beş yaşına kadar görevde kalmalarını sağlayan bir düzenleme yapılmıştır.

33. Esasen hukuki güvenlik ilkesi, kanuni değişikliklerin istisnai ve lehe durumlar dışında yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay ve işlemlere uygulanmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda on iki yıllık görev süresi kural olarak bu üyeliklere kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra seçilenlere uygulanmalıdır. Zira bu durumda görevini on iki yıl süreyle yapacağını bilerek ve isteyerek seçilen üyeler açısından belirsiz ve öngörülemeyen bir durum söz konusu olmayacaktır.

34. Dava konusu kuralları görevdeki üyelere de uygulayan kanun koyucunun, daha önce Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev sürelerine ilişkin benzer bir düzenleme öngören anayasa koyucunun iradesinden, dolayısıyla bir anlamda *kuraldan* ayrıldığı görülmektedir. Bununla birlikte düzenlemelerin anayasal engel olmadığı takdirde, çok *istisnai ve zorunlu* durumlarda ve gerekli güvencelerin sağlanması kaydıyla önceden süresiz olarak seçilen üyelere de uygulanması mümkündür.

35. Buna göre Yargıtay ve Danıştay'ın görevdeki üyelerinin üyelik görevine kanunla son verilebilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Evvela göreve son verilmesini engelleyen açık bir anayasal hüküm bulunmamalıdır. İkincisi, göreve son vermeyi haklı kılan hukuki ve fiili bir zorunluluk halinin olması gerekir. Üçüncü olarak da ilk iki şartın gerçekleştiği durumlarda göreve son verilebilmesi için düzenlemenin başta hâkimlik teminatı olmak üzere anayasal ilkeleri ve temel hakları ihlal etmemesi gerekmektedir. Dava konusu kuralların bu şartlardan birini dahi karşılamaması Anayasa'ya aykırılık teşkil edecektir. Konunun önemine binaen kuralların bu üç şart yönünden ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

1) *Anayasal engelin bulunmaması*

36. Bu konuda en son söylenecek olanı en başta ifade edelim. Yargıtay ve Danıştay'a ilişkin anayasal hükümlerde kanun koyucuya üyelerin görevlerini sonlandırma konusunda açıkça yetki verilmediği veya bu mahkemelerin kaldırılması yahut anayasal kurumlar olmaktan çıkarılması yoluna gidilmediği müddetçe kanunla yüksek mahkeme üyeliğine son verilemez. Aksi takdirde yargı sisteminde yapılacak her türlü *reform* sonucunda yüksek yargı üyelerinin görevine kanun koyucu tarafından son verilebilecektir. Böyle bir düzenlemenin de hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması mümkün değildir.

37. Öte yandan Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine kanunla son verilemeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ilk bakışta yasamanın genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun yukarıda belirtilen diğer iki şartı da karşılayan bir düzenleme yapmasının Anayasa'ya aykırı olmayacağı söylenebilir. Ancak sistematik anayasa yorumuyla böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını, bu nevi düzenlemelere başta kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı olmak üzere anayasal ilkelerin izin vermediğini belirtmek gerekir.

38. Anayasa'nın Başlangıç kısmında *"belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği"* olarak ifade edilen kuvvetler ayrılığı ilkesi, Anayasa'nın 2. maddesinin atfı nedeniyle Türkiye Cumhuriyetinin dayandığı temel niteliklerden biri olarak kabul edilmiştir. Bu ilke uyarınca *"her erkin Anayasa tarafından belirlenmiş yetki sahasında kalması ve diğer erklerin yetkisine müdahale"*

etmemesi" sağlanmalıdır (AYM, E. 2012/100, K. 2013/84, 4/7/2013; AYM, E. 2017/20, K. 2018/75, 5/7/2018, § 28).

39. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin arkasındaki fikir, gücün temerküzünü engellemek suretiyle devletin aşırı gücü karşısında bireyi ve haklarını korumaktır (bkz. M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Second Edition, Liberty Fund, 1998, s. 409). Anayasa Mahkemesine göre de "anayasal devletin temel niteliklerinden biri olan kuvvetler ayrılığının amacı, iktidarın tek elde toplanması sonucu yetki aşımının (ultra vires) ortaya çıkmasını ve temel hakların ihlal edilmesini engellemektir" (AYM, E.2006/113, K.2011/102, 16/06/2011).

40. Mahkemelerin yasama ve yürütmenin müdahalesine maruz kalmadan görev yapması, kuvvetler ayrılığından beklenen faydanın sağlanması bakımından hayati derecede önemlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında vurguladığı gibi "Yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsızlığı korunan yargı, genelde yönetime karşı yönetilenlerin güvencesidir" (AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/02/1989).

41. Bu bağlamda kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri, yasama organının yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek şekilde müdahalesine izin vermez. Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin nasıl seçilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Yargıtay üyelerinin tamamı (m. 154) ile Danıştay üyelerinin dörtte üçü Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre" kurulan ve görev yapan Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK), üçte biri de Cumhurbaşkanı tarafından (m. 155) seçilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre Yargıtay ve Danıştay üyelerinin seçiminde yasama organına herhangi bir görev verilmiş değildir.

42. Bu durumda yasama organı, HSK ve Cumhurbaşkanının iradesiyle seçilen yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine kanunla son verebilir mi? Bu sorunun cevabı açıktır: "Hayır, veremez". Göreve son verme şeklindeki bir müdahale HSK'nın ve yürütmenin başı konumunda olan Cumhurbaşkanının üyeleri seçme yönündeki tasarruflarının anlamsız ve işlevsiz kılınması anlamına gelir. Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte üyelerin, bir kısım istisnalarla birlikte, tamamının görevlerine son verilmesi ve ardından bunların sadece bir kısmının yeniden HSK ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesi de durumu değiştirmemektedir. Zira her durumda üyeliklerine son

verilenlerin bir kısmı yeniden seçilmemiş, böylece onları seçen HSK ve Cumhurbaşkanının iradesi bu müdahaleden etkilenmiştir.

43. Nitekim Anayasa Mahkemesi, o zamanki adıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından atanması öngörülen Teftiş Kurulu Başkanı, başkan yardımcıları, müfettişleri ile Kurul'da görev yapacak olan hâkim ve savcılarının görevine son veren kanun hükmünü iptal etmiştir. Mahkemeye göre *“Anayasa’nın 159. maddesi gereğince atama yetkisi Kurula ait olan ve bu madde uyarınca atamaları HSYK tarafından yapılan kişilerin görevlerine kanun ile son verilmesi, Anayasa’nın 159. maddesini işlevsiz kılmakta ve bu yönüyle Anayasa’nın 159. maddesine aykırı bulunmaktadır”* (AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014). Kaldı ki, bu karara konu olan kanunla son verilen görevler *“yargısal”* değil, tamamen *“idari”* niteliktedir.

44. Diğer yandan Anayasa’nın 138. maddesi yasama ve yürütmenin yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecek girişimlerden kaçınması gerektiğini vurgulamıştır. Buna göre *“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz”*. Yargı bağımsızlığının temel amacı hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, *“her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etki olasılığından uzak”* ve tarafsız bir şekilde *“özgürce karar verebilmesi”*ni sağlamaktır (AYM, E. 1990/13, K. 1990/30, 20.11.1990, AYM, E. 2017/158, K. 2018/89, 6/9/2018, § 12).

45. Bu bağlamda kanun koyucunun hâkimlik teminatıyla bağdaşmayacak şekilde yüksek yargının üye yapısını değiştirmeye yönelik müdahalelerinin yargı bağımsızlığıyla bağdaştırılması zordur. Bu tür müdahaleler literatürde *“mahkeme paketleme”* (court packing) olarak adlandırılan, mahkemelerin tek tip görüş ve ideolojiye sahip olan hâkimlerden oluşması sonucunu doğurabilecektir. Bu durumun bir yandan kuvvetler ayrılığı ilkesine diğer yandan da yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığına telafisi güç zararlar vereceği ise izahtan varestedir.

46. Sonuç olarak, Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine kanunla son verilmesi Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 138., 139., 154. ve 155. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

2) *Hukuki ve fiili zorunluluk*

47. Bir an için dava konusu kuralların önünde anayasal herhangi bir engel olmadığını varsayalım. Bu durumda üyeliğe son verme şeklinde tezahür eden son derece radikal düzenlemeyi haklı kılacak ölçüde bir hukuki ve fiili zorunluluk bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

48. Mahkememiz çoğunluğuna göre istinaf kanun yolunun hayata geçirilmesi, Yargıtay ve Danıştay üye sayısının azaltılmasını gerektiren bir yapısal değişiklik olduğundan ortada düzenlemeleri haklı kılan bir zorunluluk durumu bulunmaktadır (§§ 154-155). Gerçekten de istinaf mahkemelerinin kurulmasının yapısal bir değişiklik olduğu, bu değişiklik sonucunda Yargıtay ve Danıştay'ın görevlerinin önemli ölçüde azaldığı, bunun da söz konusu yüksek yargı organlarında görev yapacak daha az üyeye ihtiyaç duyulmasına neden olduğu söylenebilir.

49. Bununla birlikte her *yapısal değişiklik* yüksek yargı üyeliğini sonlandırma gibi radikal tedbirlerin alınmasını gerektirir mi? Başka bir ifadeyle istinaf mahkemelerinin kurulması ve uygulamaya geçirilmesi yapısal bir değişiklik olarak nitelendirilse bile bunun Yargıtay ve Danıştay'da görev yapan üyelerin görevlerine mutlaka son verilmesini gerektiren hukuki ve fiili bir zorunluluk doğurduğu söylenebilir mi? Bu sorulara olumlu cevap vermek zor görünüyor.

50. Bu noktada herşeyden önce belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 5235 sayılı Kanun, 26/9/2004 tarihinde çıkarılmıştır. Bu Kanun'un geçici 2. maddesi uyarınca da en geç iki yıl içinde istinaf mahkemelerinin kurulacağı, yargı çevreleri ve tüm yurtda göreve başlayacakları tarihin Resmî Gazete'de ilan edileceği öngörülmüştür. Ne var ki, aradan geçen on iki yıl içinde istinaf mahkemeleri faaliyete geçirilmediği gibi, bu süre içinde Yargıtay ve Danıştay'ın üye sayılarını azaltmaya yönelik herhangi bir girişim de söz konusu olmamıştır. Tersine dava konusu Kanun'un kabul edildiği tarihe kadar bu iki yüksek mahkemenin üye sayısı sürekli artırılmıştır. Bu anlamda en son 2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanun'la Yargıtay'ın üye sayısına yüz yirmi dokuz (129), Danıştay'ın üye sayısına da kırk dokuz (49) yeni üye eklenmiştir.

51. Daha önemlisi dava konusu kurallar yürürlüğe girdikten ve yüksek mahkemelerin üye sayıları azaltıldıktan sonra 24/12/2017 tarihli

ve 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Yargıtay'da yüz (100), Danıştay'da ise on altı (16) yeni üye kadrosu ihdas edilmiş, ardından da bu kadrolara üye seçilmiştir (yüksek mahkemelerin üye sayılarındaki değişiklikler konusunda bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019, ss. 1059-1063). Bu bilgiler ışığında istinaf mahkemelerinin faaliyete geçecek olmasının Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine son vermeyi gerektiren hukuki ve fiili zorunluluk hali teşkil ettiğini söylemek zordur.

52. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kanun koyucu bir yandan yüksek mahkeme üyelerinin hâkimlik teminatına uygun şekilde görevlerine devam etmesini ve üye sayısının kademeli olarak azaltılmasını, diğer yandan da istinaf mahkemelerinin kurulmasını ve faaliyetlerini sürdürmesini sağlayacak seçeneklere sahiptir. Nitekim dava konusu geçici maddeler kadro sayısı Danıştay'da doksana (90), Yargıtay'da ise iki yüze (200) düşünceye kadar boşalan her iki üyelik için bir üye seçimi yapılmasını öngörmek suretiyle üye sayısını kademeli azaltma yöntemini benimsemiştir (geçici m. 27/17, geçici m.15/16).

53. Diğer yandan Mahkememiz çoğunluğu yüksek mahkeme üyelerinin kanunla görevlerine son verilmesinin hukuki güvenlik ilkesine aykırı olmadığını gerekçelendirirken 2014/57 esas sayılı kararda geliştirilen "*hukuki ve fiili zorunluluk*" içtihadına atıf yapmıştır. Bu kararda, diğer hususlar yanında, Türkiye Adalet Akademisindeki yapısal değişiklik dikkate alınarak burada görevlendirilmiş olan hâkimlerin görevlerine son verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (AYM, E. 2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

54. Çoğunluğa göre yüksek mahkeme üyeleri "*geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına girdiğinden*" dava konusu kurallar anılan içtihat çerçevesinde değerlendirilebilir (§ 193). Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesiyle Türkiye Adalet Akademisinde *idari görev* yapan hâkim ve savcıların görevlerine son verilmesi birbirinden tamamen farklıdır. Evvela birincilerin *yüksek mahkeme üyelikleri*, ikincilerin ise *idari görevleri* sona erdirilmiştir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararına konu olan görevler *yargısal* değil *idari* niteliktedir.

55. Bununla bağlantılı olarak Yargıtay ve Danıştay üyelerinin

görevlerine son verilmesi doğrudan yüksek hâkimlik teminatıyla ilgili olduğu halde, Adalet Akademisinde görev yapan hâkim ve savcılarının idari görevlerine son verilmesinin hâkimlik teminatıyla ilgisi bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de “*yargılama faaliyetleri yönünden geçerli olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri*”nin hâkim ve savcılarının “*idari*” görevlerine son veren düzenlemeler bakımından ele alınmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir (AYM, E. 2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

56. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin idari görevlerin kanunla sona erdirilmesine yönelik “*hukuki ve fiili zorunluluk*” içtihadının tamamen yargısal nitelikte görev yapan Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesine dair kuralların denetiminde kullanılması isabetli değildir. Zira Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görevine son verilebilmesi için gerekli olan hukuki ve fiili zorunluluk hali, idari görevlerin sonlandırılmasını haklı kılan hukuki ve fiili zorunluluktan farklıdır.

57. Daha önemlisi bu bir derece değil nitelik farkıdır. Türkiye Adalet Akademisinin yeniden yapılandırılması veya sözgelimi Adalet Bakanlığında yapısal bazı değişikliklere gidilerek bazı birimlerin kaldırılması hukuki ve fiili zorunluluk olarak görülebilir. Buna karşılık yukarıda açıklandığı üzere istinaf kanun yolunun ihdası gibi bir yapısal değişiklik, anayasal güvencelere sahip olan yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine son verilmesini gerektiren hukuki ve fiili zorunluluk hâli olarak kabul edilemez. Böyle bir zorunluluk ancak söz konusu mahkemelerin kaldırılması veya yargı birliği kapsamında birleştirilmesi gibi son derece radikal yapısal değişiklikler sonucunda gündeme gelebilir.

58. Sonuç olarak, dava konusu kuralların istinaf mahkemelerinin kurulması şeklindeki yapısal değişikliğin zorunlu ve kaçınılmaz sonucu olduğu söylenemez. Üye sayısının azaltılmasıyla ortaya çıkacak “*kamu yararı*” ile üyelik görevlerine son verilenlerin hâkimlik teminatı ve diğer hakları dengelendiğinde birincisinin tercih edilmesini zorunlu kılan bir durum olmadığı düşünülmektedir. Bu dengelemede yargı bağımsızlığının ve hâkimlik teminatının korunmasından mütevellit kamu yararını da dikkate aldığımızda hukuki ve fiili zorunluluğun varlığı konusunda çoğunluğun ulaştığı sonuca katılma imkânı olmamıştır.

3) Anayasal güvenceler ve hakların korunması

59. Bir an için çoğunluğa katılarak dava konusu kuralların istinaf kanun yolunun ihdas edilmesi şeklindeki yapısal değişikliğin kaçınılmaz sonucu olduğunu, dolayısıyla ortada hukuki ve fiili bir zorunluluk bulunduğunu kabul edelim. Bu durumda da düzenlemelerin başta hâkimlik teminatı olmak üzere anayasal güvenceleri ve temel hakları ihlal etmeyecek şekilde yapılması gerekirdi.

60. Anayasa'nın 139. maddesinde güvenceye alınan hâkimlik teminatı gereğince *"Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."* Aynı maddede istisnalar da düzenlenmiş, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir.

61. Bu noktada Yargıtay ve Danıştay üyelerinin derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve savcılarının sahip oldukları teminattan çok daha güçlü bir güvenceye sahip olmaları gerektiği söylenebilir. Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinde özel olarak düzenlenen Yargıtay ve Danıştay diğer birçok anayasal kurumun oluşumu ve işleyişi bakımından belirleyici rol oynayan yüksek mahkemelerdir. Bu bağlamda Anayasa'ya göre Yüksek Seçim Kurulunun tüm üyeleri (m. 79), Anayasa Mahkemesi üyelerinin üçte biri (m. 146) ve HSK üyelerinin bir kısmı (m.159) söz konusu iki yüksek mahkemenin üyeleri arasından seçilmektedir.

62. Dolayısıyla yüksek yargı organlarının üye yapısına yönelik kanuni müdahaleler diğer anayasal kurumları da etkilemektedir. Bu sebeple yüksek yargı üyelerine dair yasal düzenlemeler, buralarda görev yapanların, diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak, bir anlamda *"yüksek hâkimlik teminatı"* diyebileceğimiz bir güvenceye sahip olduklarını dikkate almak durumundadır. Buradaki teminatın *"yüksek"*liği bir yandan söz konusu yargı organlarının diğer anayasal kurumlar üzerindeki etkisinden, öte yandan da yüksek yargıda ifa edilen görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

63. Bu çerçevede kanun koyucunun hukuki ve fiili bir zorunluluk nedeniyle kadrosu kaldırılan bir yüksek mahkeme üyesinin sahip olduğu hâkimlik teminatına hâlel gelmesini engelleyecek tedbirleri alması gerekir. Anayasa'nın 139. maddesinde özel olarak düzenlenen hâkimlik teminatının (a) azlolunamazlık, (b) yaş haddinden önce emekliye sevkedilememelik ve (c) kadroları kaldırılrsa bile özlük haklarından yoksun kılınamazlık olmak üzere üç unsurunun olduğu görülmektedir. Anayasa yapımı sürecinde maddede bulunan *“diğer özlük hakları”* ibaresi sonradan eklenmiş, gerekçeye göre *“Hâkimlik teminatının tamamlayıcı bir unsuru olması bakımından madde metnine “diğer özlük hakları” da ilave edilmiştir”*.

64. Dava konusu kurallar hâkimlik teminatının tamamlayıcı unsuru olan *“özlük hakları”*nın korunması noktasında anayasal gereklilikleri karşılamaktan uzaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, *“özlük hakları”* en genel anlamda kişilerin deruhte ettikleri görevler nedeniyle ve bulundukları kadrolar esas alınmak suretiyle belirlenen hakları ifade eder. Bu anlamda Danıştay ve Yargıtay üyelerinin *“özlük hakları”* da bu görevi yürütenlere bulundukları kadro esas alınmak suretiyle tanınan haklardır.

65. Anayasa'nın 139. maddesinde hâkimlerin kadronun kaldırılması nedeniyle de olsa yoksun kılınamayacağını belirttiği *“özlük hakları”* yüksek yargı üyelerinin sadece aylık ve ödenek gibi sosyal ve ekonomik haklarıyla sınırlı değildir. Nitekim 139. maddenin lafzından da *“aylık ve ödeneğin”* özlük haklarının yalnızca bir kısmı olduğu, hâkimlerin bunların yanında diğer özlük haklarından da mahrum bırakılmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu hakların hâkimler bakımından sosyal ve mali haklar yanında disiplin işleri ve görevleri sebebiyle haklarında açılan soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde sahip oldukları hakları da içerdiği açıktır. Anayasa'nın gerek 140. maddesinde, gerekse 159. maddesinde hâkimlerin disiplin işleri ile yargılanmalarına ilişkin hukuksal güvenceleri de *“özlük işleri”* veya *“özlük hakları”* kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de hâkimlere yönelik disipline teallük eden işleri özlük haklarının ayrılmaz bir unsuru olarak kabul etmektedir (bkz. AYM, E.1992/39, K.1993/19, 29/4/1993; AYM, E.2010/49, K.2010/87, 7/7/2010).

66. Belirtmek gerekir ki aylık ve ödenek dışında yüksek yargı mensuplarının görevlerinden kaynaklanan sağlık hakları gibi her türlü

hak “özlük hakları” kapsamındadır. Bu kapsamda sözgelimi yüksek mahkeme üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan’da yargılanması da onların üyeliğe bağlı özlük hakları kapsamında değerlendirilebilir.

67. Bu çerçevede kadroları kaldırıldığı için Yargıtay ve Danıştay üyeliklerine son verilen ve yeniden seçilmeyen üyelerin yüksek mahkeme üyeliğinden kaynaklanan her nevi özlük hakkının korunması anayasal bir zorunluluktur. Bu zorunluluk bir yandan yüksek mahkeme üyelerinin diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak sahip oldukları sosyal ve mali hakların, diğer yandan da yüksek mahkeme üyeliği statüsünden kaynaklanan disipline ve yargılamaya ilişkin güvencelerin devam ettirilmesini gerektirmektedir.

68. Kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde görevleri sona erdirilen Yargıtay ve Danıştay üyelerinin geniş anlamda “özlük hakları”nın devam edeceğine dair herhangi bir hükme yer vermemiştir. Bu da dava konusu kuralları Anayasa’nın 139. maddesinde ifadesini bulan “*kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamaz*” hükmüne aykırı hale getirmektedir. Kısacası Yargıtay ve Danıştay üyelerinin Anayasa’nın 139., 154. ve 155. maddeleri uyarınca sahip oldukları hâkimlik teminatına aykırı şekilde görevlerine son veren dava konusu kurallar Anayasa’ya aykırıdır.

69. Yargıtay ve Danıştay üyelikleri sona erdirilen ve tekrar bu göreve atanmayanların adli ve idari yargı düzeninde yargısal bir göreve atanacakları, dolayısıyla hâkimlik teminatından yararlanacakları yönündeki gerekçenin de isabetli olduğu söylenemez. Her şeyden önce kanunun yürürlüğe girdiği dönemde yüksek mahkeme üyeleriyle derece mahkemelerinde görev yapan hâkimlerin özlük haklarının büyük ölçüde aynı ya da benzer olması, bunların ileride farklılaşmayacağı anlamına gelmez. Nitekim kanun yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay ve Danıştay üyelerinin sağlık güvencelerine yönelik -diğer hâkim ve savcılardan farklı olarak- bazı haklar tanınmıştır.

70. İkincisi ve daha önemlisi Anayasa, Yargıtay ve Danıştay üyeliklerini diğer anayasal kurumları da etkileyecek şekilde özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle yüksek mahkeme üyelerinin özlük haklarıyla diğer hâkim ve savcıların özlük hakları aynı değildir. Yukarıda bahsedildiği gibi hâkimlik teminatının en önemli unsurlarından

olan özlük hakları, sadece aylık ve ödenekler gibi mali hakları değil, daha geniş anlamda disipline ve yargılamaya ilişkin tüm güvenceleri kapsamaktadır. Bu açıdan da Yargıtay ve Danıştay üyelerinin diğer hâkim ve savcılarla aynı durumda oldukları söylenemez.

71. Diğer yandan dava konusu kuralların görevlerine son verilen üyelerin bir kısmının özlük haklarını özel olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda geçici 27. maddenin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde Danıştay üyeliği sona erenlerden idari görevlere atanmak isteyenlerin Danıştay üyelerinin sahip olduğu özlük haklarından yararlanmaya devam edecekleri belirtilmektedir.

72. Bu düzenleme görevleri sona erdirilen yüksek mahkeme üyelerinin özlük haklarını korumaya yönelik olumlu bir adım olmakla birlikte en az iki nedenle Anayasa'ya aykırılık durumu devam etmektedir. Birincisi, tanınan özlük hakları Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hakların tamamını değil, bir kısmını içermektedir. İkincisi sadece idari görevlere atanana bu imkân tanınmakta, idari yargıda hâkim olarak görev yapanlara ise Danıştay üyelerine sağlanan özlük hakları sağlanmamaktadır. Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyip idari kadrolara atanana Danıştay üyelerinin sahip oldukları özlük haklarından eksik de olsa yararlanmaya devam ederlerken, idari yargıda göreve devam edenlere bu hakların tanınmamasını eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak zordur. Bu kapsamda aynı ya da benzer durumda olanlardan bir kısmına bazı özlük hakları tanınırken diğerlerine tanınmamasının nesnel ve makul hiçbir nedeni de bulunmadığından kural Anayasa'nın 10. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

73. Dava konusu kuralların Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı yönünden de incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere kişilerin mesleki hayatlarına yönelik müdahalenin sebep unsurunu özel hayata ilişkin davranışlar oluşturmaya bile, söz konusu müdahale kişilerin özel hayatını önemli ölçüde etkileyebilir. Bu nedenle kişilerin kariyerini etkileyen müdahaleler, meslek hayatında üçüncü kişilerle kuracağı ilişkileri ve bu kişiler nezdindeki itibarını da etkileyeceğinden özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik bir sınırlama oluşturacaktır (AYM, E. 2018/159, K. 2019/93, 24/12/2019, § 16; *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B.No: 2017/38953, 23/7/2020, § 88).

74. İptali istenen kuralların da bu anlamda Yargıtay ve Danıştay üyelikleri sona erdirilen kişilerin özel hayatın korunmasını isteme hakkına sınırlama teşkil ettiği söylenebilir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetlere yönelik bir sınırlandırmanın kanuna dayalı olması, meşru bir amacının bulunması ve ölçülü olması zorunludur.

75. Kanunilik şartının sağlanması için temel hakları sınırlandıran bir kanunun bulunması yeterli olmayıp, söz konusu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması da gerekir. Dava konusu kanun hükümleri altmış beş yaşına kadar görev yapmak üzere seçilen ve bu yönde haklı beklentileri oluşan yüksek mahkeme üyelerinin görevlerine, göreve son vermeye ilişkin anayasal güvenceleri etkisiz kılacak bir yöntemle son vermiştir. Bunun öngörülebilir bir düzenleme olduğu söylenemez. Kurallar öngörülebilirlik ilkesini ihlal ettiğinden özel hayata saygı hakkına yapılan müdahalenin kanunilik şartını sağladığı da söylenemez.

76. Kuralların kanunilik şartını sağladığı ve sınırlandırmanın istinaf mahkemelerinin hayata geçirilmesinden kaynaklanan kamu yararına yönelik olduğu kabul edilse bile, bu durumda da sınırlandırmanın ölçülü olması gerekmektedir. Bilindiği üzere ölçülülüğün alt ilkeleri elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eder. İptali istenen kuralların istinaf mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte yüksek mahkemelerin üye sayısının azaltılması amacının gerçekleştirilmesi için elverişli olmadığı söylenemez. Gereklilik ise sınırlamanın öngörülen amacın gerçekleştirilmesi bakımından zorunlu olmasını, başka bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlamayla ulaşılmışının mümkün olmamasını ifade eder. Geçici maddelerin bazı hükümleri yüksek mahkemelerdeki üye sayısının kademeli olarak azaltmasını öngörmektedir. Dolayısıyla üye sayısını azaltma amacına daha hafif bir sınırlamayla ulaşılmış mümkünken bir kısım üyelerin görevine son verilerek tekrar seçilmemesi şeklindeki sınırlamanın gerekli olduğu söylenemez.

77. Bir an için üye sayısının kademeli olarak azaltılması ile kanunla defaten azaltılmasının aynı etkiyi doğurmayacağı, dolayısıyla dava konusu kuralların hızlı bir şekilde yeni sistemin gerektirdiği değişikliğin yapılabilmesi için gerekli olduğunu kabul edelim. Bu durumda da

sınırlamanın orantılı olması, başka bir ifadeyle sınırlama ile ulaşmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Esasen anayasa koyucu “[hâkimler] bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz” hükmüyle orantılılığın gerektirdiği makul dengeyi ifade etmiştir.

78. Dava konusu kurallar yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere, görevlerine son verilen ve yeniden seçilmeyen Yargıtay ve Danıştay üyelerinin hâkimlik teminatını ihlal etmektedir. Bu nedenle üyelerin hâkimlik teminatını korumayan kuralların getirdiği sınırlamayla öngörülen amaç arasında makul bir dengenin kurulduğu söylenemez. Dolayısıyla kurallar Anayasa’nın 13. ve 20. maddelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

79. Öte yandan geçici maddelerin birinci fıkraları için ileri sürülen Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, bu fıkralarla bağlantılı ve göreve son vermenin sonuçlarını düzenleyen fıkralar için de geçerlidir. Bu nedenle, geçici 27. maddenin (2) ile (12) numaralı fıkraları ile geçici 15. maddenin 2. ile 11. fıkralarının da yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edilen gerekçelerle iptal edilmesi gerekir.

80. Sonuç olarak açıklanan gerekçelerle dava konusu kuralların Anayasa’nın 2., 10., 13., 20., 138., 139., 140., 154. ve 155. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇELERİ

I. FARKLI GEREKÇE

1.7.2016 tarihli ve 6723 Sayılı Kanunun 10. Maddesiyle, 2575 Sayılı Danıştay Kanununun 52/A Maddesinin Yeniden Düzenlenen (2) Numaralı Fıkrasının Birinci ve İkinci Cümleleri

1. Kanunun 52/a maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde Danıştay Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yedi gün içinde Başkanlar Kurulu'na itiraz edilebileceği ve Kurul'un bu kararları aynen veya değiştirerek onaylayabileceği belirtilmektedir. Üçüncü cümlede ise itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu ifade edilmiştir. Birinci ve ikinci cümlelerin iptal istemini reddeden çoğunluk gerekçesinde Başkanlar Kurulu Kararının yasama organı tarafından yargısal ağırlıklı faaliyet olarak nitelendiği, başka deyişle Kurulu idari merci olarak kabul etmediği, bu nedenle Kurul kararlarının idari işlem ve tasarruf niteliğinde görülemeyeceği için yargı denetimi dışında tutulduğu, bu nedenle adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesine aykırılığın oluşmadığı değerlendirilmiştir.

2. Kanunun 52/A maddesinde Başkanlar Kurulu'na verilen görevlerden bir kısmı yargısal nitelikte bulunmakla birlikte diğer bir kısmı da idari fonksiyona ilişkindir. Yargı mercilerince tesis edilse dahi Anayasanın 125/1. maddesi uyarınca idarenin her türlü işlemi yargı denetimine tabidir. Nitekim maddede meslek mensuplarının bilimsel ve mesleki araştırmalar için yurt dışına gönderilmesi, bilimsel toplantılara, ders ve konferanslara katılmaları için izin verilmesi veya görevlendirilmesi gibi konular yer almaktadır (m. 52/A, 65, 66). Bu konudaki tasarrufların idari işlem niteliğinde olduğu açıktır. Mahkememizin bir kararında belirtildiği üzere bir idari işlemin yargı organı tarafından yapılması bunların yargısal işlem sayılmasını zorunlu kılmaz (AYM 2015/18 – 201612, 10.2.2016, par. 51-52). Kurul kararlarından hangilerinin idari tasarruf niteliğinde olduğu hususu ise yargı mercilerince belirlenebilecektir. Çoğunluk gerekçesinde belirtildiğinin aksine Başkanlık Kurulu kararlarının bir kısmının idari tasarruf niteliğinde bulunması nedeniyle yargı denetimine tabi bulunması zorunludur. Aksinin söylenmesi gerek hak arama hürriyetine (AY 36) gerekse idarenin yargısal denetimi ilkesine (AY 125) aykırılık oluşturur. Bununla birlikte incelenen birinci ve ikinci cümlelerde yalnızca

Kurul kararlarına itiraz süresi ve itiraz üzerine Kurul'un yetkileri düzenlendiğinden Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır. Fıkranın bütünlüğünde anayasaya aykırılık üçüncü cümlede ortaya çıkmaktadır ki bu hususa ilişkin karşıoy gerekçem aşağıda yer almaktadır. Sonuç olarak 52/A maddesinin 2. fıkrasının ilk iki cümleinin Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin karar sonucuna açıkladığım farklı gerekçeyle katılmaktayım.

II. KARŞIOY GEREKÇELERİ

A. 1.7.2016 tarihli ve 6723 Sayılı Kanunun 10. Maddesiyle, 2575 Sayılı Danıştay Kanununun 52/A Maddesinin Yeniden Düzenlenen (2) Numaralı Fıkrasının Üçüncü Cümlesi

3. İncelenen kural; "İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz." şeklindedir. Fıkranın önceki cümlelerinde, Danıştay Başkanlık Kurulu kararlarına itiraz edilebileceği, itiraz üzerine Başkanlar Kurulu'nun bu kararları aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabileceği belirtilmektedir. Çoğunluk tarafından iptal istemi reddedilen son cümlede ise Başkanlar Kurulu'nun itiraz üzerine verdiği kararların kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine yargı merciine başvurulamayacağı ifade edilmektedir.

4. Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiş olup, aynı maddede belirtilen istisnalar arasında Danıştay Başkanlar Kurulu kararları yer almamaktadır. Şu halde Anayasanın üstün ve bağlayıcı kuralı uyarınca her türlü idari işlemlere karşı yargı denetiminin açık olması, bu yönde öngörülecek kanunların da aynı kurala uygun bulunması gerekmektedir. Anayasada idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık tutulması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. İdarenin yargısal denetimi gerçekleşmediği takdirde, devletin koyduğu hukuk kurallarına bağlılığı esasına dayanan hukuk devleti ilkesinin gerçekleştiğinden söz edilemez. Bu ilke uyarınca idarenin işlem ve eylemlerine karşı yargısal denetim yoluyla bireylerin haklarının korunması amaçlanmaktadır.

5. Danıştay Kanununda Başkanlık Kurulu'na verilen görevlerin bir kısmının yargısal niteliktedir. Bununla birlikte bu görevler arasında meslek mensuplarının bilimsel ve mesleki araştırmalar için yurt dışına gönderilmesi, bilimsel toplantılara, ders ve konferanslara katılmaları

için izin verilmesi veya görevlendirilmesi gibi konular yer almaktadır (m. 52/A, 65, 66). Belirtilen konuların yargısal nitelikte olmadığı ve bu konulardaki kararların idari işlem mahiyetinde olacağı açıktır. İncelenen kural bu tür idari işlem niteliğindeki kararların itirazının karara bağlanmasını kapsayan Başkanlar Kurulu kararlarını yargısal denetime kapatmaktadır. Öte yandan Danıştay'ın bir Yüksek Mahkeme olması, işlemi tesis eden Kurulların idari yapısını ve işlemlerin idari niteliklerinin gözardı edilmesini gerektirmemektedir. Dolayısıyla yargısal denetimi engelleyen kuralın idari işlemin muhatabı olan bireylerin hak arama özgürlüklerini yok ettiği ve böylesi bir müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı düşüncesindeyiz. Belirtilen nedenlerle incelenen kuralın Anayasanın 2., 36., 13. ve 125. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

B. 6723 sayılı Kanunun 10. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 27. Maddenin 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7. Fıkraları ile 8. Fıkrasının 2. Cümlesi

6. Anılan 27. maddenin 1. fıkrasında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona erdiği hükmü yer almaktadır. Esasında 6723 sayılı Kanunun birinci maddesiyle, Danıştay üyelerinin 12 yıl için seçileceği hükmü yer almaktaydı. Mahkememiz Danıştay üyeliğine görev yılı sınırı getiren bu düzenlemeyle ilgili Anayasaya aykırılığın bulunmadığını tespit etmiş ve yasama organının takdir yetkisi kapsamındaki kuralın iptal isteminin reddine karar vermiştir. Bununla birlikte bu aşamada incelenen kural, 12 yıllık görev süresinin, daha önce böyle bir sınırlamaya tabi bulunmayan mevcut Danıştay üyeleri hakkında da geçerli olmasını öngörmekte ve kanunun yürürlüğüyle birlikte bu üyelerini üyeliklerinin sona ereceğini öngörmektedir. Maddenin sonraki 6 fıkrasında da üyelik görevinin sona ermesine bağlı hukuki sonuçların düzenlendiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla burada anayasal denetim yönünden önem taşıyan temel kural göreve son vermeyi sonuçlayan ilk fıkradır.

7. Anayasanın Danıştay hakkındaki 155. maddesinin son fıkrasında “Danıştay’ın, kuruluşu, işleyişi, ... ile üyelerinin nitelikleri ve seçim usulleri, idari yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.” denilmektedir. Anayasanın hakimlik teminatını düzenleyen 139. maddesinde ise; “Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada

gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” hükmü yer almaktadır. Anayasanın 155/son maddesi uyarınca üyelerin Danıştay Üyesi olmaktan kaynaklanan teminatlarının Anayasanın 139. maddesindeki ilkeler uyarınca kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin iki hukuki sonucu bulunmaktadır. İlkin, üyelerin özlük haklarının hakimlik teminatı ilkeleri kapsamında özel kanununda yapılacak düzenlemeler, onların diğer mahkemelerdeki gibi salt ‘hakim’ sayılmalarını değil, bir yüksek mahkeme üyesi sıfat ve niteliklerinin de güvence altına alındığı anlamına gelmektedir. İkincisi, Anayasanın 155/son maddesi ile 139. maddeye yapılan atıf ve bağlantı dolayısıyla, 139. maddedeki “hakimler savcılar azlolunamaz, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” şeklindeki güvencelerin Danıştay üyeleri için de geçerli olmasını gerektirmektedir. Daha da ötesi belirtilen güvenceler hakimlik sıfatıyla değil, Anayasanın 155/son maddesi uyarınca “Danıştay üyeliği” sıfatıyladır. Başka deyişle Danıştay üyelerinin Danıştay Kanunu kapsamında Kurumda işgal ettikleri kadro ‘hakimlik’ kadrosu olmayıp, özel kanununda belirtilen tüm haklarıyla birlikte “Danıştay üyeliği” kadrosunu ifade etmekte ve söz konusu güvenceler de buna bağlı olmaktadır.

8. Anayasanın 155/son maddesiyle Danıştay üyelerine tanınan güvencenin, 139. maddeye yapılan atıf dolayısıyla aslında yüksek mahkeme üyeliği güvencesi olduğu düşünülmelidir. Statü hukukunda kazanılmış hakkın bulunmadığı ve kanunlarla statülere son verilebileceği söylenebilir. Fakat özel bir anayasal güvence bulunmayan statüler bakımından dahi Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında mevcut yasal düzenlemelere göre kazanılıp sürdürülen hukuki durumlar dolayısıyla meşru beklentinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Hatta statü hukukuna tabi olmayan, başkasının yardımı olmaksızın hayatını devam ettiremeyecek olan engellilere hane içinde kişi başı düşen asgari gelir ölçütü değişikliği ile engelli aylığı kesilenler yönünden Mahkememiz *haklı beklenti* bulunduğunu kabul etmiştir (AYM 2020/13 E. – 2020/68, par. 23). Bu açıdan görevine son verilen Danıştay üyelerinin, mevcut kanun gereği yaş-emeklilik süresine kadar görev yapacakları beklentisiyle başladıkları görevin bir anda sonlandırılmasının mesleki kariyerleriyle ilgili *haklı beklentilerini* ölçüsüzce sınırladığı söylenebilecektir. Nitekim mahkememiz mesleki kariyere son verilmesini gerektiren bir

düzenlemeyle ilgili kararında konuyu özel hayata saygı hakkı (AY m. 20) kapsamında incelemiş ve kuralın anılan hakkı sınırlayacağını ifade etmiştir (AYM 24.12.2019, 2018/159 – 2019/93). Bununla birlikte çoğunluk görüşünün temel alındığı ret kararı gerekçesinde haklı beklenti ve ölçülülük ilkeleri dahi tartışılmamış olup, bu yaklaşıma göre Danıştay-Yargıtay üyelerinin, diğer kamu görevlileri kadar dahi bir güvencesinden söz edilemeyecektir. Anayasanın 139. maddesinde, Anayasada tüm mahkemelerde görev yapan hakim ve savcılara yönelik olarak Anayasal hakimlik teminatı düzenlenmektedir. Anayasanın 155/son maddesinde ise Anayasal bir kurum ve yüksek mahkeme olan Danıştay'ın üyelerinin "Danıştay Üyeliği" teminatı söz konusudur. Aynı husus Anayasanın Yargıtay'a ilişkin 154/son maddesi yönünden geçerli olup, burada da Yargıtay üyeliği teminatı yer almaktadır.

9. Diğer taraftan aylık maaş miktarı bakımından şu an için birinci sınıfa ayrılmış diğer hakimlerle Danıştay üyelerinin arasında bir fark bulunmadığı ileri sürülebilir. Çoğunluk gerekçesinde de meselenin yalnızca özlük haklarının maddi boyutuyla değerlendirildiği görülmektedir (bkz. par. 199-200). Fakat özlük hakları sadece maaştan ibaret bulunmayıp, sıfat ve bu statüye bağlı sağlık yardımı, disiplin ve ceza soruşturmasıyla ilgili yasal güvenceler ve diğer haklar bakımından kimi farkların bulunduğu açıktır. Anayasa Mahkemesi 7.7.2010 tarihli ve 2010-49/87 E/K sayılı kararında özlük hakları kapsamına; atama, tayin, terfi ile ekonomik ve sosyal haklar yanında disiplin işlemlerini dahil etmiştir (hakimler yönünden benzer bir karar için bkz. AYM 29.4.1993, 1992/39 E. – 1993/19). Öte yandan bir süre sonra Danıştay üyelerinin maaşlarında pozitif yönde bir farklılaştırmaya gidilmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu bakımdan Danıştay üyelerinin özel kanunları gereği bu sıfat ve görevleri ile kadrolarına bağlı olarak sahip oldukları özlük haklarının hakimlerden farklı düzenlendiği açıktır.

10. Yasama organı, Anayasal bir engel bulunmadığı için Danıştay üyelerinin görev yılını sınırlayabilir. Böyle bir kuralın sonradan Danıştay üyesi olacaklar yönünden yaratacağı Anayasal bir sorun bulunmamaktadır. Buna karşın kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesi, Anayasa ile tanınan Danıştay üyeliği güvencesini ve buna bağlı olarak Danıştay Kanununda sıfat ve kadrosuna bağlı olarak tanınmış bulunan tüm özlük haklarından mahrumiyeti gerektirmektedir. Bu durum, incelenen

kural ile sonraki fıkralarda yer alan kuralların Anayasanın 139. ve 155. maddelerinde tanınan hakimlik ve Danıştay Üyeliği güvencelerine aykırılık oluşturmaktadır.

11. Öte yandan 27. maddenin 7. fıkrasında eşitlik ilkesine aykırı olarak görevine son verilen bir kısım üyeler yönünden her türlü mali ve sosyal hakların ödeneceği hükme bağlanmışken, diğer üyeler bakımından bu anayasal gereklilik yerine getirilmemiştir. Bu düzenlemeye göre üyeliği sona erip idari görevleri tercih edenler, *“Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edeceklerdir”*. Buna karşın Danıştay üyeliklerine son verilip yeniden seçilmedikleri için hakimlik görevini tercih edenlere böyle bir hak tanınmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere Danıştay üyelerinin özlük haklarının hakimlerden farklı olması karşısında, görevine son verilen üyeler arasında yaratılan eşitliğe aykırı hukuki durumun haklı bir gerekçesi de söz konusu değildir.

C. 6723 sayılı Kanunun 10. Maddesiyle 2575 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 27. Maddenin 9., 10. 11. ve 12. Fıkraları

12. Bu fıkralardaki düzenlemeler, geçici 27. maddenin ilk fıkrası uyarınca görevdeki Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesine ilişkin kuralın yarattığı hukuki sonuçların düzenlenmesiyle ilgili ve tamamlayıcı kurallardır. Bu nedenle, anılan ilk fıkrayla ilgili olarak açıklanan anayasaya aykırılık nedenleri 9. ve 10. fıkralar için de geçerlidir.

13. Öte yandan madde gerekçesine göre kanunun yürürlük tarihinde Danıştay başkanlığı, daire başkanlığı, başkanvekilliği, başsavcılığı görevlerinde bulunanların anayasal güvenceleri gereği üyeliklerine son verilmediği anlaşılmaktadır. Fakat söz konusu anayasal güvence bu kişilerin dört yıllık görev süreleriyle sınırlıdır. Kanunun temel amacının Danıştay’la ilgili yapısal bir değişiklik olduğu gözetildiğinde 1. fıkranın ikinci cümlesinde sözü edilen makamlarda görev yapanların görev süreleri dolduğunda, üyeliklerinin de sona ereceği, başka deyişle diğerleriyle aynı hukuki sonuca tabi olacaklarının düzenlenmesi gerekirdi. Başka deyişle, bu kişilerle ilgili olarak seçildikleri görevlerindeki sürenin sona ermesinden sonra da üyeliklerinin devam ettirilmesi, Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Eşitliğe aykırılık 11. fıkrada, üyeliğe seçilip yeniden seçilen üyelerin üyelik kıdemleri ile makamlı görevlerde oldukları için üyelikleri devam ettirilen

üyelerin kıdem sürelerinin hesaplanması yönünden de geçerlidir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi gereği üyeliği devam ettirilenler, daha önce aynı gün üyeliğe atandıkları halde üyeliği sona erip yeniden seçilenlere göre, (yeniden seçim için geçen sürenin mahsubu gerektiğinden) daha avantajlı kabul edilmişlerdir.

D. 6723 sayılı Kanunun 22. Maddesiyle 2797 Sayılı Yargıtay Kanununa Eklenen Geçici 15. Maddenin (1) ila (6) Numaralı Fıkraları, 7. Fıkrasının İkinci cümlesi ile (8) ila (11) Numaralı Fıkraları

14. Geçici 15. maddenin ilk fıkrasında mevcut Yargıtay üyelerinin görevine son verilmesi öngörülmekte ve sonraki fıkralarda da ortaya çıkan hukuki sonuçların düzenlemesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla tekrara düşmemek için ifade edilmelidir ki Danıştay'la ilgili geçici 27. madde hakkında yukarıda belirttiğimiz Anayasaya aykırılık nedenleri geçici 15. maddenin anılan fıkraları bakımından da geçerli olduğundan, anılan kuralların da iptal edilmesi gerekmektedir.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

FARKLI GEREKÇE

Mahkememiz çoğunluğu, dava dilekçesinde ileri sürülen hususların “*Kanun’un varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden*” yok hükmünde olduğunun tespiti yönündeki talebin reddine karar vermiştir.

Çoğunluğun red sonucuna, Anayasa Mahkemesinin 31/5/2018 tarihli ve E.2018/42, K.2018/48 sayılı kararına Başkan Zühtü ARSLAN’ın yazdığı farklı gerekçeyle katılıyorum.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

A: “Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebilir. Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz” hükmü yönünden

1. İptali istenen kural, Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebileceği, Başkanlar Kurulunun, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabileceği, itiraz üzerine verilen kararların kesin olup bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamayacağını düzenlemektedir.

2. Anayasa’nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’nın 125. maddesinde ise idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu ifade edilmiş ve kuralın istisnaları maddede sayılmıştır.

3. Anayasa’da sayılan istisnaların dışında kalan idari eylem ve işlemlerin yargı denetimine tâbi olması Anayasal bir zorunluluktur. Anayasa’nın 125. maddesinde idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmek suretiyle kişiler idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemlerine karşı bir güvenceye sahip oldukları gibi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin hukuk sınırları içinde kalması ve tutulması da sağlanmaktadır.

4. İlgili kural, Başkanlık Kurulu kararlarına itiraz üzerine Başkanlar Kurulunca verilen kararlara karşı olarak yargı yolunu tamamen kapatmaktadır. Bu durum, hak arama hürriyeti ve idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olması anayasal ilkeleriyle uyuşmamaktadır. İdari işlem özelliği taşıdığı açık olan bu kararlar muhatapları üzerinde önemli ve etkili hukuki sonuçlara yol açabilmektedir. Bu kararların yargı denetimine tabi olmaması hak arama hürriyetinin kullanılmasını engellemektedir.

5. Belirtilen gerekçelerle kural Anayasa’nın 36. ve 125. maddelerine aykırılık taşıdığından karara katılmadım.

B: 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. Maddenin, (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) No'lu fıkraları yönünden

6. Kanun'un geçici 27. maddesinin;

(1) numaralı fıkrasında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona ereceği, ancak vekalet edenler hariç olmak üzere bu tarih itibarıyla Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Danıştay üyeliklerinin devam edeceği,

(2) numaralı fıkrasında, üyelikleri sona erenlerden;

a) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından seçilenler arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca,

b) Cumhurbaşkanı tarafından seçilenler arasından Cumhurbaşkanınca,

bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, bu maddenin üçüncü fıkrasındaki kadro sayısı dikkate alınmak suretiyle Danıştay üyesi seçiminin yapılacağı,

(3) numaralı fıkrasında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay meslek mensuplarının kadro sayısının yüz on altı olduğu, birinci fıkranın ikinci cümlesi uyarınca üyelikleri devam edenlerin, kadro sayısında dikkate alınacağı,

(4) numaralı fıkrasında, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla üçüncü fıkra belirtilen kadro sayısını aşan üye kadrolarının herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı,

(5) numaralı fıkrasında, ikinci fıkranın (a) bendi hükmü kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenlerin, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacağı,

(6) numaralı fıkrasında, ikinci fıkranın (b) bendi hükmü kapsamında olup Danıştay üyeliğine seçilmeyenlerden, ikinci fıkra uyarınca yapılan seçim tarihinden itibaren beş gün içinde idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunanların, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ilgili dairesi tarafından takip eden beş gün içinde idari yargıda sınıf ve

derecelerine uygun bir göreve atanacakları, talepte bulunmayanların ise başka bir göreve atanmak üzere Başbakanlığa bildirileceği,

(7) numaralı fıkrasında, altıncı fıkranın son cümlesi uyarınca atananların, Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edecekleri, üyelikleri sona erenlerin, seçim veya atamaları yapılmıyaya kadar, özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunacağı,

(8) numaralı fıkrasında Danıştay üyelerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asıl üyeliği devam edenlerin bu görevlerinin bitmesine üç ay kala ilgisine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu veya Cumhurbaşkanı tarafından yeniden Danıştay üyeliğine seçilebilecekleri; yeniden seçilenlerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona ermesinden itibaren on iki yıl görev yapacakları; yeniden seçilmeyenler hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğinin sona erdiği tarihten itibaren ilgisine göre beşinci ve altıncı fıkra hükümlerinin uygulanacağı; ancak idari yargıda bir göreve atanacaklar bakımından 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 28 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmünün uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

7. İptali talep edilen yukarıdaki kurallar yargı teşkilatının oluşumu ve işleyişi ile hâkimlerin özlük haklarına ilişkin düzenlemeler içerdiğinden konuya Anayasa'da yer verilen mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri yönünden yaklaşmak gerekmektedir.

8. Anayasa'nın 138. maddesi mahkemelerin bağımsızlığını güvence altına almıştır. Buna göre, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz, görülmekte olan bir dava hakkında yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak yasama organında görüşme yapılamaz ve beyanda bulunulamaz. Yargı bağımsızlığı, hâkimin herhangi bir çekinme, korku ve endişe duymaksızın, baskı altında telkine maruz kalmadan, tarafsız olarak ve hür iradesini ve vicdani kanaatini kullanarak anayasal ilkeler bağlamında hukuka uygun karar verebilmesi anlamına gelmektedir.

9. Yargı bağımsızlığının hâkimler açısından en önemli yansımalarından biri hâkimlik teminatıdır. Anayasa'nın "Hâkimlik ve savcılık teminatı" başlıklı 139. maddesinde, hâkim ve savcılarının

azlolunamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılamayacakları, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları hüküm altına alınmıştır. Hâkimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen Anayasa'nın 140. maddesinde de hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri belirtilmiştir.

10. Kanunun genel gerekçesinden ve madde gerekçesinden, istinaf mahkemelerinin kurulması ve istinaf kanun yolunun kabul edilmesinin, getirilen düzenlemenin ana gerekçesini oluşturduğu görülmektedir.

11. Çoğunluk görüşünde (§§ 167, 173-174) Danıştay üye sayısının azaltılmasının, daire sayısının azaltılmasından bir farkının bulunmadığı, yargı sisteminde yapılan değişiklikle bağlantılı olduğu ve Danıştay'ın iş yükünde meydana gelecek azalmaya bağlı olarak gerçekleştirildiği, bunda da kamu yararı görüşü savunulmaktadır. İş yükünde ortaya çıkabilecek azalma mevcut Danıştay üyelerinin görevine son verilmesi sonucunu kategorik olarak doğurmamalıdır. Aksi bir görüş anayasal güvence altında olan yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının sıradan yasama işlemleriyle aşılmasına, anlamsız hale getirilmesine neden olabilir. Böyle bir yaklaşım kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti açısından olumsuz sonuçlara da yol açabilecektir. Danıştay üye sayısının azaltılmasında bir kamu yararı olabilir ama bu görevine son verilen üyelerin sahip oldukları anayasal teminatları göz ardı ederek sağlanmamalıdır.

12. Kuralda, vekâlet edenler hariç olmak üzere Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı olarak görev yapanların Danıştay üyeliklerinin devam edeceği öngörülmektedir. Çoğunluğa göre, bu kişilerin görev sürelerinin dört yıl olarak Anayasa'da öngörülmüş olması ve görev sürelerinin devam etmesi nedeniyle Danıştay üyeliği sona erecek kişiler kapsamı dışında tutulmaları Anayasa'nın 155. maddesindeki düzenlemeye aykırılık taşımamaktadır (§ 181). Bununla beraber Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesi yönünden kural sorun taşımaktadır.

13. Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri ve daire başkanları diğer Danıştay üyeleri ile esas itibarıyla Danıştay üyesi olmaları nedeniyle aynı hukuki konumda bulunmaktadır. İdari ve temsil yönü çok baskın olan yaptıkları görevler onların yargısal anlamda Danıştay

üyelerinden farklı oldukları anlamına gelmez. Tüm Danıştay üyelerinin tabi tutulduğu bir düzenlemeden sırf idari ve temsil yönü baskın olan görevleri yapan üyelerin muaf tutulması eşitlik ilkesi bağlamında makul bir temel taşımamaktadır. Burada farklı bir muamele olmaması için bu görevleri yapan kişilerin Anayasa'nın 155. maddesi gereğince dört yıllık görev süreleri bittiğinde diğer Danıştay üyeleri için geçerli olan kurala tabi tutulmaları gerekirdi. Kuralda öngörülen görevleri yerine getiren Danıştay üyelerinin görevlerine devam etmelerinin sağlanması diğer Danıştay üyelerine göre bu kişilerin ayrıcalıklı bir muameleye tabi tutulması sonucunu doğurmaktadır.

14. Yukarıda belirtilen nedenlerle, Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri ve daire başkanlarının, Danıştay meslek mensupların kadro sayısında dikkate alınmasında da Anayasa'ya aykırılık bulunmaktadır.

15. Görevleri sona eren Danıştay üyelerinin bir kısmının yeniden üye seçilip, diğerlerinin seçilmemesini düzenleyen kuralda Çoğunluk, kamu görevlilerinin çalıştıkları kurumlarda gerçekleştirilen yapısal değişikliklerin bir sonucu olarak görevlerine son verilmesini hukuki ve fiili zorunluluklar sebebine dayanıp dayanmadığını göre inceleyen Anayasa Mahkemesi içtihadına dayanarak kuralın Anayasaya uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır. Çoğunluğa göre Danıştay üyeleri de "geniş anlamda kamu görevlileri kapsamına" girdiğinden Danıştay üyeliğine kanunla son verilmesine ilişkin düzenleme de anayasal bir sorun yoktur çünkü ortaya çıkan durum Danıştay'ın küçülmesinin neden olduğu yapısal değişikliğin hukuki ve fiili bir sonucudur (§ 201).

16. Denetimini yaptığımız düzenleme yargı bağımsızlığı, hâkim teminatı ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırılık taşımaktadır çünkü Danıştay üyeleri, diğer yargı mensupları gibi "sıradan" bir kamu görevlisi değildirler. Elbette, en geniş anlamıyla Danıştay üyelerinin kamu görevlisi oldukları kuşkusuzdur ancak yargı erki mensuplarının diğer kamu görevlilerinden ayıran ve anayasadan kaynaklanan yukarıda da değindiğimiz birtakım yetkileri ve güvenceleri olduğu da su götürmez bir gerçektir. Bunlar kuvvetler ayrılığı sistemini benimseyen çoğulcu demokrasilerde yargı bağımsızlığı açısından hayati bir önem taşırlar. Hâkimlerin görev süreleri, özlük hakları ve idari güvenceler açısından birtakım teminatlara sahip olmaları yargı bağımsızlığının gerçekleşmesi ve korunması bakımından bir gerekliliktir.

17. Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyen kişilerin özlük hakları, maddenin (7) numaralı fıkrasında düzenlenmekte ve Danıştay üyelikleri sona erenlerin seçim veya atamalarının yapılincaya kadar özlük haklarının Danıştay tarafından karşılanmaya devam olunacağı ve bunlardan idari yargıda bir göreve atanmak için talepte bulunmadığı için idari görevlere atananların, Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları almaya devam edecekleri hükme bağlanmıştır.

18. Danıştay üyeliği görevine son verilen kişilerden idari yargıda görev alacak kişilerin Danıştay üyelerine tanınan özlük haklarından yararlandırılmamaları hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa'nın 139. maddesinde bir kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa hâkimlerin aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmayacağını içeren düzenleme, Danıştay üyesi kadro sayısının azaltılması sebebiyle görevine son verilen Danıştay üyelerinin, Danıştay üyelerinin özlük haklarından yararlanmaya devam etmelerini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle, belirtilen konumda olan kişilerin Danıştay üyesi özlük haklarından yararlanmaya devam edeceği yolunda bir düzenlemeye yer verilmemesi, hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmaktadır.

19. Öte yandan, Cumhurbaşkanınca yeniden Danıştay üyesi seçilmeyen kişilerin yargısal görevi tercih etmeyerek idari görevlere atanmaları halinde Danıştay üyeliği özlük haklarından yararlanmaya devam edeceklerinin öngörülmesine rağmen, idari yargıda sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atanacak kişilere bu hakkın tanınmamış olması, nesnel bir sebebe dayanmadığı gibi söz konusu farklı muamelenin ölçülü olarak değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, idari görevlere atananlar dışında kalan kişiler yönünden söz konusu hakların tanınmaması kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

20. İfade edilen gerekçelerle iptali istenen kuralların Anayasa'nın 10., 138., 139., ve 140. maddeleriyle bağdaşmadığı kanaatine vardığımdan, karara katılmadım.

C. 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. Madde yönünden

21. Dava konusu kurallar, Kanunun 12. maddesiyle Danıştay Kanununa eklenen geçici 27. maddenin bir benzerini Yargıtay için de getirmiştir. Dolayısıyla örtüşen kurallar yönünden aynı gerekçelerle karara katılmadım.

22. Diğer taraftan, Yargıtay üyeliğine yeniden seçilmeyenlerin tamamının, adli yargı bünyesinde hâkim ve savcı olarak görev yapmaları öngörüldüğünden bu kişilerin özlük hakları yönünden yapılacak değerlendirmeler, Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyen kişiler yönünden yapılan değerlendirmelerle bire bir örtüşmemekte, bu nedenle ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

23. Anayasa'nın 139. maddesinde, hâkimler ve savcıların, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları hükme bağlanmıştır. Yargıtay üyeliği görevi sonrası hâkim ve savcı olarak görev yapacak kişilerin, hâkimlik görevini yürütmelerine engel bir durum ortaya çıkmadığı sürece Yargıtay üyeliği özlük haklarından yararlanmaları asıldır.

24. Bu nedenle, Yargıtay üyeliği görevine son verilen kişilerden adli yargı bünyesinde hâkim ve savcı olarak görev yapacak kişilerin Yargıtay üyesi özlük haklarından yararlanmaya devam edeceği yolunda bir düzenlemeye yer verilmemesi, hâkimlik teminatına aykırılık oluşturması Anayasa'nın 10. ve 139. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞI OY GEREKÇESİ

1.7.2016 tarihli ve 6723 Sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 12. maddesi ile 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin (1), (2), (3), (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkraları ile (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ve (9), (10), (11), (12) numaralı fıkraları ve aynı kanunun 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin (1), (2), (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraları ve (7) numarasının fıkrasının ikinci cümlesi ve (8), (9), (10),

(11) numaralı fıkraları mahkeme çoğunluğunca reddedilmiştir. Anılan maddelerle ilgili Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşı oyunda belirttiği gerekçelerle ret yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ VE FARKLI GEREKÇE

6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yok hükmünde olduğuna ilişkin farklı gerekçesi dışında Sayın Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in farklı gerekçesi ve karşı oyuna katılıyor, iptali talep olunan Kanun'un mezkur karşı oyda belirtilen kısımlarının dile getirilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümünden aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

DEĞİŞİK GEREKÇE

(HSK'da görevli bulunan Danıştay ve Yargıtay üyelerinin yeni düzenleme karşısındaki durumlarına ilişkin; 6723 sayılı Kanunun 12. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen Geçici 27. maddenin 8. fıkrası ile Kanunun 22. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen Geçici 15. maddesinin 7. fıkrası)

Söz konusu düzenlemelerle, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibariyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (Hâkimler ve Savcılar Kurulu) üyesi bulunan Danıştay ve Yargıtay kökenli üyelerin bu görevlerinin bitimine üç ay kala ilgisine göre Kurul veya Cumhurbaşkanı tarafından yeniden yüksek mahkeme üyeliğine seçilebilecekleri, seçilmemeleri halinde haklarında ne gibi işlemler yapılacağına dair hükümler getirilmektedir.

6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu’nun 28. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde, yüksek mahkeme üyeliğinden HSK üyeliğine seçilenlerin bu görevlerinin sona ermesi durumunda boş kadro şartı aranmaksızın geldikleri yüksek mahkeme üyeliği görevine geri dönecekleri hüküm altına alınmıştır.

6723 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler çerçevesinde yüksek mahkeme üyeliklerinin sona erdirilmesi sırasında bu işlemde istisna tutulanlar arasında o dönem itibariyle HSYK üyesi bulunan kişiler sayılmamıştır. Kanun koyucu bu üyelerin de yeniden yüksek mahkeme üyesi seçilmeleri gerektiği düşüncesinden hareketle iptal istemine konu edilen hükümleri getirmiştir.

Anayasa’nın 159. maddesinde HSK’nın mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı hükme bağlamıştır. Buradan hareketle bu kurulun üyeliğine seçilenler hakkında yapılacak işlemler açısından “Mahkemelerin Bağımsızlığı” ve “Hâkimlik Teminatının” gözönünde bulundurulacağına bir tereddüt bulunmamaktadır.

Genel düzenlemeye göre yüksek mahkemelerden gelen üyelerin görevlerinin sona ermesini takiben geldikleri görevlere dönmeleri herhangi bir makamın karar alması beklenmeksizin ve boş kadro şartı aranmaksızın gerçekleşmektedir. 6723 sayılı Kanun ile getirilen istisnai düzenlemede ise bu işlem, derhal yapılmaksızın görev sürelerinin sonuna ertelenmekte ve herhangi bir kriter öngörülmemektedir, ilgisine göre kendilerini yüksek mahkeme üyesi seçen makam veya kurulun takdirine bırakılmaktadır.

Anayasa gereği mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulan ve görev yapan bir kurulun üyelerinin mukadderatının görev sürelerinin sonuna kadar muallakta bırakılması, belirtilen ilkeler açısından çelişki oluşturmaktadır.

Ayrıca, 6723 sayılı Kanun gereği Kurulun yüksek yargı kökenli üyelerinin yüksek mahkeme üyeliklerinin Kanunun yürürlüğe girmesi ile sona ermesi ve üyeliğe tekrar seçilmenin bu kuruldaki görevlerin sonuna ertelenmesi durumu, HSK üyesi olmanın ön şartı olan yüksek mahkeme üyesi olmak gerekliliği ile de örtüşmemektedir.

İptale dair çoğunluk görüşüne sayılan bu değişik gerekçelerle iştirak edilmiştir.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ VE FARKLI GEREKÇE

2575 sayılı Danıştay Kanunu ile 2797 sayılı Yargıtay Kanununun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep edilen aşağıdaki hükümlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

1. Çoğunluğun, 2575 sayılı Kanunun 52/A maddesinin yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının iptali talebinin reddine dair kararının gerekçesinde; Danıştayın içdüzeni ve işleyişi bakımından, Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazların Başkanlar Kurulunca karara bağlanması işinin yasama organı tarafından yargısal ağırlıklı bir faaliyet olarak nitelendirildiğinin ve bu Kurula görev olarak verildiğinin anlaşıldığı, bu bağlamda kanun koyucunun Başkanlar Kurulunu işlevsel yönden “idare” olarak kabul etmediği ve Kurulun kararlarını idarî tasarruf saymadığı için bunları yargı denetimi dışında tuttuğu, böylece Başkanlar Kurulunun anılan konularda yasama organınca yargı mercii olarak kabul edildiği ve Başkanlar Kurulunun bu kararlarına karşı başka bir yargı merciiine başvuru imkânının kaldırılmasında hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

İncelenen kuralın birinci cümlesinde, Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı yedi gün içinde Başkanlar Kuruluna itiraz edilebileceği; ikinci cümlesinde, Başkanlar Kurulunun bu kararları aynen veya değiştirerek onaylayabileceği; üçüncü cümlesinde de, itiraz üzerine verilen kararların kesin olduğu belirtilerek, bu kararlara karşı dava yolu kapatılmıştır. Aşağıdaki nedenlerle, ilk iki cümlelerin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne farklı gerekçeyle katılmakla birlikte üçüncü cümlelerin Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki karara karşıyım.

Bilindiği gibi Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilerek, 36. maddesinde bu ilkenin gereği olan hak arama hürriyeti teminat altına alınmış ve herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir; 125. maddesinde de, sayılan istisnalar dışında idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır.

Aynı fıkra ile ilgili olarak açılan bir davada verilen daha önceki kararımızda da belirtildiği üzere, yargılama mercilerinin bütün işlemleri yargısal nitelikte olmadığından ve Anayasada yargı organlarının yargılama faaliyeti dışında bir işlem yapamayacakları yönünde bir hüküm bulunmadığından, yargılama faaliyeti kapsamında olmayan bu işlemlerin hâkimlerce veya hâkimlerden oluşan kurullarca karara bağlanmasının öngörülmesi mümkündür (10/2/2016 tarihli ve E.2015/18, K.2016/12 sayılı karar). İdare fonksiyonuna ilişkin işlemlerin yargısal makamlar tarafından yapılsa dahi idarî işlem niteliğinde olması sebebiyle, anılan işlemlerin hâkimler veya hâkimlerden oluşan kurullar tarafından yapılması, bunların yargısal işlem sayılması sonucunu doğurmaz ve bu işlemler Anayasanın 125. maddesine göre yargı denetimine tâbidir (bkz. yukarıda belirtilen karar, §§ 51 ve 52).

Başkanlık Kurulunun, Kanunun 52/A maddesinin (1) numaralı fıkrası ile diğer maddelerinde sayılan görev ve yetkilerinin bir kısmı Danıştayın ifa ettiği yargı hizmetiyle yakından ilgili ve yargısal faaliyetlerin organizasyonuna ilişkin bulunan, bir kısmı da idarî faaliyetlere ait olan görev ve yetkililerdir. Bu kapsamdaki işlem ve kararlar idarî işlem niteliğindedir.

Kuşkusuz, bir idarî işleme karşı dava açılabilmesi için, 2577 sayılı Kanuna göre, idarî davaya konu olacak kesin ve icraî bir işlemin söz konusu olması gerekir ve işlemin bu kapsamda bulunup bulunmadığı Danıştay içtihadıyla belirlenir. Yerleşik içtihadı göre idarenin hazırlık işlemleri ile içdüzenine ilişkin işlemlerinin kesin ve yürütülmesi gereken (icraî) işlem niteliği taşımadığı ve bu işlemlere karşı dava açılmayacağı kabul edilmekte; Başkanlık Kurulunun idarî işlem niteliğindeki kararlarına karşı yapılan itirazlar üzerine Başkanlar Kurulunca verilen kararlardan hangilerinin idarî davaya konu edilebileceğinin ise -yukarıda belirtilen hususlar da gözönünde bulundurularak- ihtilafın

özelliğine göre idarî yargı yerlerince verilecek kararlarla belirlenmesi gerekmektedir.

Bu itibarla 52/A maddesinin incelenen (2) numaralı fıkrasının Başkanlık Kurulunun idarî nitelikteki kararlarına karşı itiraz süresi ile merciini ve Başkanlar Kurulunun bu kararları aynen veya değiştirerek onaylayabileceğini hükme bağlayan ilk iki cümlesi, yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasaya aykırı olmamakla birlikte Başkanlar Kurulunun -Başkanlık Kurulu kararlarına itiraz üzerine vereceği- idarî işlem niteliğini haiz ve ilgisi hakkında etkili hukukî sonuçlar doğuran kararlarına karşı bir yargı merciine başvurulamayacağını hükme bağlayan ve bu yolu kategorik olarak engelleyen üçüncü cümlesindeki kural, Anayasanın hukuk devleti ilkesini öngören 2., hak arama hürriyetini düzenleyen 36. ve idarî eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan 125. maddeleri ile bağdaşmamaktadır.

2. Çoğunluğun, 2575 sayılı Kanunun geçici 27. maddesinin (1) ilâ (7) numaralı fıkraları ile (8) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin ve (9) ilâ (12) numaralı fıkralarının iptali talebinin reddine ilişkin gerekçesinde; anılan hükümlerin, istinaf mahkemelerinin kurulması ve faaliyete geçmesiyle Danıştayın iş yükünün büyük ölçüde azalacak olmasından dolayı daire ve üye sayısının da azaltılması amacıyla getirildiği, dolayısıyla üyelerin görevlerine son verilmesinin -hukuk sisteminde gerçekleştirilen bu köklü değişimin bir sonucu olarak- ihtiyaç duyulan üye sayısının azaltılmasından kaynaklandığı, üye sayısının azaltılmasının ve buna bağlı şekilde üyelerin görevlerine son verilmesinin “mahkemelerin bağımsızlığı” ve “hâkimlik teminatı” ilkelerine aykırı olmadığı gibi bunlardan bir kısmı yeniden üye seçilirken bir kısmının seçilmemesinin -kadro sayısı dikkate alındığında tamamının yeniden üye seçilmesinin mümkün olmaması karşısında- eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmadığı, üyelikleri sona erdirilenlerden Danıştay üyeliğine yeniden seçilmeyenlerin idarî yargıda veya idare bünyesinde bir göreve atanmalarında da yukarıda belirtilen ilkelere ve hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmadığı belirtilmiştir.

Anayasanın “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesine göre hâkimler görevlerinde bağımsız olup Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Kararda da açıklandığı üzere, hâkimlerin çekinmeden, endişe duymadan ve herhangi bir dış etki altında kalmadan, tarafsız bir şekilde ve hür iradeleri ile karar

verebilmelerini, böylece yargılama fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilebilmesini hedefleyen, bu sebeple de hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birini oluşturan mahkemelerin bağımsızlığı hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, adaletin dolaylı veya doğrudan her türlü etki, baskı, yönlendirme ve şüpheden uzak bir şekilde dağıtılması amacını güden bir ilkedir.

Yine kararda belirtildiği gibi, yargıya müdahale edilmesini yasaklayan ve bu bakımdan yargı dışındaki kişi ve kurumlara yönelik olarak yasaklayıcı kurallar içeren mezkûr ilke, hâkimlik teminatı ile hayata geçirilmiş ve bu ilke de Anayasanın “Hâkimlik ve savcılık teminatı” başlıklı 139. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede; hâkim ve savcılar azlolanamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacağı, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasanın “Hâkimlik ve savcılık mesleği” başlıklı 140. maddesinde de hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerine göre görev yapacakları belirtilerek yukarıda belirtilen esaslar vurgulanmıştır.

Adil bir yargılama sistemini güvence altına almayı hedefleyen söz konusu ilkelerin kanun koyucu tarafından mahkemelere ve hâkimlere ilişkin düzenlemeler yapılmasını engellemediği, hatta Anayasanın 140. ve 142. maddeleri uyarınca bu hususların kanunla düzenlenmesi gerektiği tartışmasız olmakla birlikte, düzenlemelerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yapılması gerektiği de açıktır.

Anayasanın “Danıştay” başlıklı 155. maddesinin son fıkrasında da -diğer hususların yanında- Danıştay üyelerinin nitelikleri ve seçim usullerinin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Bu kapsamda, Danıştay üyelerinin oniki yıl için seçilmesini ve bir kimsenin iki defa üyeliğe seçilememesini öngören hükmün Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki karar ve buna ilişkin gerekçeler isabetli olmakla birlikte, geçici madde ile Danıştay üyelerinin görevlerinin sona erdirilmesinin Anayasanın 138., 139. ve 140. maddelerinde güvence altına alınan ilkelerle ve bu ilkelere göre düzenleme yapılmasını öngören 155. maddesiyle bağdaştığı söylenemez.

Yukarıda da açıklandığı gibi, hâkimlerin her türlü baskı ve yönlendirmeden uzak bir şekilde görev yapabilmelerini amaçlayan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından büyük önem taşıyan hâkimlik teminatının düzenlendiği Anayasa maddesinde, hâkimlerin ve savcılarının azlolunamayacağı ve bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Öncelikle, bu ilkenin, Danıştay üyelerinin -kadro sayılarının azaltılmasından dolayı da olsa- seçildikleri süreyi veya seçildikleri tarihte böyle bir süre öngörülmemişse Anayasada belirtilen zorunlu emeklilik yaşı olan altmışbeş yaşını doldurmadan önce de (veya yapılan düzenleme ile Danıştay üyeliği için bir süre öngörülmüşse bunlara da en azından bu süre boyunca göreve devam etme imkânı sağlanmadan) aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer malî ve sosyal hakları almaya devam etmeleri sağlanarak görevlerine son verilebileceği şeklinde yorumlanması, başka bir anlatımla, anılan ilkenin -başka şartlar aranmadan- Danıştay üyelerinin bütün hakları korunarak görevlerine kanunla son verilebilmesine imkân verdiğini kabul etmek mümkün değildir.

Bu şartlardan biri şüphesiz mahkemelerin ve buna bağlı olarak kadroların kaldırılmasıdır. Nitekim 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırıldığı için, geçici 21. maddenin (E) fıkrasında, sözü edilen iki yüksek mahkemenin üyeleri ile diğer askerî hâkimlerin görevlerine de son verilmiş ve bu zorunluluktan dolayı hâkimlik teminatının aylık, ödenek ve diğer özlük haklarıyla ilgili güvenceleri devreye girmiştir. Danıştay bakımından ise böyle bir durumdan söz edilemez. Varlığı devam eden bir yüksek mahkeme için böyle bir düzenleme yapılabileceğinin kabul edilmesi yeniden seçilen üyeler de dahil olmak üzere bütün üyeler üzerinde baskı oluşturur.

Hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini hayata geçirmek ve bu bağımsızlığı korumak için öngörülen temel ilkelerden biri olan hâkimlik teminatı, hâkimlerin üzerinde baskı (veya baskı ihtimali) oluşturabilecek bütün dış tesirlerden korunmalarını gerektirir.

Çoğunluğun red gerekçesinde, hukuk sisteminde gerçekleştirilen köklü değişimin bir parçası olarak istinaf mahkemelerinin faaliyete

geçecek olması ve buna bağlı şekilde Danıştay daire ve üye sayısının azaltılması nedeniyle üyelerin görevlerine son verildiği, incelenen kurallara ilişkin gerekçeye göre, bu düzenlemenin kamu yararı dışında bir sebebe dayandığını veya kuralların belirli kişiler lehine veya aleyhine getirildiğini söylemenin mümkün olmadığı ve Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun düzenlemeyi yaparken gözettiği kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının inceleme konusunu oluşturmadığı belirtilmekte ise de, daire ve üye sayısının azaltılmasının üyelerin görevlerine son verilmesini gerektirip gerektirmediği ve bu tercihin hâkimlik teminatı ile bağdaşıp bağdaşmadığı da Anayasaya uygunluk denetiminin konusudur.

Başka bir ifadeyle -kanunun gerekçesinde belirtilen sebeplerle- Danıştay üyelerinin görevlerine son verilerek bunlardan bir kısmının yeniden seçilmesinde kamu yararı dışında çıkarlar gözetildiği ve bu kuralın belirli kişiler aleyhine düzenlendiği sonucuna ulaşılmasını gerektirecek bir yön bulunmadığı şeklindeki tespitler doğru olmakla birlikte, Anayasaya uygunluk denetiminin incelenen düzenlemede kamu yararının gözetilmediğinin söylenemeyeceğini belirlemekle sınırlı olmadığını ifade etmek gerekir.

Hukuk devleti -diğer niteliklerinin yanında- adaletli bir hukuk düzeni kurarak bunu sürdüren, hukukî güvenliği sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa başta olmak üzere hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın 2. maddesine göre hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılması gerektiği gibi hukukî güvenlik ilkesiyle çelişmemesi ve yapılan düzenlemenin ölçülü olması da zorunludur. Bu kapsamda -yukarıda açıklandığı üzere- incelenen düzenlemede kamu yararı amacı dışında bir amacın gözetilmediği konusunda mutabakat bulunsa da, belirtilen amaca ulaşılması için Danıştay üyelerinin görevlerine son verilmesinin -ölçülülük incelemesi kapsamında- gerekli olup olmadığının ve yasama organının bu tercihinin hâkimlik teminatı ile bağdaşıp bağdaşmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, yapılan düzenlemeyle öngörülen hükmün gerekli ve netice itibarıyla ölçülü olarak kabul edilebilmesi için -birçok kararımızda vurgulandığı üzere- başvurulabilecek en son çarenin ve alınabilecek en hafif tedbirin seçilmiş olması şarttır.

Bilindiği gibi 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi üyeliği için oniki yıllık bir görev süresi getirilirken mevcut üyelerin veya oniki yılını dolduranların görevlerinin sona ermesi öngörülmemiş, aksine geçici 18. maddede, bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte üye olanların altmışbeş yaşını doldurana kadar görevlerine devam edecekleri hükme bağlanmış; 2017 yılında 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin oluşumundan Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesinden seçilecek üyeler çıkarılırken de geçici 21. maddede, söz konusu kontenjanlardan Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiş bulunanların görevleri sona erene kadar üyeliklerinin devam edeceği belirtilmiştir.

Başka bir anlatımla, Anayasa Mahkemesi üyeliği süreli bir göreve dönüştürülürken de üye sayısı azaltılırken de üyelerin görevlerini sona erdiren geçici maddeler getirilmemiş, hatta doğabilecek tereddütleri önlemek amacıyla geçici hükümlerle, mevcut üyelerin seçildikleri tarihteki hukukî durumları korunmuştur.

Kuşkusuz hukuk devletinin bir unsuru olan ölçülülük ilkesi açısından da, hukuk devletinin gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı bakımından da Anayasaya uygun olan düzenlemeler bunlardır.

Aksinin kabulü, istinaf kanun yolunda kesinleşeceği hükme bağlanarak temyiz incelemesi kapsamından çıkarılan iş sayısının artırılmasını ve bu suretle Danıştay daire ve üye sayısının azaltılmasını öngören veya Danıştay üyelik süresini kısaltan yeni kanunlar çıkarılarak mevcut üyelerin görevlerine de son verilmesinin ve bunlardan sadece bir kısmının yeniden üyeliğe seçilmelerinin -kanunun gerekçesine göre, kamu yararı dışında bir sebebe dayanıldığıнын söylenemeyeceği belirtilerek- hukuk devleti ve hâkimlik teminatı ilkelerine aykırı bir yönünün bulunmadığının kabulünü gerektirir ki bu kabulün Danıştay üyelerinin görevleri sırasında üzerlerinde baskı oluşturacağıında ve bu baskı ihtimalinin bile yukarıda belirtilen ilkelerle bağdaşmayacağıında kuşku bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Danıştay üyelerinin üyeliklerinin sona ermesini öngören düzenleme, öncelikle yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasaya uygun değildir.

Anılan düzenlemenin gereklilik unsuru açısından ölçülü olmadığı görülmekle birlikte, aksi kabul edildiğinde de Anayasanın 139. maddesinde yer verilen hâkimlik teminatının hâkimlerin özlük haklarının korunmasına ilişkin şartına uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 139. maddesindeki, hâkimlerin (ve savcılarının) bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağına ilişkin ilke, incelenen düzenleme ile görevlerine son verilen Danıştay üyelerinin de bütün özlük haklarının korunmasını ve hâkimlik görevini yerine getirebildikleri (ve idarî görevlere atananlar bu şartları kaybetmediği) sürece Danıştay üyeliğine ait özlük haklarından yoksun bırakılmamalarını zorunlu kılmaktadır.

Kararda da, bir görevi yürüten kişiye bundan dolayı tanınan hakları ifade ettiği kabul edilen “özlük hakları”, kanunlarda öngörülen ve ilgililerin bulundukları kadrolar esas alınarak belirlenen aylık ve ödenek gibi malî haklar ile izin, yükselme ve emeklilik hakları gibi hakları da, disiplin ve göreve ilişkin suçlar bakımından ceza sorumluluğu ile ilgili soruşturma usullerine ait güvenceleri de kapsamakta; incelenen geçici 27. maddenin (7) numaralı fıkrasında ise, görevi sona erdirilen üyelerden sadece idarî görevlere atananların özlük hakları “Danıştay üyelerine sağlanan her türlü aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer malî ve sosyal haklar” olarak açıklanmaktadır.

Yukarıda aktarılan tanımlardan da anlaşılacağı üzere, özlük haklarının kapsamı aylık, ödenek ve tazminatlardan daha geniş olduğu gibi Danıştay üyeliğine son verilenlerden idarî yargıda sınıf ve derecelerine uygun görevlere atananların bu sınıf ve derecelere ait hâkim özlük haklarından yararlanacak olmaları da, bu kişilerin Danıştay üyelerine tanınan özlük haklarından yararlandırılmadıkları gerçeğini ortadan kaldırmamakta; Danıştay üyeleri ile hâkimlerin özlük haklarının benzer olması da, bunların özlük hakları arasında farklılıkların ortaya çıkma ihtimali her zaman söz konusu olabileceğinden, hâkimlik teminatına aykırı olan bu hukukî durumu değiştirmemektedir.

Esasen, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, hâkimlerin aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağını hükme bağlayan anayasal ilke kadro sayısının azaltıldığı gerekçesiyle görevlerine son verilen üyelerin de, atandıkları idarî yargı

görevlerinde Danıştay üyelerinin bütün özlük haklarından yararlanmaya devam etmelerini zorunlu kılmakta ve bu yönde bir düzenlemeye verilmemesi hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmaktadır. Nitekim (8) numaralı fıkranın, Danıştay üyelerinden HSYK üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte asıl üyeliği devam edenlerin tekrar Danıştay üyeliğine seçilip seçilmeyecekleri konusunda ilgisine göre Cumhurbaşkanına ve HSYK'ya takdir yetkisi tanıyan birinci cümlesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına aykırı bulunarak iptal edildiği de dikkate alındığında, görevi sona erdirilen ve yeniden seçilmeyen diğer Danıştay üyeleri bakımından da aynı gerekçelerle aynı sonuca ulaşılması gerekir.

Bu sebeplerle, 2575 sayılı Kanunun geçici 27. maddesinin, Danıştay üyelerinin üyeliklerini sona erdiren (1) numaralı fıkrası Anayasanın 2., 138., 139., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu gibi buna bağlı olarak (2) ilâ (12) numaralı fıkraları da Anayasanın aynı maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, aynı statüde bulunan Danıştay üyelerinden, bu göreve daha önce Cumhurbaşkanınca seçilmiş olup bu Kanunla görevlerinin sona erdirilmesinin ardından Cumhurbaşkanınca yeniden Danıştay üyesi seçilmeyenlerin idarî yargı hâkimliğine atanmak için talepte bulunmamaları sebebiyle idarî görevlere atanmaları hâlinde Danıştay üyelerinin her türlü özlük haklarından yararlanmaya devam etmelerinin öngörülmesine rağmen, idarî yargıda sınıf ve derecelerine uygun görevlere atananlara bu hakkın tanınmamış olması da, aynı hukukî durumda bulunan kişiler arasında makul ve nesnel bir sebebe dayanmayan ve gerekli ve orantılı olmadığı için ölçülü olarak değerlendirilmesi de mümkün bulunmayan bir farklılık oluşturulması sebebiyle Anayasanın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

3. Çoğunluğun, 2797 sayılı Kanunun geçici 15. maddesinin bir ilâ altıncı fıkraları ile yedinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve sekiz ilâ onbirinci fıkralarının iptali talebinin reddine ilişkin gerekçesinde de, anılan hükümlerin, 2575 sayılı Kanunun geçici 27. maddesinin iptali talebinin reddiyle ilgili gerekçelerle Anayasaya aykırı bulunmadığı belirtilmiştir.

Söz konusu red kararlarına ilişkin karşıoy gerekçelerim (Anayasanın 155. maddesi yerine 154. maddesi esas alınmak kaydıyla) bu kurallar için de geçerlidir.

Yukarıda üç kısımda açıklanan sebeplerle, 2575 sayılı Kanunun 52/A maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasaya aykırı olmadığı görüşüne farklı gerekçeyle katılmakla birlikte üçüncü cümlesi ile (2) ve (3) numaralı kısımlarda incelenen hükümlerin Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmeleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red yönündeki kararlarına karşıyım.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞI OY

Kanun'un 8. maddesiyle Danıştay Kanunu'na eklenen geçici 27. maddenin (8) numaralı fıkrasında, Danıştay üyelerinden Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilmiş olup bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu asıl üyeliği devam edenlerin bu görevlerinin bitmesine üç ay kala ilgisine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu veya Cumhurbaşkanı tarafından yeniden Danıştay üyeliğine seçilebileceklerini hükme bağlanmaktadır. Kanun'un 22. maddesiyle Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin yedinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilerek Yargıtay üyeliğinden Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçilenlerin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yeniden Yargıtay üyeliğine seçilebileceği belirtilmektedir.

Kural olarak Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliği görevinin sona ermesinden sonra ilgililerin Danıştay ve Yargıtay üyeliğine geri dönecekleri kabul edilmiş ise de yargının yeniden yapılanması sebebiyle Danıştay ve Yargıtay daire ve üye sayılarının azaltılmasının ve Danıştay ve Yargıtay üyelerinin üyeliklerinin sona erdirilmesinin öngörüldüğü dikkate alındığında, özel ve olağanüstü bu durumun gözardı edilerek bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliği yapanların, Danıştay ve Yargıtayın mevcut üyelerinden farklı olarak Danıştay ve Yargıtay üyeliğine dönmelerinin zorunluluğundan söz edilmesi, getirilen düzenlemenin amacına ve ruhuna aykırı olduğu gibi hakkaniyete de aykırı bulunmaktadır. Kaldı ki bu kişilerin Danıştay ve Yargıtay üyeliği görevine dönmeleri konusunda mutlak bir yasak

bulunmayıp, ilgisine göre Cumhurbaşkanı veya Hakimler ve Savcılar Kuruluna bu konuda takdir hakkı tanınmasında Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, kuralların Anayasaya aykırı olmadığı ve iptal taleplerinin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Recai AKYEL	Yıldız SEFERİNOĞLU	Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ ve FARKLI GEREKÇE

1. Anayasa Mahkemesi çoğunluk kararındaki 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un tümünün yok hükmünde olduğunun saptanmasına ilişkin talebin reddine ve dava konusu Kanun'un 10. maddesiyle yeniden düzenlenen 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin ikinci fıkrasının ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin sonuca farklı gerekçe ile katılmaktayım. Dava konusu Kanun'un; 10. maddesiyle yeniden düzenlenen 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 52/A maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 12. maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'a Eklenen geçici 27. maddenin ilk oniki fıkrasının ve 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin ilk onbir fıkrasının iptal isteminin reddine ilişkin kanaate ise katılmamaktayım¹. Bu konulardaki gerekçelerimi şu şekilde ifade etmekteyim:

1 Burada dava konusu Kanun'un 12. maddesiyle 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen geçici 27. maddenin 8. fıkrasının ilk cümlesinin ve 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin 7. fıkrasının ilk cümlesinin benim de katıldığım şekilde oyçokluğu ile iptaline karar verildiğini belirtmek gerekir. Ancak kanaatimizce dava konusu Kanun'un 12. maddesiyle 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'na Eklenen geçici 27. maddenin ilk 12 fıkrasının ve 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin ilk 11 fıkrasının tamamının iptali gerekir. O nedenle bütünlük açısından belirttiğim fıkraların hepsi esas alınarak karşıoy gerekçesi oluşturulmuştur.

A. 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un tümünün yok hükmünde olduğunun saptanmasına ilişkin talebin reddine ilişkin kararla ilgili farklı gerekçem:

2. Mahkememiz çoğunluğunun dava dilekçesinde ileri sürülen hususların "Kanun'un varlık kazanmasını imkânsız kılan hâller kapsamına girmediğinden" yok hükmünde olduğunun tespiti yönündeki talebin reddine ilişkin kanaate Anayasa Mahkemesinin 31/5/2018 tarihli ve E.2018/42, K.2018/48 sayılı kararına Başkan Zühtü ARSLAN'ın yazdığı farklı gerekçeyle katılmaktayım.

B. Dava konusu Kanun'un 10. maddesiyle yeniden düzenlenen 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin ikinci fıkrasının ilk iki cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin farklı gerekçem ve 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna dair karşıyım:

3. Dava konusu Kanun'un 10. maddesiyle yeniden düzenlenen 2575 sayılı Kanun'un 52/A maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: *"Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebilir. Başkanlar Kurulu, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesin olup, bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamaz."*

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca bahse konu ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmedilmiştir. Dava konusu fıkradaki Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı ilgililerce Başkanlar Kuruluna yedi gün içinde itiraz edilebileceği ve Başkanlar Kurulunun, Başkanlık Kurulu kararlarını aynen onaylayabileceği gibi değiştirerek de onaylayabileceği şeklindeki ilk iki cümlelerin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin kanaate çoğunluk kararındaki gerekçe ile değil, farklı gerekçe ile katılmaktayım. Zira bu iki cümlede bahsedilen hem Başkanlık Kurulu hem de Başkanlar Kurulunun işlemleri arasında idari nitelikteki işlemlerin de yer aldığı ve idari işlemlere ilişkin dava konusu ilk iki cümlede olduğu şekilde itiraz edilebilmesinin ve itiraz üzerine bu kararların aynen onaylanabilmesi veya değiştirilerek onaylanabilmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü olmadığı kanaatindeyim.

5. Çoğunluk kararındaki dava konusu ikinci fıkranın son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin kanaate ise katılmamaktayım. Nitekim Danıştay Kanunu'nun başta 52/A maddesinin (1) numaralı

fıkrası olmak üzere farklı maddelerinde sayılan birçok görevi ile ilgili olarak Başkanlık Kurulunun aldığı kararlara karşı itirazen başvuru Başkanlar Kurulu kesin nitelikte karar vermekte olup dava konusu ikinci fıkranın son cümlesi gereği bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulması mümkün değildir. Oysa Başkanlık Kurulunun Danıştay Kanunu'nun farklı maddelerinde sayılan görevlerinden bir kısmı açıkça idari nitelikte olup bu görevler kapsamında verilen kararlar birer idari işlem niteliğindedirler. (Bu nitelikteki bazı görevlerin bulunduğu Kanun'daki bazı maddeler için bkz.: madde: 52/A.1-e, madde: 65/1, 66/1, 66/2, 66/3).

6. Dolayısıyla öncelikle ayırt etmek gerekir ki burada idari yargı denetimine tabi olması gereken işlemler Başkanlık Kurulu kararlarına karşı itiraz üzerine Başkanlar Kurulunca verilen ve kurumun idari işlem niteliğinde olan ve yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili olmayan, kolaylıkla idari işlem olarak nitelendirilebilecek kategorideki Başkanlık Kurulu işlemleridirler. Bu bağlamda yargı yetkisinin kullanımı ile ilgili görülebilecek olan işlemlerin idari yargı denetimine tabi olması ise zaten söz konusu edilemez.

7. Bunun gibi hazırlık çalışmaları ve özellikle idari işlem olarak tamamlanmamış olan, henüz icrai nitelik kazanmamış veya kurumun iç çalışma düzeni ile ilgili kabul edilebilecek nitelikteki işlemlere karşı da idari yargı yoluna başvurulması mümkün değildir.

8. Ancak bunların dışında idare hukuku bağlamında icrai işlem niteliğini haiz birtakım işlemlerin sırf yargı mensuplarından oluşan Danıştay Başkanlık Kurulunca tesis edilmiş olması nedeniyle yargı denetiminin dışında tutulması kabul edilemez. Zira bir yüksek mahkeme olarak Danıştay da verdiği yargısal kararlar yanında aynı zamanda bir idari birim olarak birtakım idari işlemler tesis etmektedir.

9. Dolayısıyla Danıştay'ın idari yargılama faaliyeti kapsamında olmayan, Başkanlık Kurulu tarafından tesis edilip yapılan itiraz üzerine Başkanlar Kurulunca onaylanan bu işlemler yargısal nitelikte işlem sayılamayacağından bunların idari işlem niteliği bariz biçimde kendisini göstermeye devam etmektedir.

10. Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer biçimde yargı mercilerinin faaliyetlerindeki bu ayırımı bir kararında şu şekilde ifade etmektedir:

“Yargılama faaliyeti, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının yargılama usulleri çerçevesinde çözümlenmesi ve karara bağlanmasıdır. Bununla beraber, yargı mercilerinin istisnasız bütün işlemleri yargısal nitelikte değildir. Yargılama faaliyeti kapsamında olmayan işlemlerin hâkimler, mahkemeler ya da hâkimlerden oluşan kurullar tarafından yapılması bunların yargısal işlem sayılması sonucunu doğurmaz. İdare işlevine ilişkin olan işlemler yargısal makamlar tarafından yapılsa dahi idari işlem niteliğini haizdir ve Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabidir.” (Bkz.: E.: 2015/18, K.: 2016/12, K. T.: 10/2/2016, § 52)

11. Dolayısıyla bu durumda artık bu niteliği haiz işlemlerin dava konusu Kanun’la kesin nitelikte sayılmasının Anayasa’yla uyumlu olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Bilindiği gibi Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin hukuk devleti niteliğine yer verilmiş olup, hukuk devletinin en önemli gereklerinden birisi kamu gücü kullanan idari birimlerin tüm tasarruflarının yargı denetimine tabi tutulmasıdır. Nitekim bu amaçla Anayasa’nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu öngörülmüş olup idarenin işlemlerini denetlemekle görevli idari yargı teşkilatı oluşturulmuştur. Bununla birlikte Anayasa’da Yüksek Askeri Şura ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bazı kararları gibi birtakım idari işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağına dair hükümlere yer verilmiştir. Ancak bu istisnalar arasında bahse konu somut kuraldaki hususlar yer almadığına göre Danıştay Başkanlar Kurulunun idari işlem niteliğindeki kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının önünde hiçbir Anayasal engel mevcut değildir.

12. Kişilerin bu nitelikteki işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurabilmesi aynı zamanda herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu güvence altına alan Anayasa’nın 36. maddesinin açık hükmünün de bir gereğidir.

13. Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine Danıştay Başkanlar Kurulunun verdiği kararları “kesin” nitelikte kabul edip icrai nitelikteki bu kararlar aleyhine başka bir yargı merciine başvurulamamasını öngören dava konusu kural, bir yargı organı olan Danıştay içerisindeki Başkanlar Kurulu kararlarına karşı idari işlem niteliğinde olanları ayıklamayıp bunlara karşı yargı organına başvurmayı kategorik biçimde engellemektedir. Bu nedenle dava konusu 2575 sayılı

Kanun'un 52/A maddesi ikinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılık taşıdığı için iptali gerekir.

14. Öte yandan çoğunluk kararında bu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı noktasında ortaya konulan gerekçedeki şu açıklamaların Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği Anayasa'ya uygunluk denetiminde fevkalade sakıncalı sonuçlara yol açabilecek bir yaklaşım olduğunu ifade etmek gerekir. Konumuzla ilgili çoğunluk kararındaki bahse konu değerlendirme şu şekildedir:

*“Bir yüksek yargı organı olan Danıştayın iç düzeni ve işleyişi bakımından, asli görevleri esasen idari uyumsuzlukları çözüme kavuşturmak olan yüksek hâkimlerin oluşturduğu ve Danıştay Başkanının başkanlığında Başsavcı, başkanvekilleri ve daire başkanlarından oluşan Başkanlar Kurulu tarafından Başkanlık Kurulu kararlarına karşı yapılan itirazların karara bağlanması işinin yargısal ağırlıklı bir faaliyet olarak nitelendirildiği ve Danıştayın diğer görevlerine ilaveten kanun koyucu tarafından anılan Kurula verildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun Danıştay Başkanlar Kurulunu işlevsel olarak **idare** kabul etmediği, bu Kurulun Kanun'da belirtilen görevleri kapsamında verdiği kararları klasik anlamda idari tasarruf saymadığı ve bunları yargı denetimi dışında tuttuğu anlaşılmakta olup Başkanlar Kurulu kararları aleyhine **başka bir yargı merciine** başvurulamayacağı hususunun madde metninde ifade edilmek suretiyle Başkanlar Kurulunun kanun koyucu tarafından belirtilen konularda bir yargı mercii olarak kabul edildiği sonucuna varılmaktadır.” (§ 140).*

15. Çoğunluğun bu kabulüne göre kanun koyucu Danıştay Başkanlar Kurulunu işlevsel olarak idare olarak kabul etmemektedir. Yine Mahkememiz çoğunluğunca Başkanlar Kurulu kararları aleyhine *başka bir yargı merciine* başvurulamayacağı hususu madde metninde ifade edilmek suretiyle de kanun koyucu tarafından Başkanlar Kurulunun belirtilen konularda “bir yargı mercii” olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılarak dava konusu kanun hükmünün iptal istemi reddedilmektedir.

16. Bu yaklaşım anayasa yargısının temel mantığı ile çok açık biçimde çelişmektedir ve bu yaklaşımın kabulü durumunda Anayasa Mahkemesinin denetiminin hiçbir anlamı kalmayacak, kanun koyucunun nitelemesi esas alınarak Anayasa'ya uygunluk denetiminde sonuca ulaşılabacaktır. Oysa bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektedir.

17. Burada kanun koyucu hiçbir başka dayanak ortaya koymaksızın Danıştay Başkanlar Kurulunun kararlarına karşı yargı yolunu kapatmıştır. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu da bir yüksek yargı organı olan Danıştay içinde ve yüksek hakimlerden oluşan Danıştay Başkanlar Kurulunun yargısal niteliği olduğu söylenemeyecek, aksine birer idari işlem olduğu açık olan kararlarına karşı sırf kanun koyucu tarafından bu özellikteki bir kurulun kararlarına karşı başka bir yargı merciine başvurulamayacağı hususuna madde metninde yer verilmesinden hareketle Başkanlar Kurulunun kanun koyucu tarafından belirtilen konularda bir yargı mercii olarak kabul edildiği kanaatine ulaşmış ve bu gerekçeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir.

18. Oysa Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da ifade ettiği üzere pekala hakimlerden oluşan bir kurul dahi idari işlem tesis edebilir (Bkz.: E.: 2015/18, K.: 2016/12, K. T.:10/2/2016, § 52). Bir hukuk devletinde bu biçimdeki idari işlemlerin de yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yargılama faaliyeti kapsamında olmayan bu tür işlemler yargı mercileri ve hakimler tarafından tesis edilmiş olsalar dahi bunların idari işlem niteliği devam ettiğinden yargı denetimine tabi tutulması Anayasal bir zorunluluktur.

19. Esasında ne dava konusu kuralda ne de Danıştay Kanunu'ndaki başka bir maddede başka bir yargı merciine başvurulamayacağı öngörülen bahse konu kararların yargılama usulleri çerçevesinde tesis edildiğini ifade eden bir hususa yer verilmektedir. Zaten bu biçimdeki hususlara yer verilmemesi bu tür işlemlerin idari işlem niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. İşte bundan dolayıdır ki Mahkememiz çoğunluğunun önceki Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya koyduğu kriterlerin aksine bu biçimdeki şartları dikkate almaksızın kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaşması Anayasa'ya uygunluk denetimi açısından asıl sorunlu yönü teşkil etmektedir.

20. Yukarıda sıralanan nedenlerle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmamaktayım.

C. Dava konusu Kanun'un 12. maddesiyle 2575 Sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen geçici 27. maddenin ilk oniki fıkrasının ve 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin ilk onbir fıkrası ile ilgili karşıoyum:

21. Dava konusu Kanun'un 12. maddesiyle 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na eklenen geçici 27. maddenin ilk oniki fıkrası ve 22.

maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddesinin ilk onbir fıkrası ile dava konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihteki şekliyle mevcut Yargıtay ve Danıştay üyelerinin üyelikleri sonlandırılmış, Yargıtay ve Danıştay dairelerinin sayıları azaltılmış, Yargıtay ve Danıştay üye sayısı ve kadroları da buna bağlı olarak yeniden düzenlenmiştir. Görevleri sonlandırılan üyeler içerisinde dava konusu Kanun'da belirtilen şekilde Yargıtay ve Danıştay'a oniki yıllık süre görev yapmak üzere yeni üyelerin seçimi öngörülmüştür. Yine aynı hükümlerde Yargıtay ve Danıştay üyeliğine yeniden seçilemeyen üyelerin adli veya idari yargıdaki mahkemelerde veya Danıştay üyeleri arasında olup yeniden Danıştay üyeliğine seçilemeyenlerin başka yerlere yerleştirilmelerine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

22. Burada Anayasa'ya uygunluk denetiminde asıl üzerinde durulması gereken kurallar dava konusu Kanun'un 12. maddesiyle 2575 sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin birinci fıkrasındaki "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay üyelerinin üyelikleri sona erer." hükmü ile yine dava konusu Kanun'un 22. maddesiyle 2797 sayılı Kanun'a eklenen geçici 15. maddenin ilk fıkrasındaki "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Yargıtay üyelerinin üyelikleri sona erer." şeklindeki hükümlerdir.

23. İptali gerektiği kanaatinde olduğum diğer fıkralardaki hükümlerde ise üyeliği sona ermeyecek olan Danıştay ve Yargıtay üyeleri (Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekili ve daire başkanı, Yargıtay Birinci Başkanı, Cumhuriyet Başsavcısı, birinci başkanvekili, Cumhuriyet Başsavcivekili ve daire başkanı), bu Kanunla azaltılmış şekliyle Danıştay ve Yargıtay'daki üye kadro sayısı, kadro sayısını aşan üye kadrolarının iptali, göreve yeniden seçilecek üyelerin seçim usulü, yeniden seçilemeyen üyelerin nerelere ve nasıl atanacakları, Yargıtay ve Danıştay üyeliğine yeniden seçilemeyenlerin özlük hakları ile ilgili bazı hususlar düzenlenmektedir.

24. Yargıtay ve Danıştay'ın mevcut üyeliklerini sona erdiren dava konusu 12. ve 22. maddelerin birinci fıkralarındaki hükümlerin gereğini yerine getirmeyi sağlayan detayları düzenleyen ve iptali gerektiği kanaatinde olduğum yukarıda belirtilen bağlantılı fıkralardaki hükümlerin Anayasa'ya aykırılığı birinci fıkralardaki ilk cümledeki Anayasa'ya aykırılıkla doğrudan ilgili görüldüğü için burada diğer fıkralardaki aykırılık gerekçeleri üzerinde detaylı biçimde

durulmayacaktır. Zira bağlantılı fıkraların Anayasa'ya aykırılığı bunların doğrudan ilgili olduğu 12. ve 22. maddelerin ilk fıkralarının ilk cümlelerinin Anayasa'ya aykırılığından kaynaklanmaktadır.

25. Öncelikle belirtmek gerekir ki burada Anayasa'ya uygunluk denetiminde incelenecek olan hüküm, yine Mahkememizin bu kararında denetleyip Anayasa'ya uygun olduğuna karar verdiğimiz Yargıtay ve Danıştay üyelerinin görev süresinin oniki yıl ile sınırlandırılması biçimindeki kuralın denetiminden farklıdır. Elbette ki kanun koyucu Anayasa'da Danıştay ve Yargıtay üyelerinin görev süresine ilişkin açık bir hüküm yok iken bu iki yüksek mahkemedeki üyelik görev süresini oniki yıl ile sınırlayan bir düzenlemeyi hayata geçirebilir (Anayasa Mahkemesi kararında bkz.: §§ 35-45).

26. Ancak geçici maddelerde düzenlenen ve burada incelenmekte olan hususun bundan oldukça farklı nitelikte olduğunu özellikle ifade etmek gerekir. Zira burada, herhangi bir görev süresi sınırı öngörülmezsizin 65 zorunlu emeklilik yaşına kadar görev yapmak üzere Yargıtay ve Danıştay üyeliğine daha önceden seçilmiş olup halen bu görevi ifa etmekte olan Yargıtay ve Danıştay'ın mevcut üyelerinin görevine bu yeni kuralla son verilmektedir.

27. Dolayısıyla iptali gerektiği kanaatinde olduğum kuralların ilk olarak yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı noktasında sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir. Zira burada esasında bir hukuk devletinde bağımsız niteliği fevkalade önemli olan ve bu nedenle de birtakım Anayasal teminatlarla donatılan Yargıtay ve Danıştay üyeliği görevini ifa etmekte olan bu iki yüksek mahkeme üyelerinin sahip olduğu başta 65 yaşına kadar görev yapma güvencesi olmak üzere başka birtakım teminatlarının dikkate alınmaması durumu açıkça ortaya çıkmaktadır. Yürürlükte bulunan kanun hükmü uyarınca 65 yaşına kadar görev yapmak üzere seçilip bu biçimdeki bir güvenceye kavuşturulmuş olan Yargıtay ve Danıştay'ın mevcut üyelerinin üyeliği, çıkarılan dava konusu yeni bir kanun hükmü ile sonlandırılmaktadır.

28. Oysa 65 yaşına kadar görev yapma kuralının yürürlükte olduğu bir ortamda seçilip görevini ifa etmekte olan Yargıtay ve Danıştay üyelerinin sonradan çıkarılan bir kanunla görevinin sonlandırılması bir hukuk devletinde yüksek mahkeme üyeliği açısından güvencesiz bir durum oluşturmaktadır. Bu yönü ile dava konusu kurallar Anayasa'nın

2. maddesindeki hukuk devletine ve bununla bağlantılı olarak kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedirler.

29. Yeni Kanun'un gerekçesinde Yargıtay ve Danıştay üye kadrolarının azaltılmasının istinaf sistemine geçilmesi şeklinde haklı bir nedeni ifade edilmiştir. Yargı reformu bağlamında ülkemizde istinaf sistemine geçiş, esasında olumlu bir adım olarak kabul edilmelidir. Bu yönü ile değişikliğin haklı bir nedene dayandığı aşıkardır. Bununla birlikte burada bu biçimdeki göreve son verme durumunda üzerinde asıl odaklanılması gereken husus yüksek mahkeme üyelerinin hakimlik teminatı ve özlük hakları noktasında kendisini göstermektedir.

30. Üye sayısının azaltılması nedeniyle bu Kanun'la Yargıtay ve Danıştay üyelerinin üyeliklerine son verildikten sonra dava konusu fıkralardaki hüküm gereğince Danıştay'da 116 ve Yargıtay'da 310 şeklinde belirlenen yeni üye kadro sayısına ulaşacak kadar üyenin yine üyeliklerine son verilenler arasından seçilmesi öngörülmüştür. Ancak bu iki yüksek mahkemedeki üye sayısının azalması nedeniyle üyeliklerine son verilen bazı Yargıtay ve Danıştay üyeleri yeniden Yargıtay veya Danıştay üyeliğine seçilememiş ve dava konusu kurallarla bu kişilerin sınıf ve derecelerine uygun bir yargısal göreve atanması öngörülmüştür.

31. Bilindiği üzere hakimlik mesleği hukuk devletinde yargının işlevi ve konumu ve yargı bağımsızlığının bir gereği olarak yargı mensubu olmayan kamu görevlilerinden çok daha güvencelidir. Bu nedenle Anayasa'nın 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı" başlığı altında hakimlerin bağımsızlığına açıkça vurgu yapılmıştır. Yine bunun içindir ki bağımsızlıkla bağlantılı olarak Anayasa'da yargı mensupları için özel birtakım güvenceler öngörülmüştür. Bu bağlamda Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 139. maddesinde ise hâkimlerin ve savcılarının azlolanamayacağı, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılmayacakları ve bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacakları şeklinde güvenceler öngörülmüştür.

32. Bununla birlikte, Anayasa'da yargı mensupları için öngörülen güvenceler yanında Yargıtay ve Danıştay üyeleri için ayrıca "yüksek hakimlik teminatı" olarak ifade edilebilecek nitelikte güvencelere yer

verildiğini de özellikle burada gerçekleştirilen Anayasaya uygunluk denetiminde dikkate almak gerekir. Zira Yargıtay ve Danıştay'ın düzenlendiği Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinin son fıkralarında Yargıtay ve Danıştay'ın *"kuruluşu, işleyişi, (...) üyeleri(nin) (...) nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir"* hükmüne yer verilmiştir.

33. "Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla" düzenlenmesi gereğine yapılan vurgunun Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay'ın düzenlendiği 154. ve 155. maddelerde yer almasının bu iki yüksek mahkeme üyeleri için elbette ki özel bir anlamı ve değeri vardır. Bu nedenle kanun koyucu Anayasa'nın bu iki hükmüne dayanarak Yargıtay ve Danıştay üyeleri için ilk derece ve istinaf mahkemelerindeki hakimlerden farklı olarak başka birtakım teminatlara da yer vermektedir.

34. Nitekim gerek özlük hakları ve gerekse haklarındaki disiplin soruşturması ve ceza kovuşturması boyutuyla Yargıtay ve Danıştay üyeleri için Kanun'da diğer hakimlerden farklı hükümler yer almaktadır. Bu da göstermektedir ki Anayasa'da Yargıtay ve Danıştay üyeleri diğer hakimlerden daha farklı ve özel bir hakimlik teminatı ile donatılmışlardır ve bunun Anayasal dayanakları da Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinin son fıkrası hükümleridir.

35. Bununla birlikte çoğunluk kararında Yargıtay ve Danıştay üyelerinin Anayasa'nın 154. ve 155. maddesinden kaynaklanan güvencelerine hiç değinilmemiş, Yargıtay ve Danıştay üyeleri için sadece Anayasa'nın 139. maddesindeki güvencelerden hareketle değerlendirme yapılmıştır. Oysa Anayasa Koyucu Yargıtay ve Danıştay'ı Anayasa'da "yüksek mahkemeler" başlığı altında özel maddelerde düzenlerken esasında bu iki yüksek mahkeme üyelerinin Anayasa'nın 139. maddesindekilere ek olarak özel başka bazı güvencelerle de donatılmasını amaçlamıştır.

36. Bunun içindir ki Yargıtay ve Danıştay üyelerinin ilk derece ve istinaf mahkemelerinde görevli hakimlerin sahip olduğu güvencelere ek olarak başka birtakım güvencelere sahip olması ve hatta bunların sadece yüksek mahkeme üyesi olmasının bile başlı başına önemli bir güvence olarak görülmesi gereği, dava konusu kuralların Anayasa'ya uygunluk denetiminde zorunlu biçimde dikkate alınmalıdır.

37. Öte yandan dava konusu Kanun'un 12. ve 22. maddeleri gereğince üyeliği sonlandırılanlar arasından önemli bir kısmı yeniden Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilmiş, diğerleri ise seçilememiştir. Üyeliği sonlandırıldıktan sonra yeniden Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilemeyenlerin Anayasa'nın 139. maddesi kapsamındaki bazı teminatlarının da anlamsız hale geleceği ifade edilmelidir. Burada öncelikle Anayasa'nın 139. maddesindeki teminatların yüksek mahkeme üyesi olmayan hâkim ve savcılar yanında aynı zamanda Yargıtay ve Danıştay üyeleri için geçerli olduğunu ifade etmek gerekir. Anayasa'nın "hakimlik ve savcılık teminatı" başlıklı 139. maddesinin birinci fıkrasındaki hakimlerin bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağı şeklindeki hüküm konumuz bağlamında önemli bir güvence olarak kabul edilmektedir.

38. Dolayısıyla istinaf sistemine geçme veya başka bir haklı sebebe dayalı olarak yüksek mahkeme üyelerinin sayısını azaltıp belli sayıdaki Yargıtay ve Danıştay üye kadrosunun kaldırılması sebebiyle olsa dahi Anayasa'nın 139. maddesinin amir hükmü gereğince bu yüksek mahkeme üyelerinin aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınması mümkün olmamalıdır.

39. Bununla birlikte Anayasa'ya uygunluğu denetlenen dava konusu kurallarda görevi sona erdirilen Yargıtay ve Danıştay üyelerinin özlük haklarının korunduğuna dair açık bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum seçtikleri zaman 65 yaşına kadar bu görevde kalmaları şeklinde bir güvenceye tabi olan ancak dava konusu hükümlerle Yargıtay ve Danıştay üyeliği sona eren üyeler için Anayasa'nın 139. maddesindeki hakimlik teminatının bir anlam ifade etmemesi şeklinde bir sonucu ortaya çıkarmaktadır.

40. Çoğunluk kararında bu konuda sadece "aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları ile emekli olduklarında aldıkları emeklilik maaşlar"ına değinilmiştir (§ 197). Oysa yüksek mahkeme üyelikleri sona erenlerden tekrar Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilmeyip ilk derece ve istinaf mahkemelerinde sınıf ve derecelerine uygun bir göreve atananların 65 yaşına kadar görev yaptığı süre boyunca çoğunluk kararında belirtilen "aylık, ödenek, zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hakları ile emekli olduklarında aldıkları emeklilik maaşlar" şeklindeki özlük hakları yanında Anayasa'nın 140. maddesinde

belirtilen diğer konulardaki “haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri” şeklinde sıralanan özlük haklarının da korunması gerekir. Bu zorunluluk Anayasa’nın 154. ve 155. maddelerinin son fıkralarının Yargıtay ve Danıştay üyeliğinde bulunanlara yönelik sağladığı Anayasal güvencenin bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

41. Dolayısıyla burada Anayasa’nın 139. maddesinde belirtilen aylık ve ödenek yanındaki “diğer özlük hakları”ndan mahrum bırakılamaması boyutuyla bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının da Anayasa’nın bu maddesine aykırılık teşkil ettiğini ifade etmek gerekir. Anayasa’nın bu açık hükmü nedeniyle üyeliği sonlandırılıp Hakimler ve Savcılar Kurulunca ilk derece veya istinaftaki bir mahkemede göreve atanan bir Yargıtay veya Danıştay üyesinin sahip olduğu “diğer özlük hakları”ndan mahrum kalmaması Anayasa’da güvence altına alınan hakimlik teminatının zorunlu bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

42. Görüldüğü üzere hakimlerle ilgili Anayasa’nın 139. maddesinde yer verilen “diğer özlük hakları”nın içerisine asgari Anayasal gereklilik olarak Anayasa’nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri” teminatlarının da girdiğini dikkate almak gerekir. Ancak dava konusu kurallarda bu güvencelerin karşılanmış olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.

43. Dolayısıyla Anayasa’nın ilgili maddelerinde yer verilen güvenceler dikkate alındığında çoğunluk kararındaki yaklaşımın görevi sona eren Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile ilgili güvencesiz bir durum ortaya çıkardığı fark edilmektedir.

44. Çoğunluk kararındaki yaklaşımın Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile ilgili ne derece güvencesiz bir durum ortaya çıkardığını Anayasa Mahkemesinin “kamu görevlileri” ile ilgili verdiği bir karardaki şu değerlendirmeye karşılaştırarak daha net biçimde görebilmek mümkündür:

“Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilememesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte, hukuki ve fiili zorunluluk hallerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de kabul edilmektedir. Söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.” (E:2014/57, K:2014/81, K. T.:10/4/2014).

45. Kamu personel rejiminde “güvenlik ilkesi” olarak da adlandırılan bu güvence ile memurların meslek hayatında ulaştıkları kadro itibarıyla elde ettikleri özlük hakları ve benzeri kazanımlarının başta görev yeri değişikliği olmak üzere çok farklı idari tasarruflar ya da kanuni düzenlemelere konu olabilecek reform gerekçeleriyle olsa bile bu yeni durumlar karşısında korunması amaçlanmaktadır.

46. Anayasa Mahkemesinin kamu görevlileri ile ilgili bu kararına göre, hakimlik teminatı gibi açık bir Anayasal güvenceye sahip olmayan memurlar yönünden bile hukuki veya fiili bir zorunluluk olması halinde bu kişilerin görevden alınıp başka görevlere atanması konusunda kanunla düzenleme yapılırken hukuki güvenlik ilkesine aykırılık ortaya çıkmaması için memurların bu kapsamdaki kazanılmış haklarının ihlal edilmemesi temel bir şart olarak aranmaktadır. Bununla birlikte, hakimlerle ilgili olarak bir kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacağını öngören Anayasa’nın 139. maddesindeki açık hükme rağmen Anayasa Mahkemesi çoğunluğunun mevcut karardaki yaklaşımı ise Yargıtay ve Danıştay üyeleri açısından fevkalade güvencesiz bir durum ortaya çıkarmaktadır.

47. Zira Mahkememiz çoğunluğu, yeniden yapılandırma sonrasında tekrar Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilemediğinden ilk derece veya istinaf mahkemesine atanan yüksek mahkeme üyelerine normal kamu personeli olan memurların mesleki güvencelerine bile ulaşamayan bir standardın tatbik edilmesini Anayasa’ya uygun görmektedir.

48. Dolayısıyla dava konusu hükümlerle Yargıtay veya Danıştay üyeliği sonlandırılanlar açısından Anayasa’nın 139. maddesindeki “bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz.” teminatıyla

açıkça çelişen bu durumun ortaya çıktığı görülmektedir. Oysa bu özel hüküm hakimlik teminatının korunması noktasında fevkalade önemli bir Anayasal güvence konumundadır. İptali talep edilen hükümlerle ilgili gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın bu açık hükmünün mutlaka dikkate alınması gerekirdi.

49. Görüldüğü üzere mevcut Yargıtay ve Danıştay üyelerinin üyeliklerine dava konusu Kanun'da olduğu şekilde son verilmesi bu üyelerin Anayasa'nın 154. ve 155. maddelerinin son fıkraları gereğince sahip olduğu yüksek mahkeme üyeliğinden kaynaklanan teminatları ile çelişen sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

50. Öte yandan çoğunluk kararında dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı temellendirilirken, dava konusu kurallarda belirlenen yeni üye sayısının yeni yargı düzeninde hizmetine ihtiyaç duyulan üye sayısını ifade ettiği belirtildikten sonra haklı da olsa hiçbir gerekçenin altmış beş yaşından önce Danıştay üyeliğinin sona erdirilmesini mümkün kılmayacağı yolundaki düşüncenin yargı teşkilatlanmasında ve kanun yollarında yapılan esaslı değişikliklerin uzun süre uygulanamaması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Buradan hareketle de böyle bir sonucun varlığı hâlinde de düzenlemeden beklenen kamu yararının gerçekleşmesinin amaçlanan süre içinde mümkün olamayacağına vurgu yapılmaktadır (Bkz.: § 162).

51. Mahkememiz çoğunluğunun ifade ettiği bu görüşe katılmak zordur. Kanun koyucu dava konusu kuralda olduğu gibi üyeliğin sonlandırılması uygulaması yerine pekala Yargıtay ve Danıştay üyelerinin yüksek mahkeme üyeliğinden kaynaklanan teminatlarını zedelemeyen daha farklı seçeneklerden birini benimseyip hayata geçirebilirdi. Bu minvalde bir seçenek olarak Kanun'da öngörülen sayıya düşene kadar mevcut Danıştay ve Yargıtay üyeliklerinin 65 yaş koşulu sağlandığında emekli edilerek eritilmesi yolu pekala tercih edilebilirdi. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin zorunlu emeklilik yaşına kadar çalıştıktan sonra ayrılmaları ile birlikte Kanun'da öngörülmüş olan "azaltılmış şekliyle üye sayısı"na ulaşıncaya kadar mevcut sayının eritilmesi durumunda hiçbir Danıştay ve Yargıtay üyesinin görevine son verilmesi nedeniyle hakimlik teminatı ile çelişen bir sonucun ortaya çıkması durumu söz konusu olmayacaktı.

52. Sonuç olarak yukarıda sıralanan gerekçelerle dava konusu 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle 2575 Sayılı Kanun'a eklenen geçici 27. maddenin ilk oniki fıkrasının ve 22. maddesiyle 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'na eklenen geçici 15. maddenin ilk onbir fıkrasının Anayasa'nın 2., 138., 139., 140., 154. ve 155. maddelerine aykırı olup iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan Mahkememiz çoğunluğunun aksi yöndeki görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞI OY

(Yüksek mahkemelerdeki üyelik sürelerinin oniki yıl ile sınırlandırılmasına ilişkin; 6723 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 9. maddesine eklenen 3. fıkrası ve aynı Kanunun 17. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 29. maddesine eklenen 2. fıkrası)

Anayasanın gerek Danıştay'ı düzenleyen 155. maddesi ve gerekse Yargıtay'ı düzenleyen 154. maddesinde üyelerinin görev süreleriyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Buradan hareketle kanun koyucunun genel düzenleme yetkisi kapsamında söz konusu üyelikler açısından süre belirlemede bir sakınca bulunmadığı görüşü savunulabilir. Getirilen on iki yıllık sürenin makuliyeti noktasında da bir tartışma bulunmamaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev sürelerini düzenleyen Anayasanın 147. maddesinde on iki yıllık emsal bir süre öngörülmüştür.

Malum olduğu üzere 1982 Anayasasının ilk halinde yüksek mahkeme üyelerinin görev süreleri açısından bir süre kısıtlaması bulunmamakta, altmış beş yaşını doldurunca emekliye ayrılacakları hüküm altına alınmaktaydı.

Yüksek mahkemeler açısından üyelerin görev sürelerine ilişkin kısıtlama ilk kez Anayasa Mahkemesi üyeleri açısından on iki yıl olarak 7.5.2010 tarihli 5982 sayılı Kanunun 17. maddesinde yer alan düzenleme ile Anayasanın 147. maddesinde yapılan değişiklikle getirilmiştir.

Her ne kadar çoğunluk Anayasanın 147. maddesinin ilk halinde yer

alan “Anayasa Mahkemesi üyeleri altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılırlar” şeklindeki düzenlemeden kaynaklanan zorunluluk nedeniyle konunun Anayasa’da düzenlenmek durumunda kalındığını iddia etse de, konunun aynı maddede kanuni bir düzenlemeye işaret edilmek suretiyle halli mümkün bulunmaktaydı. Ancak Anayasa Koyucu bu hususu Anayasa normu olarak düzenlemeyi uygun görmüştür.

Şüphesiz Anayasa koyucunun yüksek mahkemelerin özelliklerini dikkate almak suretiyle hangi düzenlemelere Anayasada yer vereceği hususu kendi takdirinde olmakla birlikte, nitelikleri uygun olduğu sürece benzer nitelikteki konulara ilişkin düzenlemelerin aynı norm türünden yapılması yerinde olacaktır.

Bu kabul, Anayasanın başlangıç kısmında tanımlanan kuvvetler ayrılığı ve Anayasanın 138. maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığının gerekleriyle de uygunluk arz etmektedir.

Ayrıca yargı görevini yerine getirenlerin, devlette görev alan diğer kamu görevlilerine nazaran daha güvenceli bir konumda yer almaları onların bağımsızlığı açısından önemli bir etkidir. Yargıçların bağımsızlığı da hukuk devletinin vazgeçilmez bir şartıdır (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku 2. Baskı. 1992. sh. 342-343).

Yukarda aktarılan gerekçeler çerçevesinde, yüksek mahkemeler açısından yapılacak esaslı düzenlemelerin, Anayasanın 147. maddesinde yapılan düzenlemede olduğu gibi, daha nitelikli kabul şartlarına bağlı olan Anayasa normu düzeyinde yapılması gerektiği ve bunun Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ve Anayasa’nın 138. maddesinde hüküm altına alınan mahkemelerin bağımsızlığı prensibine daha uygun olduğunu değerlendirdiğimden, itiraza konu edilen 6723 sayılı Kanunun 1. maddesi ile 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 9. maddesine eklenen 3. fıkrası ve aynı Kanunun 17. maddesi ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 29. maddesine eklenen 2. fıkrası ile Danıştay ve Yargıtay üyeliklerine getirilen oniki yıllık sürenin Anayasa’ya aykırı olduğu görüşüyle, çoğunluğun talebin reddi yönündeki fikrine iştirak edilmemiştir.

Üye
Basri BAĞCI

FARKLI GEREKÇE

(Kanunun 10. maddesi ile 2575 sayılı Kanunun 52/a maddesinin yeniden düzenlenen 2 nolu fıkrasının düzenlenmesi.)

Söz konusu düzenleme ile Başkanlık Kurulunun kararlarına karşı Başkanlar Kuruluna yedi gün içerisinde itiraz imkânı getirilmesi anayasal anlamda bir sorun teşkil etmemektedir. Söz konusu kurulların görev alanlarına giren konulara bakıldığında ağırlıklı olarak idari nitelikteki iş ve işlemler olduğu gayet sarih tir. Dolayısıyla bu kurulların idari nitelikte görev ifa ettiklerinde bir tereddüt bulunmamaktadır.

Bu nitelikleri gereği verilen kararların yargı denetimine tabi olması gerekliliği Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan düzenlemenin doğal bir sonucudur.

Anayasanın 125. maddesinde yer alan hüküm, idari nitelikteki bir kurulun üyelerinin yüksek yargı mensuplarından oluşuyor olmasını bu kurulun verdiği kararların yargı denetimi dışında bırakılması noktasında bir imkân sağlamamaktadır.

Bu nedenlerle iptal talebine konu olan söz konusu düzenlemeye dair çoğunluğun birinci ve ikinci cümlelerine farklı gerekçe ile iştirak edilmiş üçüncü cümleye ise iştirak olunmamıştır.

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2017/21
Karar Sayısı : 2020/77
Karar Tarihi : 24/12/2020
R.G.Tarih-Sayısı : 8/4/2021-31448

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür Özel ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

- A. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,
- B. 3. maddesinin;
- 1. (a) bendinde yer alan "...otuz günü..." ibaresinin,
- 2. (c) bendinde yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde,..." ibaresinin,
- 3. (ç) bendinde yer alan "...dosya üzerinden..." ibaresinin,
- 4. (e) bendinde yer alan "...bir kişi..." ibaresinin,
- 5. (g) bendinde yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresinin,
- 6. (h) bendinin;
- a. Birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,
- b. İkinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,
- 7. (ı) bendinin;
- a. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Dördüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

8. (i) bendinin birinci cümlesinin,

9. (j) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

10. (k) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

11. (l) bendinde yer alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." ibaresinin,

12. (m) bendinin birinci cümlesinin,

C. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "*Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*" şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

1. (1) numaralı fıkrasının "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." bölümünün,

2. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...sözlü sınav başarı sırasına göre..." ibaresinin,

Ç. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

D. 38. maddesinin,

E. 39. maddesinin "*Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...*" bölümünün,

Anayasa'nın 2., 10., 15., 17., 19., 26., 28., 30., 35., 36., 38., 90., 125. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

“(4) Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan ve ekli (2) ve (3) sayılı listelerde yer almayan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları, ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakan onayı ile kapatılır. Bu fıkra kapsamında kapatılan kurum ve kuruluşlar hakkında da üçüncü fıkra hükümleri uygulanır.”

2. 3. maddesi şöyledir:

“Soruşturma ve kovuşturma işlemleri

MADDE 3- (1) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

a) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkında verilen gözaltı süresi otuz günü geçemez.

b) Hakkında yürütülen soruşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurtiçinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcılığı tarafından kendisine ulaşılamayan şüpheliye de kaçak denir. Bu kişiler hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 247 nci ve 248 inci maddelerinin ikinci fıkraları uygulanmaz.

c) Tutukluluk kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok on gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

ç) Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

d) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir.

e) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan **bir kişi** bulundurulur.

f) Askerî mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir.

g) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları **adli kolluk görevlileri** tarafından da incelenebilir.

ğ) Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Kanunun 45 inci ve 46 ncı maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile elkonulabilir.

h) Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.

ı) 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.

i) Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.

j) 5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde

elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecektir olması halinde bu araç ve gereçlere elkonulabilir. İşlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

k) 5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını **beş gün** içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar.

l) Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise **Cumhuriyet savcısının kararıyla** kısıtlanabilir.

m) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla **beş gün** süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınmaz.

n) Yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkiminden de karar alabilir.

o) Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturmanın gerekli kılması halinde yargı çevresi içindeki mülki idare amirliklerinden bina, araç, gereç ve personel talebinde bulunabilir.

ö) Bu maddede sayılan suçlarla ilgili olarak, alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, tutuklu veya hükümlüler yetkili Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkimliğinin kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler."

3. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye (HKH) eklenen ek 4. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Öncelikle kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde olmak üzere Bakanlığın boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.

(2) Sözleşmeli öğretmenler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde öngörülen genel şartlar ile öğretmen kadrosuna atanabilmek için aranan özel şartları taşıyanlardan Kamu Personel Seçme Sınavı puan sırasına konulmak kaydıyla alım yapılacak her bir pozisyonun üç katına kadar aday arasından Bakanlık tarafından yapılacak **sözlü sınav başarı sırasına göre** atanır. Sözleşmeli öğretmenliğe yapılan atama, sözleşmenin imzalanmasıyla geçerlilik kazanır. Sözleşme, imzalanmadan herhangi bir hak doğurmaz.”

4. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.”

5. 38. maddesi şöyledir:

“Yürütmenin durdurulması

MADDE 38- (1) Olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.”

6. 39. maddesi şöyledir:

“Yürürlük

MADDE 39- (1) Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yusuf

Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 9/2/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

3. Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname'nin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz" hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

4. Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK'larının Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına konu edilen 6755 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 668 sayılı KHK'nın TBMM tarafından onaylanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte bu denetim yapılırken söz konusu kuralların olağanüstü hâl'e yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

5. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

6. Anayasa'nın 13. maddesine göre *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

7. Anayasa'nın 15. maddesine göre ise *“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir./ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”*

8. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler Anayasa'nın 13. maddesinde yer alırken *savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde* hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hatta kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlâl etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

9. Olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde, söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

10. Olağanüstü hâl KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâl ile ilgili kuralların yanında olağanüstü hâl ile ilgisi olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

11. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.

12. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

13. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'nın 15. maddesinde üç ayrı ölçüt

öngörülmüştür. Bu ölçütlerden ilki anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve çekirdek alan olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlüklere dokunma yasağıdır. Buna göre olağanüstü dönemde de olsa savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

14. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

15. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'nin 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

16. Bununla birlikte MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı

yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken* gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Bu nedenle belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetileceği tabiidir.

17. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük *olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum* karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir.

18. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulacak aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfi niteliğe dönüşmemelidir.

19. Ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama teşkil eden tedbirin ölçülülüğüne ilişkin unsurlar değerlendirilirken olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüğün niteliği ve tedbirin alındığı zamanın da gözönünde bulundurulması gerekir.

20. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak Anayasa'da öngörülen

güvencelere aykırı tedbirler alınması dışında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki *durdurma* kavramı o hakkın tamamen kullanılamaz hâle gelmesi değil, onun kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması niteliğindeki tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

21. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan “... *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*” hükmünün de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar olan *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017) kararında da aynı inceleme yöntemi benimsenmiştir (aynı kararda bkz. §§ 193-195).

22. Buna göre yapılan incelemede kuralın Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığının tespit edilmesi durumunda ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Zira Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle kuralın Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü güvencelere aykırılık taşıdığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kuralın temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez sınırlamanın *savaş, seferberlik veya olağanüstü hâl* dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır.

23. Bununla birlikte Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sebep ve şartlar ilgili maddede özel olarak somutlaştırılmıştır. Bu nedenle anılan nitelikteki temel hak ve özgürlüklere temas eden olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınıp alınmadığının tespiti bakımından ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler yönünden bir inceleme yapılması gerekli değildir. Bu gibi düzenlemelerin anayasallık denetiminde doğrudan Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygunluğunun tespit edilmesi gerekir.

B. Kanun'un 2. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

24. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın olağanüstü hâl ilanına neden olan darbe girişiminde bulunan terör örgütüyle sınırlı olmaksızın millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunan ve ekli listelerde yer almayan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, gazetelerin, dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının ilgili bakan onayıyla kapatılmasına ve bunların taşınır ve taşınmazlarına el konulmasına imkân tanıdığı, millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı kavramının kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu, kapatılan kuruluş, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü mal varlığının Hazineye devri sonucunu doğuran kuralın olağanüstü hâlin ilan sebebi ve amacıyla ilgili olmadığı, kuralın olağanüstü hâlin sona ermesinin ardından da etkisini sürdürecektir sürekli ve kalıcı niteliğe sahip olduğu, kurala konu tedbirin ölçülü olmadığı, kapatılması öngörülen özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, gazetelerin, dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının taşınır ve taşınmazlarına el konulmasının genel müsadere cezası anlamına geldiği, bu itibarla kuralın mülkiyet hakkına aykırı bir düzenleme olduğu, ifade, basın ve haber alma ile sürekli ve süresiz yayın hakkının demokratik bir toplumda zorunlu olmayan ölçüde sınırlandırıldığı ve bu durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 26., 28., 30., 35., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Fıkranın Birinci Cümlesi

25. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

26. Kural millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakanın onayı ile kapatılmasını öngörmektedir.

27. Kural olağanüstü halin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresini aşacak biçimde uygulanmaya imkân vermektedir. Başka bir ifade ile kural olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu nedenle kurala ilişkin inceleme sınırlamada bulunulan hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın diğer hükümleri ve elbette olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır (aynı yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 50; AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, § 42).

28. Anayasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra 26. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir"* denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil bunları açıklama ve yayma biçimleri ve araçları da güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar *"söz, yazı, resim veya başka yollar"* olarak ifade edilmiş ve *"başka yollar"* ibaresiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

29. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında *"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma"*

şartına bağlanamaz.” denilmek suretiyle basın özgürlüğü temel hak ve özgürlükler arasında sayılmış ve güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise *“Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır”* hükmüne yer verilmek suretiyle bu hakkın mutlak olmadığı ve Anayasa’nın 26. ve 27. madde hükümlerine göre sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu maddenin son fıkrasında ise Türkiye’de yayımlanan süreli yayınların belirli şartlar altında mahkeme kararı ile kapatılabileceği öngörülmüştür.

30. Basın özgürlüğü, haber alma, düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, eleştirme ile bunlara ilişkin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Bu bağlamda basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında bir bağ bulunmaktadır. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın özgürlüğü de ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Nitekim basın özgürlüğü AİHS’te ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğünün düzenlendiği madde kapsamında koruma altına alınmıştır.

31. Dava konusu kural özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının belirli şartlar altında kapatılmasını öngörmek suretiyle ifade ve basın özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir.

32. Anayasa’nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre ifade ve basın özgürlüklerine getirilen sınırlamanın kanunla yapılması, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

33. Anayasa’nın anılan maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen

ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

34. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

35. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da ifade edildiği üzere hukuk devletinin gereklerinden biri olan belirlilik; bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır.

36. Kuralda milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları, ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakan onayı ile kapatılacağı belirtilmekte olup kuralda geçen aidiyet kavramı ilişkinlik, iltisak kavramı kavuşan, bitişen, birleşen; irtibat kavramı ise bağlantı anlamına gelmektedir. Anılan kavramlar genel kavram niteliğinde olmakla birlikte bunların belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez. Bu kavramların hukuki niteliği ve objektif anlamı yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumdadır.

37. Diğer yandan anılan kavramların içinde bulunulan döneme göre farklı yorumlanabilmesi de mümkündür. Bu bağlamda olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikeler gözetilerek olağanüstü hâl döneminde milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum

veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunup bulunmadığının tespiti bakımından anılan yapı, oluşum, grup ya da terör örgütleriyle üyeler arasındaki bağın varlığı konusunda yapılacak değerlendirme ile olağan dönemde yapılacak değerlendirmenin farklı olabileceğinin kabul edilmesi gerekir (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, §§ 30, 31).

38. Olağan dönemde anılan bağın varlığına yönelik olarak yapılacak değerlendirmenin somut olgulara dayalı bir temele sahip bulunması esasının benimsenmesi, kanunların Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması gereğinin doğal bir sonucudur. Buna göre kural uyarınca ancak kapatılmayı haklı kılacak nitelikte olgusal temele sahip olan bağlantıların aidiyet, iltisak ve irtibat olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamdaki değerlendirme ise ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyon ve bakan tarafından yapılacak olup söz konusu değerlendirme sırasında komisyon ve bakan, kendisine yapılan bildirimlerle bağlı olmaksızın her türlü olay, olgu, bilgi ve bulguyu serbestçe gözetecektir.

39. Bunun yanı sıra kuralda öngörülen anılan yapı, oluşum, grup ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olma durumu farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bunların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve kanunda tek tek sayılması zorunluluğundan da söz edilemez. Zira kanunların genel ve soyut olması; somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla kuralda temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerektiğine ilişkin anayasal ilkeye aykırı bir yön bulunmamaktadır.

40. İfade özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 26. maddesinde söz konusu hakkın sınırsız olmadığı, "...millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla..." sınırlanabileceği belirtilmiştir. Basın özgürlüğünün düzenlediği Anayasa'nın 28. maddesinde de basın

özgürlüğünün sınırlanmasında 26. maddedeki hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.

41. Kuralın millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanallarının kapatılmasına imkân tanımak suretiyle millî güvenliğin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunmadığı söylenemez.

42. Anayasa'nın 28. maddesinin son fıkrasında ise *“Türkiye’de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, millî güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.”* denilmek suretiyle süreli yayınların mahkeme kararı olmaksızın kapatılamayacağı belirlenmiştir. Ayrıca anılan fıkra söz konusu kapatmanın *geçici bir kapatma* olacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla dava konusu kuralla ve süreli yayın olan gazete ve dergilerin mahkeme kararı olmaksızın sürekli bir şekilde kapatılabilmesine imkân tanınması Anayasa'nın 28. maddesinin sözüne aykırıdır.

43. Bununla birlikte kural aynı yöntemle özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının da kapatılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle kuralın ifade ve basın özgürlüklerine getirdiği sınırlamanın özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarına yönelik etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

44. Bu bağlamda kanunla öngörülen ve meşru amaç taşıyan sınırlama, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kuralların denetiminde gözetilmesi öngörülen *demokratik toplum düzeninin gerekleri* kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ve istisnai tedbir niteliğinde olmalarını gerektirmektedir. *Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma*, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

45. Demokratik toplum kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirir. Demokrasilerde devlete düşen görev temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu kapsamda devlet, özellikle temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya bunlara demokratik toplum düzeni ile bağdaşmayacak şekilde müdahale teşkil edecek tutumlardan kaçınmalı ve başkalarından gelebilecek tehditlere karşı bireyleri korumalıdır.

46. İfade ve basın özgürlüğü gerek toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasında gerekse bireyin özgün kişiliğini geliştirebilmesinde önemli bir işlev görür. Bu anlamda demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarının başında gelen ifade ve basın özgürlükleri yönünden getirilen sınırlamalara ilişkin anayasal hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir.

47. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerinin demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden ve demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-35). Basın özgürlüğünün çeşitli fikir ve tutumların kamuoyuna iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturma için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (*İlhan Cihaner* (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63; AYM, E.2019/69, K.2020/45, 10/9/2020, § 14).

48. Demokratik toplum çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temeline dayanmaktadır. Demokratik bir toplumda bu hakka sınırlama getirilmesi ancak zorlayıcı nedenlerin varlığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bu özgürlüğe getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olduğundan söz edilebilmesi için zorunlu bir nitelik taşıması gerekmektedir. Bu kapsamda milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı yada terör örgütleri ile aidiyeti veya bunlarla irtibatı olan, yayınlarıyla demokratik toplumun varlığını tehdit eden terör örgütü ya da yasa dışı oluşumların varlıklarını, eylemlerini destekleyen veya onları meşru gösteren ya da halkın bir bölümünü şiddet kullanmaya teşvik eden radyo veya televizyon kuruluşlarına ya da yayınevi veya dağıtım kanallarına yönelik sınırlamaların demokratik toplum düzeniyle çeliştiği söylenemez.

49. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın ölçülü olup olmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

50. Milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının kapatılmasının millî güvenliğin, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması biçimindeki amaca ulaşmak bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

51. Anayasa'nın süreli yayınların ancak mahkeme kararıyla kapatılmasını öngören 28. maddesi kapatmayı ağır bir yaptırım olarak görmüş ve geçici kapatma için dahi mahkeme kararının gerekliliğini ifade etmiştir. Kural, söz konusu özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının doğrudan ve kalıcı olarak kapatılmasını düzenlemek suretiyle aynı amaca ulaşmaya elverişli olup ifade ve basın özgürlüklerine daha az sınırlama oluşturacak araçları gözardı etmektedir. Doğrudan kapatmanın aynı amaca ulaşmayı sağlayacak tüm araçlar arasında temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahaleyi oluşturduğu tartışmasızdır.

52. Bunun yanı sıra kural uyarınca kapatabilme için aranan şartların kural gereğince oluşturulacak komisyon tarafından tespit edilmesi zorunludur. Bu noktada söz konusu tespitin yapılmasına ve kapatmaya ilişkin karar bir idari işlem olarak yargı denetimine tabidir. Ancak kural, kapatma işlemi sonrasında yargısal makamların bu konuda kısa sürede karar vermesini sağlayacak bir güvence içermemektedir. Hâlbuki Anayasa'nın 28. maddesinin yedinci fıkrasında kapatma tedbirinden daha hafif nitelikte olan toplatma tedbiri bakımından dahi birtakım süreler öngörülmüştür. Anılan fıkraya göre gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunun yetkili kıldığı mercinin aldığı toplatma kararının en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkime bildirileceği,

hâkimin ise bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa toplatma kararının hükümsüz sayılacağı ifade edilmiştir. Dava konusu kuralın kapsadığı kurum ve kuruluşların kapatılması hâlinde kapatma işleminin yargısal denetimi için ayrı ve kısa bir prosedürün öngörülmesi ifade ve basın özgürlükleri yönünden bulunması gereken önemli bir güvencedir. Bu güvence söz konusu kurum ve kuruluşların ifade ve basın özgürlükleri kapsamında yerine getirdikleri rolün öneminden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kural ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan gereklilik ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

53. Kural olağanüstü hâl döneminde de uygulama alanı bulmuştur. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı biçimde sınırlandırmalara Anayasa belirli koşullarda imkân tanımıştır. Bu bağlamda kuralın olağan dönemde Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde yapılan tespit, kuralın olağanüstü dönemle sınırlı uygulamasını kapsamamaktadır (aynı yöndeki karar için bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, §145).

54. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa’nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 13., 26. ve 28. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kural Anayasa’nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa’nın 30., 35. ve 38. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa’nın 15. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. Fıkranın İkinci Cümlesi

55. Kural, kapatılan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilere, yayınevi ve dağıtım kanallarına Kanun’un 2. maddesinin “Kapatılan gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları ile özel radyo ve

televizyon kuruluşlarına ait olan taşınır ve her türlü mal varlığı, alacak ve haklar, belge ve evrak Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılır, bunlara ait taşınmazlar tapuda resen Hazine adına her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak tescil edilir. Bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineden bir hak ve talepte bulunulamaz. Devre ilişkin işlemler ilgili tüm kurumlardan gerekli yardımı almak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirilir” şeklindeki (3) numaralı fıkrasının uygulanmasını öngörmektedir. Bu itibarla kural kapatılan kurum ve kuruluşların her türlü mal varlığının Hazineye devrini düzenlemektedir.

56. Kanun’un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dava konusu birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın ikinci cümlesinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümle 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kural yönünden Anayasa’ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. Kanun’un 3. Maddesinin (a) Bendinde Yer Alan “...otuz günü...” İbaresinin İncelenmesi

57. Kanun’un 3. maddesinin (a) bendinde yer alan, dava konusu ibarenin de bulunduğu “... otuz günü geçemez.” ibaresi, 2/1/2017 tarihli ve 684 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 11. maddesiyle “... şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez.” şeklinde değiştirilmiştir. Daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7074 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

58. Açıklanan nedenle konusu kalmayan ibareye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

Ç. Kanun’un 3. Maddesinin (c) Bendinde Yer Alan “... yerinde görmezse en çok on gün içinde...” İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

59. Dava dilekçesinde özetle; tutuklama koruma tedbirinin kişinin özgürlüğünü kısıtlaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturduğu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre temel kuralın tutuklama kararına itiraz edilen hâkim

veya mahkemenin itirazı yerinde görmezse dosyanın en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciye göndermesi olduğu, dava konusu kuralın ise bu süreyi on güne çıkardığı, bu itibarla tutuklananın kanuna aykırı olarak tutulmasını sonlandıracak mercinin itirazı hızlı bir biçimde sonuçlandırmasının engellendiği, kuralın AİHS'in 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı olduğu, söz konusu sürenin ölçülü olmadığı ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal ettiği, bu durumun hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 19., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

60. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi, itirazı yerinde görmemesi hâlinde en çok on gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciye göndermesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

61. Kuralın devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından öngörüldüğü, bu itibarla olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu, yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

62. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak belirtildikten sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek kaydıyla kişilerin hürriyetinden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırılması, ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir.

63. Buna göre mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması ve tutuklanması hâlleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün değildir.

64. Bunun haricinde bir suç isnadına bağlı olarak hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler de kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilir ve yakalanabilirler. Hâkim kararı olmaksızın yakalama ise ancak suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yapılabilir ve bunun şartları da yine ancak kanunla belirlenir.

65. Anılan maddenin sekizinci fıkrasında da her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına yer verilmiştir.

66. Dava konusu kuralda belirli suçlarda olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görmemesi hâlinde en çok on gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciye göndermesinin

öngörülmesi tutukluluğa itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkına bir sınırlama getirmektedir.

67. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında; özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmiştir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Bu bağlamda hürriyetten kısıtlamanın kanuna aykırı olup olmadığının kısa sürede incelenmesi her hâlükârda belli bir inceleme süresini gerektirdiğinden bu hak doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabidir.

68. Dava konusu kural, tutukluluğa yapılan itirazın itirazı incelemeye yetkili merciye gönderilmesi için belirli bir süre öngörmek suretiyle itirazın itiraz merciine gönderilmeden önce kararı veren hâkim ya da mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesine ve bir kanuna aykırılık hâli varsa aykırılığın bu aşamada giderilmesine imkân tanımayı amaçlamaktadır. Bu itibarla kuralın tutukluluğa yapılan itiraz üzerine hürriyetten yoksun bırakma kararının kanuna uygun olup olmadığının kısa sürede incelenmesini sağlamaya yönelik meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca anılan hakka yönelik sınırlamanın ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

69. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, hürriyeti kısıtlanan kişinin durumu hakkında karar verilmesini talep etmesi hâlinde bu talebin karara bağlanması için belirli bir süre öngörülmemişse de *kısa sürede* karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre tutukluluğa itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması güvencesi, sadece incelemenin *kısa sürede* karara bağlanmasını değil verilen kararın bu *kısa süre* içinde tebliğ edilmesini de gerektirmektedir. Bu itibarla hürriyetten yoksun bırakılmanın hukukiliğine yönelik itirazın kısa sürede karara bağlanması güvencesine uygun hareket edilip edilmediği değerlendirilirken yetkili mercilere başvuru yapılan tarihten

başvuruya ilişkin verilen kararın tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre dikkate alınmalıdır (H.G., B. No: 2017/14716, 29/5/2019, § 54).

70. Anılan fıkra güvence altına alınan kısa sürede yetkili merciye başvurma hakkı benzer şekilde AİHS'in 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasında da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre tutulmanın hukukiliği hakkında "*kısa bir süre içinde*" bir yargısal karar verilmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre AİHS'in söz konusu fıkrası anlamında özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğuna yönelik itirazı inceleme süresi, yetkili mercilere başvuru yapılması ile başlar ve başvuruya ilişkin verilen kararın başvurana veya temsilcisine bildirilmesi ile sona erer (*Koendjbiharie/Hollanda*, B. No: 11487/85, 25/10/1990, § 28).

71. Bu bağlamda tutuklama kararına itiraz kanun yolu 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre tutuklama kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme itirazı yerinde bulursa kararını düzeltir, yerinde görmezse en çok *üç gün* içinde itirazı inceleyecek merciye gönderir. Dava konusu kural ise itirazın yetkili merciye gönderilmesi için en çok on günlük süre öngörmektedir. Tutuklama kararına karşı yapılan itirazın belirli bir süre içinde sonuçlandırılması şartı, hukuka aykırı verilmiş tutuklama kararları nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasının bir an önce sonlandırılmasını sağlamak içindir. Bir koruma tedbiri olarak tutuklama temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle haksız tutuklamaların engellenmesi için öngörülen itiraz yolunun hızlı olarak işlemesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvencelerindendir. Kural tutuklama kararı veren hâkim ya da mahkeme tarafından yapılacak tekrar incelemede bile on güne kadar bir gecikmeye sebep olma ihtimalini barındırmaktadır. Bu nedenle kuralın tutuklama kararına yapılan itirazın yetkili merciye gönderilmesi süresini on günle sınırlamasının Anayasa'da aranan *kısa sürede* güvencesi ile bağdaştığı ve ölçülü olduğu söylenemez. Bu itibarla kuralla, itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkına olağan dönem için Anayasa'da öngörülen güvence rejiminin ötesinde bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

72. Kural, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında öngörülen güvencelerin ötesinde bir sınırlama oluşturduğundan olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmelidir.

Yine 47.000'den fazla kişi adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakılmıştır. Ayrıca darbe teşebbüsünden hemen sonra alınan tedbirler kapsamında darbe teşebbüsünde bulunduğu belirtilen FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle öncelikle 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısı görevden el çektirilmiş, süreç içinde de yaklaşık 4.000 yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 52, 350).

77. Darbe teşebbüsü gibi olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylara yönelik adli soruşturma süreçleri kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakabilmektedir. Bu nedenle olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içinde bulunan kamu otoritelerinin yetkilerinin artırılması gündeme gelebileceği gibi olağanüstü hâl ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesi ve bir daha tekrarlanmaması amacıyla olağan dönemle kıyaslanmayacak düzenlemeler ve katı tedbirler de öngörülebilir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 103).

78. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlarda yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda uygulama alanı bulacak niteliktedir. Ayrıca olağanüstü hâlde dahi her ne sebeple olursa olsun özgürlüğü kısıtlanan kişi durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Ancak olağanüstü hâlin ortaya çıkardığı ve yargı sistemine dâhil edilen soruşturma ve kovuşturmalar –fail sayıları ve suç türleri- dikkate alındığında tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı değerlendirme süresinin kuralla uzatıldığı anlaşılmaktadır. Bu tür soruşturma ve kovuşturmalarda inceleme süresinin on güne kadar çıkarılmasının, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturan koruma tedbirine yapılan itirazın isabetli bir şekilde değerlendirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez.

79. Öte yandan kural, her durumda tutukluluk kararına yapılan itirazın on günün sonunda yetkili merciye gönderilmesini zorunlu bir şekilde düzenlememektedir. Her bir somut olay açısından söz konusu süre, uygulayıcıya bir takdir yetkisi tanımaktadır. Kuralın olası somut

uygulama sonuçları ise anayasalık denetiminin kapsamına girmez. Bununla birlikte uygulayıcının takdirinin yargı denetimine tabi olduğu da açıktır. Kararın gereken süratle alınıp alınmadığı her davanın kendi özel koşullarına göre değerlendirilir. Bu değerlendirmede gösterilen özen, tutulan kişinin tutumlarının gecikmeye sebebiyet verip vermediği, gecikmenin resmî makamların sorumluluğunda olup olmadığı gibi hususların dikkate alınması gerekir.

80. Anayasa’da güvence altına alınan tutuklunun kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini sağlaması amacıyla yetkili merciye başvurma hakkının olağanüstü hâlin ortaya çıkardığı fail ve suç çokluğu ile olağanüstü hâl tedbirleri kapsamında meslekten çıkarılan hâkim, Cumhuriyet savcısı ve adliye çalışanı sayısı gözönünde bulundurulduğunda yerinde görülmeyen tutukluluğa yapılan itirazın itiraz merciine gönderilmesi için kuralla getirilen on günlük azami sürenin orantısız olduğu da kabul edilemez.

81. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 15. ve 19. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 15. ve 19. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa’nın 36. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun’un 3. Maddesinin (ç) Bendinde Yer Alan “...dosya üzerinden...” İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

82. Dava dilekçesinde özetle; tutuklama tedbirinin kişinin özgürlüğünü geçici olarak ortadan kaldıran ve ağır sonuçları olan bir koruma tedbiri olduğu, sıkı şartlara tabi tutulan bu koruma tedbirinin uygulanma şartlarının çelişmeli olarak değerlendirilmeye açılmasının kişi özgürlüğünü güvence altına alacağı, tutukluluğun gözden geçirilmesi esnasında yapılacak incelemenin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olması gerektiği, dava konusu kuralın ise anılan ilkelerle bağdaşmadığı, bu durumun adil olması gereken hukuk

düzenini zedelediği, hak arama hürriyetine aykırı olduğu, milletlerarası yükümlülüklerle bağdaşmadığı, temel hak ve özgürlüklere ölçsüz bir müdahale oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 19., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

83. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (ç) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanması öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "... dosya üzerinden..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

84. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

85. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

86. Anayasa'nın anılan fıkrası kapsamında serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla başvuru yargı mercii tarafından yapılan incelemede Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının tutmanın niteliğine ve koşullarına uygun güvencelerinin

sağlanması gerekir. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama* ilkelerine riayet edilmelidir.

87. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte; diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun imkânların sağlanması anlamına gelir (AYM, E.2016/191, K.2017/131, 26/7/2017, § 64).

88. Dava konusu kural belirli suçlarda olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanmasını öngörmek suretiyle tutukluluğa ilişkin iddia ve savunmaların makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme hakkını sınırlamaktadır.

89. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasından kaynaklanan temel güvencelerden biri de tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkıdır. Zira hürriyetinden yoksun bırakılan kimsenin bu duruma ilişkin şikâyetlerini, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirebilme imkânına sahip olması, tutukluluğa itirazını çok daha etkili bir şekilde yapmasını sağlayacaktır. Bu nedenle kişi, bu haktan düzenli bir şekilde yararlanarak makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmelidir.

90. Anayasa'nın anılan fıkrasında tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkına herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte tutukluluğa ilişkin verilen her kararın itirazının incelenmesinde veya her tahliye talebinin değerlendirilmesinde duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirebilecektir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen inceleme usulüne ilişkin güvenceler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmeyeceğinden bu hak işin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabidir.

91. Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir. (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de *makul sürede yargılanma* hakkıdır. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu hak gereğince devletin davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

92. Tahliye taleplerinin hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hürriyetten yoksun bırakma kararının kanuna uygun olup olmadığının incelenmesini temin etmeye yöneliktir. Dava konusu kuralda ise incelemenin dosya üzerinden yapılarak yargının hızlandırılması böylece ceza yargılama sisteminin hızlı bir şekilde işleminin sağlanması amacıyla anılan hakka bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı söylenebilir. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca anılan hakka yönelik sınırlamanın ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

93. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır. Kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Keyfi olarak hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı usule ilişkin güvenceler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

94. Maddi gerçeği açığa çıkarma amacına sahip olan ceza muhakemesinin makul bir sürede tamamlanması gerekir. Tutukluluğa ilişkin verilen her kararın ya da her tahliye talebinin değerlendirilmesinin duruşma açılarak yapılması ceza yargılamasının makul sürede bitirilememesine yol açabileceği gibi ceza muhakemesinin sağlıklı şekilde işleminin de engelleyebilir. Bu çerçevede tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanabilmesinin ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik prensipleriyle çeliştiği söylenemez.

95. Bununla birlikte kural tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlama yetkisinin kullanımı bakımından herhangi bir süre veya üst sınır öngörmemiştir. Bir başka deyişle kural uyarınca hâkim, tutukluluk incelemelerinin ve tahliye taleplerinin tamamını dosya üzerinden karara bağlayacaktır. Bu itibarla tutukluluklarıyla ilgili olarak şüpheli veya sanığın makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmesi mümkün değildir. Bunun olağan dönem koşullarında kişiye aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği açıktır. Açıklanan nedenle kural, hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına olağan dönem için Anayasa’da öngörülen sınırlama ve güvence rejiminin koşullarının ötesinde bir sınırlama oluşturmaktadır. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

96. Kural uyarınca hakkında sınırlama öngörülen, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki tutukluluğa etkili biçimde itiraz edebilme hakkı Anayasa’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hiçbir koşulda müdahale edilmeyecek çekirdek alanda yer alan temel hak ve hürriyetler ile ilkeler arasında yer almamaktadır.

97. Ayrıca anılan hak, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye’nin taraf olduğu MSHUS’nin 4. maddesinin ve AİHS’in 15. maddesinin (2) numaralı fıkraları ve bu Sözleşme’ye ek protokoller uyarınca dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında da değildir.

98. Olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini öngören Anayasa’nın 15. maddesinde bu tür sınırlamaların durumun gerektirdiği ölçüde olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekir.

99. Kural olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanacağını

düzenlemektedir. Kuralla olağanüstü hâl döneminde tutukluların serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla bir yargı merciine başvurma hakkı korunmaktadır. Bu bağlamda olağanüstü hâl ilanına sebep olan olaylarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında tutuklananlar da dâhil olmak üzere hakkında tutuklama tedbiri uygulanan herkes, 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilecektir.

100. Dava konusu kural, olağanüstü hâl döneminde belirli suçlardan tutuklu olan kişilerin tahliye taleplerinin dosya üzerinden yapılmasını hüküm altına almaktadır. Ayrıca kuralın yer aldığı bent tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte yapılacağını düzenlemektedir. Olağanüstü hâl süresince belirli suçlara ilişkin yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda tahliye talepleri, kural uyarınca herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın tüm yargılama boyunca dosya üzerinden incelenecektir.

101. Olağanüstü hâl ilanına neden olan darbe teşebbüsü nedeniyle ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen yaklaşık 221.000 kişi hakkında adli işlem yapılmıştır. Bu kişilerin önemli bir bölümü tutuklanmıştır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 100). Ayrıca darbe teşebbüsünden hemen sonra alınan tedbirler kapsamında darbe teşebbüsünde bulunduğu belirtilen FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle öncelikle 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısı görevden el çektirilmiş, süreç içinde de yaklaşık 4.000 yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 121).

102. Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E.2016/205, K.2019/63 sayılı kararında, olağanüstü hâl süresince belirli suçlar için yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda tutukluluk incelemesinin, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden de karara bağlanabilmesi imkânını tanıyan, *tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin duruşmalı olarak incelenmesi imkânını ortadan kaldırmadan* uygulayıcıya dosya üzerinden de bu taleplerin değerlendirilebilmesi yönünde takdir yetkisi tanıyan düzenlemenin *olağanüstü hâlin ortaya çıkardığı durumun gerektirdiği ölçüde* kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sınırlama getirdiği, dolayısıyla düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (§§ 123-128).

103. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği kararlarda, tutukluluğa itiraz incelemesinin başvuru dinlenilmesinden 1 ay 28 gün sonra duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediğini belirtirken (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 128), başvurucuların tutukluluk durumunun 7 ay 2 gün (*Mehmet Halim Oral*, B. No: 2012/1221, 16/10/2014, § 53; *Ferit Çelik*, B. No: 2012/1220, 10/12/2014, § 53) ve 3 ay 17 gün (*Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 61) boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

104. Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl kapsamında Anayasa'nın 15. maddesi yönünden yapmış olduğu bireysel başvuru incelemelerinde tutukluluk durumlarının 8 ay 18 gün boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin *durumun gerektirdiği ölçüde* bir tedbir olduğuna (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 358), tutukluluk durumlarının 1 yıl 9 ay boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (*Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, § 249).

105. Bu çerçevede herhangi bir süre öngörmeksizin tahliye taleplerinin tamamının dosya üzerinden karara bağlanmasını düzenleyen ve bu tür taleplerin duruşmalı olarak incelenmesi konusunda *hâkime veya mahkemeye takdir yetkisi tanımayan* kural kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ölçüsüz bir sınırlama oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle tahliye taleplerinin hâkim önünde incelenmesinin sağlanamamasına neden olan kural durumun gerektirdiği ölçünün ötesinde bir sınırlama öngörmektedir.

106. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15. ve 19. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 15. ve 19. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 36. ve 90. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

E. Kanun'un 3. Maddesinin (e) Bendinde Yer Alan "...bir kişi..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

107. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın delillerin karartılmasını kolaylaştıracağı ve delil güvenliğini tehlikeye düşüreceği, arama yapılması için o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişinin bulundurulmasının zor olmadığı, kuralın şüpheli veya sanık hakkında hukuka aykırı deliller üretilmesine ve bunlara dayanılarak mahkûmiyet kararlarının verilmesine neden olabileceği, bu durumun adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

108. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13., 20. ve 21. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

109. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişinin bulundurulması öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "... bir kişi..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

110. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

111. Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, 21. maddesinde de kimsenin konutuna dokunulamayacağı belirtilmiştir.

112. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* hükmüne yer verilmiştir.

113. Dava konusu kuralın da yer aldığı bent; konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde adli arama yapılmasını düzenlemektedir. Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde yapılacak aramanın adil yargılanma hakkına, özel hayata saygı hakkı ile konut dokunulmazlığına saygı hakkına bir sınırlama getirdiği açıktır.

114. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının sınırlama sebepleri de yine Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilir. Bununla birlikte anılan maddelerdeki söz konusu sınırlamanın *arama* ve *elkoyma* tedbirlerine özgü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.

115. Anayasa'nın 36. maddesinde ise adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş bu hakka sınır teşkil edebilmesi mümkündür.

116. Kuralın öngördüğü adli arama maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde uygulanacak olan aramadır. Dolayısıyla arama Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde belirtilen kamu düzeninin sağlanması biçimindeki meşru amaca sahiptir. Yine adli arama usulünün belirlendiği kuralla adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın soruşturmaların sürüncemede kalmadan delillerin bir an önce toplanmasını ve hukukiliğinin korunması ile yargılamaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamaya yönelik anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik

sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

117. Bu bağlamda öncelikle sınırlamanın anılan amaçlara ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması zorunludur. Anılan hüküm uyarınca Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın belirli yerlerde arama tedbirinin uygulanması o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan belirli sayıda kişilerin hazır bulundurulması şartına bağlanmıştır. Bu kişiler arama tedbirinin icra edilmesine tanıklık etmektedir. Bu nedenle işlem tanığı olarak da ifade edilen ve aramada hazır bulunması gereken kişilerin yerine getirdiği tanıklık görevinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki aramanın muhatabına arama sırasında elde edilen/edilemeyen deliller yönünden sağlanan güvencedir. Diğeri ise arama tedbirini gerçekleştiren görevlilerin daha sonradan karşılaşılabilecekleri iddialara karşı bu iddiaların doğruluğu ya da yanlışlığı yönünde bir teminat oluşturmastır.

118. Belirli koşullar altında gerçekleştirilen adli arama sırasında hazır bulunması gereken işlem tanıklarının yerine getirdikleri faaliyet adil yargılanma hakkıyla da yakın ilgilidir. Bu kişilerin hem arama tedbirine muhatap olan kişilere hem de arama tedbirini icra eden görevlilere sağladığı teminat adil yargılanmanın gerçekleşmesine yöneliktir. Nitekim arama sırasında delillerin elde edilme şekilleri, elde edilen ya da ulaşılamayan delillerin yargılamanın ilerleyişindeki etkisi, yargılama sonucunda verilecek hükme dayanak oluşturması kişiler hakkında verilen hükümlerin adil bir yargılama sonucunda ortaya çıkmasına hizmet etmektedir.

119. Kanun koyucu arama sırasında bağımsız gözlemcinin bulunmasını öngörmek suretiyle adil yargılanma, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakları yönünden bir güvence sağlamaktadır. Bununla birlikte arama sırasında hazır bulundurulması gereken işlem tanığının kim olacağı ve sayısının ne olacağı hususunun ceza siyasetine göre belirleneceği açıktır. Bu belirlemede kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Elbette ki anılan takdir yetkisi anayasal ilkelere aykırı biçimde kullanılmamalıdır.

120. Dava konusu kural Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın kapalı ve belirli nitelikteki yerlerde arama yapılması için işlem tanığının hazır edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Arama tedbirinin kamuya açıklığı ve işlem tanığının yerine getirdiği kabul edilen güvencelerin mevcudiyeti korunmaktadır. Kural arama tedbirinin yapılması için aranan işlem tanıklarının niteliğinde de herhangi bir değişiklik öngörmemektedir. Bu itibarla belirli suçlar bakımından arama tedbirinin icrası için işlem tanığı sayısının “bir” olarak belirlenmesi anılan hak ve özgürlüklere Anayasa’nın 13. maddesi bağlamında orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama oluşturmamaktadır.

121. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 13., 20., 21. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 13., 20., 21. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

F. Kanun’un 3. Maddesinin (g) Bendinde Yer Alan “... adli kolluk görevlileri...” İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

122. Dava dilekçesinde özetle; arama işleminin muhatabı olan kişinin belge ve kâğıtlarının incelenmesinin özel hayatın gizliliğine yönelik olduğu, 5271 sayılı Kanun’a göre, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına ve hâkime ait olduğu, kuralla bu yetkinin adli kolluk görevlilerine de tanındığı, Cumhuriyet savcısına ve hâkime bu yetkinin anılan kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları ve delilleri değerlendirme yetkilerinin bulunması nedeniyle tanındığı, adli kolluk görevlilerinin ise hukuk bilgisine sahip olmadıkları, adli kolluk görevlilerine belge ve kâğıtları inceleme yetkisinin verilmesinin delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği, soruşturmanın gizliliğine zarar vereceği ve adil olması gereken hukuk düzenini zedeleyeceği belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

123. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

124. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilmesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

125. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

126. Dava konusu kural, hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge veya kâğıtlarının adli kolluk görevlileri tarafından da incelemesine izin vermektedir. Böylece kural kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile adil yargılanma hakkına bir sınırlama getirmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının Anayasa'da öngörülen temel hakların sınırlandırılması ve güvence rejimlerine uygun biçimde yapılması zorunludur.

127. Kuralın adli kolluk görevlilerine de tanıdığı inceleme yetkisi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde gerçekleştirilen adli arama sırasında elde edilen belge veya kâğıtlara ilişkindir. Dolayısıyla kuralın özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik öngördüğü sınırlama,

Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu düzeninin sağlanması biçimindeki meşru amaca hizmet etmektedir. Yine kuralla adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın da soruşturmaların sürüncemede kalmadan delillerin bir an önce toplanmasını ve hukukiliğinin korunması ile yargılamaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamaya yönelik anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

128. İşlendiği iddia olunan bir suçun delillerinin elde edilmesi veya failin yakalanabilmesi için icra edilen arama işlemi sırasında bu koruma tedbirine muhatap olanların belge ve kâğıtlarının incelenmesi kaçınılmazdır. Özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla arama işlemine hangi durumlarda kim tarafından karar verilebileceği Anayasa'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte arama koruma tedbirinin nasıl icra edileceği anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

129. Söz konusu koruma tedbirinin icrası özel hayata ilişkin bazı bilgilerin de edinilmesine yol açmaktadır. Bu nedenle arama sırasında ele geçirilen belge ve kâğıtların incelenmesi bu yönüyle ayrı bir öneme sahiptir. Suç delillerinin elde edilebilmesi ya da failin yakalanabilmesi için arama esnasında ulaşılan belge ve kâğıtların suçla bağlantısının tespit edilmesi soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından da önemlidir. Bu bağlamda anılan belge ve kâğıtları inceleme yetkisine sahip olanların hem belgelerin suçla bağlantısını değerlendirebilecek yetkinlikte hem de özel hayatın gizliliğine riayet edecek nitelikte olması beklenir. Kural adli kolluk görevlilerine de bu belgelerin incelenmesi yetkisini vermektedir. Adli kolluk görevlileri suç soruşturmasında görev alan güvenlik mensuplarıdır. Bu nedenle söz konusu görevlilerin arama sırasında belgelerin incelenmesinde kendilerinden beklenen niteliklere sahip olmadığı söylenemez. Bu itibarla kuralla öngörülen sınırlamanın meşru amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı değerlendirilemez.

130. 5271 sayılı Kanun'un 122. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Dava konusu kural ise devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı

suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından yapılacak aramalarda aramaya muhatap olan kişinin belge veya kâğıtlarının adli kolluk görevlilerince de incelenmesini öngörmektedir. Kural arama sırasında elde edilen belgelerin incelenmesinde genel yetkiyi düzenleyen kuralı ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte kural tüm suçlar için değil belirli suçlar yönünden yapılacak soruşturmalarda adli kolluk görevlilerine arama koruma tedbirinin icrası yönünden bir yetki vermektedir. Kuralın uygulanabileceği suçlar da dikkate alındığında kuralın öngördüğü sınırlamanın orantılı olmadığı söylenemez.

131. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 20. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kural Anayasa'nın olağan dönem hukuk düzeni bakımından güvence rejimini aşan bir düzenleme öngörmediğinden Anayasa'nın 15. maddesi yönünden ayrıca incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 20. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

G. Kanun'un 3. Maddesinin (h) Bendinin Birinci Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile İkinci Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

132. Dava dilekçesinde özetle; 5271 sayılı Kanun'da hâkim kararı olmadan elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması, hâkimin elkoymadan itibaren kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiğinin düzenlendiği, dava konusu kuralların ise bu süreleri beş katına çıkardığı, bu süre artırımının delillerin güvenliği açısından sakınca oluşturduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

133. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

134. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını ise elkoymadan itibaren on gün içinde açıklaması gerektiği; aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

135. Kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallara ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

136. Anayasa'nın 35. maddesinde *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır.

137. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü

kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin kısıtlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir.

138. Dava konusu kurallar elkoyma koruma tedbirinin hâkim onayına sunulması ve hâkimin uygulanan elkoyma tedbirinin uygunluğuna ilişkin kararını açıklaması için aranan sürelerde değişiklik yapmak suretiyle özel hayatın gizliliği ve mülkiyet hakkına sınırlamalar getirmektedir. Bunun yanı sıra belirli suçların işlendiğine ilişkin iddiaların soruşturulması ve kovuşturulmasında uygulanan elkoyma tedbirine ilişkin olması nedeniyle kurallar, adil yargılanma hakkı bakımından da sınırlama öngörmektedir.

139. Kurallarda yer alan sınırlamanın olağanüstü dönemin şartları nedeniyle getirildiği ve bu tedbirin savcılıklar ve mahkemeler tarafından daha düzenli, nitelikli ve sağlıklı bir inceleme yapılmasına imkân tanınmak suretiyle hatalı kararların önlenmesi amacıyla öngörüldüğü, dolayısıyla sınırlamanın anayasal anlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

140. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde elkoyma koruma tedbirinin hangi süreler içinde tamamlanması gerektiği belirlenmiştir. Anılan hükümlere göre *"Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."* Bu bağlamda kurallar, olağan dönemde temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülmüş güvencelerle bağdaşmamakta Anayasa'nın 20. maddesinin sözüyle çelişmektedir. Bu nedenle kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

141. Elkoyma koruma tedbirinin tamamlanmasına ilişkin olan kuralların özel hayatın gizliliğine, mülkiyet hakkına ve adil yargılanma hakkına yönelik sınırlama öngördüğü gözetildiğinde kuralların Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralların Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

142. Koruma tedbirleri ceza muhakemesinde yerine getirdiği işlevi nedeniyle kesinleşmiş yargı kararı olmaksızın bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmaktadır. Ancak bazı nedenlerle hâkim kararı olmaksızın icra edilen koruma tedbirlerinin hâkim onayına sunulmasının temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlediği ve bu tedbirlerin doğru şekilde uygulanmasını sağladığı açıktır.

143. Amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin karara bağlanmasını düzenleyen kurallar izlenen ceza siyaseti ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ceza siyasetini belirleme ve bu doğrultuda ceza ve ceza muhakemesi hukukuyla ilgili düzenlemeler yapma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Ancak kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını Anayasa belirlemektedir. Olağanüstü dönemlerde ise olağanüstü hâl kapsamında ceza ve ceza muhakemesinde alınan tedbirlerde kanun koyucunun takdir yetkisinin daha geniş olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa'nın 15. maddesinde bu duruma işaret edilmektedir.

144. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin hâkim onayına sunulması zorunluluğu temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvenceli bir muhakeme sürecini sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle elkoyma tedbirinin uygulanmasının hâkim denetiminde gerçekleşmesi kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin önlenmesine hizmet etmektedir. Ancak bu işleyişin doğru bir biçimde gerçekleşmesi için elkoyma tedbiri kapsamında elde edilen bilgi ve delillerin incelenebilmesine imkân tanıyan sürelerin düzenlenmesi gerekir. Bununla birlikte bu sürelerin olağan dışı bir uzunlukta belirlenmemesi yargılamanın makul sürede bitirilmesi açısından da önemlidir.

145. Kurallarla özel hayatın gizliliğine, mülkiyet hakkına ve adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın *ölçülü* olup olmadığı değerlendirilirken ülkemizde olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren durumun özellikleri ve olağanüstü hâl ilanı sonrasında ortaya çıkan koşulların yanı sıra sınırlamanın kapsam ve boyutu dikkate alınmalıdır.

146. Daha önce de ifade edildiği üzere 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da FETÖ ve/veya PDY olarak isimlendirilen yapılanma ile bağlantılı olduğu

değerlendirilen yaklaşık 221.000 kişi hakkında adli işlem yapılmış; başta Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet ve yargı mensupları olmak üzere 170.000'den fazla kişi hakkında gözaltı tedbiri uygulanmıştır. Bu kişilerin önemli bir bölümü mahkeme kararıyla tutuklanmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır.

147. Darbe teşebbüsü, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte genel olarak bölücü terör örgütü PKK ile mücadele edilmekle birlikte DHKP/C, El Kaide ve DEAŞ gibi diğer pek çok terör örgütünün de saldırılarına maruz kalınmış ve bu terör örgütlerine yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. Dolayısıyla darbe teşebbüsünün savuşturulmasından sonra da teşebbüsle bağlantılı kişilerle veya teşebbüsle doğrudan bağlantılı olmasa bile teşebbüsün arkasındaki yapılanma ile bağlantılı olduğu değerlendirilen kişilerle ilgili olarak yürütülen soruşturmaların yanı sıra diğer terör örgütlerinin saldırı ve faaliyetlerine ilişkin olarak da çok sayıda kişi hakkında soruşturma yürütülmüştür (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, §§ 100, 101).

148. Dava konusu kurallar uyarınca uygulanacak süreler olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlardan yürütülen soruşturmalarla sınırlı olarak belirlenmiştir. Olağanüstü hâlin ilanına neden olan darbe teşebbüsü nedeniyle ortaya çıkan durumun bu döneme ilişkin soruşturmalar bakımından koruma tedbirlerinin onaylanması ve uygulanması için aranan sürelerde değişiklik yapılmasını ya da bunlar için daha farklı süreler belirlenmesini gerektirmeyeceği söylenemez. Bu bağlamda kurallarda belirlenen sürelerin olağanüstü hâlin ilanını gerektiren şartlar gözetildiğinde makul olmadığı değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle olağanüstü hâl tedbirleri kapsamında belirli suçlar için elkoyma tedbirinin karara bağlanmasında kurallar uyarınca aranan sürelerin durumun gerektirdiği ölçüyü aşmadığı anlaşılmaktadır.

149. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36.

maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Ğ. Kanun'un 3. Maddesinin (1) Bendinin Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

150. Dava dilekçesinde özetle; 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi uyarınca uygulanan elkoyma tedbirinde bu tedbirin konusunu oluşturan mal varlığının suçtan elde edilip edilmediğini, edildiyse ne kadarının suçtan elde edilmiş olduğunu saptamak amacıyla belirli kurum ve kuruluşlardan rapor alınması zorunluluğunun öngörüldüğü, ilgili rapor alınmaksızın elkoyma tedbirinin uygulanmasına imkân tanınmasının ölçülü olmadığı, bu suretle kanunda suç sayılan bir fiil dolayısıyla elde edildiği kanıtlanmadan her türlü mal varlığına elkoymanın mümkün hâle geldiği, kuralların öngördüğü sürelerin adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

151. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

152. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebileceği, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının da elkoymaya karar verebileceği, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin ise beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, görevli hâkimin kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklayacağı, aksi hâle elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

153. Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

154. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H. Kanun'un 3. Maddesinin (i) Bendinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

155. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla avukat bürolarında Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma işlemlerinin yapılabilmesinin mümkün hâle getirildiği, 5271 sayılı Kanun'a göre bu işlemlerin ancak hâkim kararıyla ve Cumhuriyet savcısının katılımıyla yapılabildiği, avukat bürolarını koruyucu bu düzenlemenin amacının avukatlık mesleğinin gereği gibi ifasını, kişilere serbestçe hukuki hizmet sunulabilmesinin ve adalete katkıda bulunabilmesinin sağlanması olduğu, söz konusu güvencenin avukatların dokümanlarının, mesleki sırlarının, müvekkilleriyle olan yazışmalarının korunması ve verilen hukuki hizmetin savunma görevinin akamete uğratılmaması amacına yönelik olduğu, bu nedenle anılan güvencenin ortadan kaldırılmasının savunma hakkının özüne dokunulması ve bu hakkın işlevsizleştirilmesi sonucunu doğuracağı, bu yönüyle kuralın savunma ve adil yargılanma hakları ile bağdaşmadığı, bunun yanı sıra kuralla avukatın el konmak istenen şeyin müvekkili ile arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğuna ilişkin itiraz hakkının da ortadan kaldırıldığı, bu durumun müvekkil ile avukat arasındaki sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu, ayrıca avukatın itiraz hakkının kaldırılmasının avukat ya da müvekkili aleyhine özünde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bir bulgunun delil olarak kullanılmasına da neden olabileceği belirtilerek

kuralın Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

156. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 20., 21. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

157. Kural, 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilmesini öngörmektedir.

158. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

159. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 6. maddesinde avukat, yargı görevini yapanlar arasında sayılmıştır. Serbest meslek olmanın yanı sıra kamu hizmeti niteliği de bulunan avukatlığın yargı fonksiyonu içindeki yeri dikkate alınarak mevzuatta ayrı düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir. Bunlardan biri de avukatlık bürolarında yapılan arama ve elkoyma işlemidir. Adil yargılanma hakkının bir parçası olan avukat yardımından faydalanma hakkı avukatlığın önemine işaret etmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında avukat yardımından etkin bir şekilde faydalanmanın

gerçekleşmesi için avukatlık mesleğinin bazı güvencelerden istifade etmesi kaçınılmazdır. Nitekim avukatlık mesleğinin gereği gibi uygulanabilmesi özgürlüğü, demokratik bir toplumun ve hukuk devletinin temel bileşenleri arasındadır.

160. Arama, suçu önlemek amacıyla suç işlenmeden önce veya suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi için bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir koruma tedbidir. 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 4. maddesinde elkoyma tedbiri *“suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi”* olarak tanımlanmıştır. Avukat bürolarında gerçekleştirilecek arama ve elkoyma koruma tedbirinin özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına, adil yargılanma ve mülkiyet haklarına sınırlama oluşturduğu açıktır.

161. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca söz konusu sınırlamanın Anayasa’nın 20., 21. ve 35. maddelerinde sayılan amaçlardan birine ya da birkaçına yönelik olması gerekir. Anayasa’nın 36. maddesi yönünden ise Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler bu hakka sınır teşkil edebilecektir. Bunun yanı sıra söz konusu haklara sınırlamalar getiren kuralın ölçülülük ilkesine de aykırı olmaması gerekir.

162. Kuralın arama ve elkoyma sürecini hızlandırmak suretiyle soruşturma aşamasının mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasını ve delillerin bir an önce toplanmasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural, Anayasa’nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ile 21. maddesinde belirtilen kamu düzeninin sağlanması ve 35. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu yararı amacıyla anılan haklara sınırlama getirmektedir.

163. Arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi ve ceza muhakemesinde yerine getirdiği fonksiyon dikkate alındığında bu koruma tedbirlerine karar verilmesinde, söz konusu tedbirlerin uygulanmasında ve denetlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesini sağlayacak güvencelerin bulunması zorunludur. Söz konusu koruma tedbirlerinin icrasının temel hak ve

özgürlüklere bazı sınırlamalar getirmesi kaçınılmazdır. Suç delillerinin elde edilebilmesi ya da failin yakalanabilmesi için arama esnasında ulaşılan belge ve kâğıtların suçla bağlantısının tespit edilmesi ya da bunlara soruşturma veya kovuşturma konusu suçlar yönünden delil olma özelliklerine zarar vermeden el konulması yargılamaların adil yargılanma hakkı bağlamında sağlıklı bir şekilde ilerlemesi ve sonuçlanması açısından da önemlidir. Bu cihetle getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında da meşru bir amacının bulunduğu söylenebilir.

164. Bu çerçevede 5271 sayılı Kanun'un 130. maddesinde avukat bürolarında yapılacak arama ve elkoyma işlemi düzenlenmiştir. Buna göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu el konulmasına karar verilen materyaller bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyarsa, bu materyaller ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenecek ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenecektir. Yetkili hâkim, el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilecek ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılacaktır. Bu konuda soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilecek olan karara karşı 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurulabilecektir.

165. Avukat bürolarının aranmasının farklı ve daha güvenceli bir usule tabi tutulması avukat müvekkil mahremiyetinin korunmasını sağlamak suretiyle adaletin adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde gerçekleşmesini temin etmek içindir. Ayrıca bu güvence avukatın mesleki itibarının zedelenmesinin de önüne geçmektedir. Kural avukat bürolarında iddia makamının yazılı emriyle adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilmesini mümkün kılması nedeniyle savunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra kural avukatın mesleki faaliyetleriyle geliştirdiği kişisel ve mesleki çevresini etkileyebilecek özelliktedir. Avukat bürolarında hâkim kararı olmaksızın arama ve elkoyma

yapılabilmesi, avukatın mesleki gizliliğine dolayısıyla özel hayatın gizliliğine, adil yargılanma, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet haklarına olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin aradığı ölçünün ötesinde bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

166. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın avukat bürolarında arama ve elkoyma işlemlerine ilişkindir. Kural kapsamı itibarıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

167. Olağanüstü hâlin devamı süresince belirli suçlar bakımından avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın arama ve elkoyma işlemi yapılmasına imkân tanıyan kuralın olağanüstü hal şartlarında delillerin bir an önce elde edilmesi ve soruşturma aşamasının mümkün olduğunca kısa sürede sonuçlanması, kamu düzeni ve kamu yararının sağlanması biçimindeki amaçlara ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

168. Öte yandan kural avukat bürolarında yapılacak olan arama ve elkoyma işleminde uygulayıcıya 5271 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin yanında bir seçenek sunmaktadır. Nitekim kuralın kaleme alınış biçimi de avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirleri açısından uygulayıcıya takdir yetkisi tanındığını göstermektedir. Elbette söz konusu takdir yetkisinin kullanılış tarzı nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar yargı mercilerinin denetimine açıktır. Kural arama ve elkoyma sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunması şartını da ortadan kaldırmamaktadır.

169. Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale eden niteliği nedeniyle arama ve elkoyma tedbirlerinin hâkim onayına sunulması temel hak ve özgürlüklerin korunması için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Nitekim Kanun'un 3. maddesinin (h) ve (ı) bentleri

hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin hâkimin onayına sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde elkoymaya karar verme yetkisi de olan Cumhuriyet savcısının kararının hâkim denetimine tabi olması dava konusu kuralda ulaşılmak istenen amaçla araç arasında makul bir dengenin gözetildiğini göstermektedir. Olağanüstü hâli ortaya çıkaran sebeplerin bertaraf edilmesinde ve olağan döneme bir an önce dönülmesinde ceza muhakemesinin doğru ve hızlı bir şekilde işleminin katkısı yadsınamaz. Bunun yanı sıra ceza muhakemesi içinde bulunan ve karar alma süreçlerinin denetimini sağlayan kanun yoluna başvuru imkânı olağanüstü hâl sürecinde de varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle belirli suçlar için yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinde uygulayıcıya takdir yetkisi tanıyan kuralın durumun gerektirdiği ölçüde olduğu anlaşılmaktadır.

170. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 20., 21., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 21., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I. Kanun'un 3. Maddesinin (j) Bendinin İkinci Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

171. Dava dilekçesinde özetle; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde hâkim kararı olmaksızın yapılan arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin hâkimin onayına sunulması ve hâkimin karar vermesi için kurallarla öngörülen sürelerin olağanüstü hâl ilanına neden olan durumu ortadan kaldırma amacıyla orantılı olmadığı, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı, delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

172. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

173. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (j) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebileceği, bu kararın beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklaması gerektiği, aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

174. Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

175. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

İ. Kanun'un 3. Maddesinin (k) Bendinin İkinci ve Üçüncü Cümlelerinde Yer Alan "...beş gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

176. Dava dilekçesinde özetle; hâkim kararı olmaksızın gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme yapılmasının 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemeleri

tarafından oybirliğiyle alınan kararlarla mümkün olduğu, anılan Kanun'a göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararının gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından alınabildiği ancak savcının bu kararını derhâl mahkemenin onayına sunması ve mahkemenin de yirmi dört saat içinde karar vermesi gerektiği, Cumhuriyet savcısının kararını görevli hâkimin onayına sunma ve hâkimin buna ilişkin kararını açıklama süresinin dava konusu kurallarla beş güne çıkarıldığı, bu durumun masumiyet karinesine aykırılık oluşturduğu, delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

177. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

178. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (k) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 135., 139. ve 140. maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verebileceği, Cumhuriyet savcısının kararını beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunacağı, hâkimin kararını beş gün içinde açıklayacağı, aksi hâlde tedbirlerin kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

179. Kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallara ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında

yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

180. Anayasa'nın “Haberleşme hürriyeti” başlıklı 22. maddesinde *“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır./ Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar./ İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”* denilmiştir.

181. Kurallar belirli suçların işlendiğine ilişkin iddiaların soruşturulması ve kovuşturulmasında uygulanan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin karar alma süreçlerindeki süreleri düzenlemektedir. Bu nedenle kurallar özel hayatın gizliliğine, haberleşme hürriyetine ve adil yargılanma hakkına sınırlama getirmektedir.

182. Kurallarla öngörülen sınırlamayla savcılıklar ve mahkemeler tarafından daha düzenli, nitelikli ve sağlıklı bir inceleme yapılmasına imkân tanınmak suretiyle hatalı kararların önlenmesinin amaçlandığı, dolayısıyla sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

183. Bununla birlikte kurallar, Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haklara müdahale oluşturacak işlemler için öngörülen sürelerle çelişmektedir. Bu itibarla Anayasa'nın 22. maddesinin sözüyle bağdaşmayan kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

184. Kuralların yer aldığı bent, olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda iletişimin tespiti,

dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme işlemini düzenlemektedir. Düzenlemeye konu edilen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme işlemi ceza muhakemesinin etkili işleyişine hizmet eden koruma tedbirleridir.

185. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan çekirdek alan kapsamında olması nedeniyle olağanüstü dönemlerde dahi masumiyet/suçsuzluk karinesine aykırı düzenlemeler yapılamaz. Nitekim anılan maddede savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir.

186. Suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade eder. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.

187. Olağanüstü hâl süresince belirli suçlar için yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ceza muhakemesinde öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin karar alma sürecini belirleyen düzenlemeler bu işlemlerin birer tedbir olma özelliğini değiştirmez. Ceza muhakemesinin etkili işlemesi ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması için yargılama süreçlerinde kişiler hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması onların suçlu muamelesine tabi tutuldukları anlamına gelmez. Bu yönüyle kuralların Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hiçbir durumda dokunulamayan temel hak ve ilkelerden biri olan suçsuzluk karinesiyle çeliştiği söylenemez.

188. Öte yandan Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kuralların öngördüğü sınırlamaların durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığına yönelik inceleme bakımından da geçerlidir.

189. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 22. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 22. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J. Kanun'un 3. Maddesinin (I) Bendinde Yer Alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

190. Dava dilekçesinde özetle; ceza muhakeme hukukunun üç ayaklı bir sistem üzerine kurulu olduğu, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistemin toplu şekilde görev ifa ettiği ve hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek nihayetinde maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflediği, bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği veya birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden söz edilemeyeceği, savunmanın kamusal bir faaliyet olarak ceza muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturduğu, savunmanın olmadığı ya da savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir yargılama sisteminde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesine göre, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi hâlinde hâkim kararıyla müdafinin dosyaya erişiminin sınırlanabildiği, dava konusu kuralla ise Cumhuriyet savcısının kararıyla dosyaya erişiminin kısıtlanmasına imkân sağlandığı, kuralın silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmadığı, savunma makamının hak ve yetkilerinin *soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek* gibi soyut ve nesnel ölçütlere bağlanmamış bir nedenle ve tüm soruşturma safhasını kapsayacak tarzda kısıtlanmasının insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

191. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesi yönünden de incelenmiştir.

192. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (I) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince yürütülen soruşturmalarda müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilmesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

193. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

194. Etkin ve adil bir soruşturmanın gereklerinden biri, soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke sayesinde, bir taraftan soruşturma işlemlerinin açığa çıkmasının önüne geçilerek delillerin karartılması ve soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi, diğer taraftan da kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesi önlenmektedir. Bu yönüyle soruşturmanın gizliliği, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir zorunluluk arz etmekte hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan *suçsuzluk karinesinin* gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

195. Kişilere yargı mercileri önünde dava ve savunma hakkının tanınması *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama* ilkeleri ışığında, hakkaniyete uygun yargılamanın da temelini oluşturmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren

görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun imkânların sağlanması anlamına gelmektedir (AYM, E.2016/191, K.2017/131, 26/7/2017, § 64).

196. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan müdafie de müvekkilini yeterince savunabilmesi için soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadan örnek alma hakkı tanınması, adil bir yargılama yönünden büyük öneme sahiptir. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup özellikle tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmek için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması adil bir yargılamanın gereğidir.

197. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yapılan soruşturmalarda müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin belirli koşullarda Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilmesini düzenlemektedir. Bu hâliyle kuralın, müdafinin dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirmek suretiyle silahların eşitliği ilkesine, savunma hakkına ve hürriyeti kısıtlanan kişinin kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sınırlama getirdiği açıktır.

198. Kuralın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi kaydıyla müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisini kısıtlamak suretiyle soruşturmanın sağlıklı bir şekilde ilerlemesini sağlamaya yönelik olduğu dolayısıyla meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

199. Ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşmanın ön şartını da adil ve etkin bir şekilde yürütülen ceza soruşturması oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma evreleri bir bütün olup adil yargılanma hakkı, kovuşturma evresinde olduğu gibi soruşturma evresi yönünden de geçerlidir.

200. 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde, Kanun'un başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilerek soruşturmanın gizliliği ilkesi benimsenmiştir. Anılan Kanun'un 160. maddesinde Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere işin gerçeğini araştırmaya yetkili, şüphelinin lehinde ve aleyhinde olan tüm delilleri toplamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

201. Özellikle üçüncü şahısların temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla, soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasını öngören kuralın soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlama amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir.

202. Bu açıdan bakıldığında kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine Cumhuriyet savcısının kararıyla mutlak bir engel getirildiği görülmektedir. Kural soruşturmanın yürütülmesi sırasında Cumhuriyet savcısının ulaştığı tüm delillere yine kendisinin kararıyla savunmanın erişimine kapatılabilmesine neden olabilecek niteliktedir. Bu durum ise adil yargılanma hakkının ilkelerinden olan silahların eşitliği prensibine orantısız bir müdahale oluşturmaktadır. Başkalarının temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatini korumak gibi nedenlerle olsa dahi yargılamanın ayrılmaz bir parçası olan savunmanın soruşturma aşaması boyunca mutlak olarak dosyaya erişiminin savcılık makamının kararıyla kapatılabilmesi olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin aradığı ölçünün ötesinde bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

203. Dava konusu kuralın düzenlediği konu gözönüne alındığında Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

204. Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulandığı andan itibaren avukata erişim hakkının sağlanması, kendisini suçlamama ve susma haklarının yanı sıra genel olarak adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir. Her davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde zorunlu sebepler ortaya çıkması hâlinde bu hak kısıtlanabilir ise de bu hâllerde dahi suç şüphesi altındaki kişinin savunma hakkına, telafisi mümkün olmayacak şekilde zarar verilmemesi gerekir (*Salduz/Türkiye* [BD], B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 55).

205. Sanığın müdafî yardımından yaralanmasıyla aynı zamanda kamu görevlilerinin haksız uygulamalarının önlenmesi, adli hataların oluşmaması, sorgulama veya iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin sağlanması başta olmak üzere adil yargılanma hakkının barındırdığı amaçların gerçekleştirilmesi de sağlanmış olacaktır (*Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 63; *Dağdelen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 1767/03, 25/11/2008, § 116).

206. Bu bakımdan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlanma en az kovuşturma aşaması kadar önemlidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilir ve bu savunmasızlık ya da kendini suçlamaya karşı koruma hakkı ancak bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015, § 135).

207. Kural olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, yapılacak soruşturmalarda Cumhuriyet savcısının

kararıyla müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisini kısıtlamaktadır. Olağanüstü hâl döneminde yapılan suç soruşturmalarında da şüpheli masumiyet karinesinden faydalanmaktadır. Nitekim Anayasa'ya göre masumiyet karinesinin varlığı olağanüstü dönemlerde dahi kaldırılamaz. Kural ise soruşturma süresince dosyaya erişimin ve belgelerden örnek almanın kısıtlanması yetkisini istisnasız olarak Cumhuriyet savcısına tanımaktadır. Soruşturmanın gizlilik içinde yürütülmesinin ve bazı delillere ulaşılmasının kısıtlanmasının meşru amacı olmasına karşın kısıtlamanın mutlak olması savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına imkân vermemektedir. Bunun yanı sıra Cumhuriyet savcısının verdiği kısıtlama kararına karşı bir güvence de öngörülmemektedir. Bu itibarla kural savunma hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkına durumun gerektirdiği ölçünün üzerinde bir sınırlama getirmektedir.

208. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 19. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 15., 19. ve 36. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K. Kanun'un 3. Maddesinin (m) Bendinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

209. Kanun'un 3. maddesinin (m) bendi 684 sayılı KHK'nın 11. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu değişiklik 1/2/2018 tarihli ve 7074 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

210. Açıklanan nedenle konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

L. Kanun'un 4. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasıyla 652 sayılı KHK'ya Eklenen Ek 4. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

211. Dava dilekçesinde özetle; öğretmenliğin devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleği

olduğu, bu nedenle çalıştırılma koşullarının da özel olarak belirlenmesi gerektiği, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) fıkrasının üçüncü paragrafında Millî Eğitim Bakanlığının (Bakanlık) norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacını kadrolu öğretmen istihdamı ile kapatamaması durumunda sözleşmeli öğretmen atanabileceğinin hükme bağlandığı ancak dava konusu kuralın norm kadro uygulaması nedeniyle kadrolu öğretmen istihdam edememesi gibi bir durum olmaksızın sözleşmeli öğretmen istihdamını mümkün hâle getirdiği, böylece asli ve sürekli görev olması nedeniyle kadrolu memurlarca yürütülmesi gereken öğretmenlik mesleğinin sözleşmeli personel eliyle gördürülmesinin devamlı bir uygulama hâline dönüştürüldüğü, kuralla okullarda sözleşmeli ve kadrolu öğretmenlik olarak iki tür istihdam usulünün ortaya çıkacağı, aynı okuldaki aynı branşta çalışan öğretmenlerden bazılarının iş güvencesine sahip olacağı, bazılarının ise bu güvenceden mahrum olacağı, eğitim ihtiyacının geçici olmayıp süreklilik arz ettiği, kuralda belirtilen sözleşmeli öğretmenlerin memur ya da diğer kamu görevlisi olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

212. 652 sayılı KHK'nın ek 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öncelikli kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde olmak üzere Bakanlığın boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilmesi öngörülmektedir. Anılan fıkranın "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

213. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkranın olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan fıkra olağan bir kanunda değişiklik yapmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

214. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" denilmektedir.

215. Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih, kanun koyucunun takdir alanı içindedir. *Diğer kamu görevlileri* kavramı, söz konusu asli ve sürekli görevlerde kamu hukuku ilişkisiyle çalışan fakat memur ve işçi olmayan kişileri kapsamaktadır.

216. Kamu hizmeti geniş tanımıyla devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

217. Anayasa'nın 42. maddesinin üçüncü fıkrasında; eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtilmiştir. 14/6/1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 56. maddesinde eğitim ve öğretim hizmetinin anılan Kanun hükümlerine göre devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Bakanlığın sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan Kanun'un 43. maddesine göre de öğretmenlik devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleği olarak tanımlanmış olup öğretmenler bu görevlerini Türk millî eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlü kılınmıştır.

218. Anayasa'nın 128. maddesine göre devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilecektir.

219. Sözleşmeli öğretmenlerin Anayasa'nın anılan maddesinde sayılan memurlar kapsamında olmadığı kuşkusuzdur. İdare ile aralarındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmaması ve gördükleri hizmetin niteliği nedeniyle işçi de sayılamazlar. Bu kişiler, idarenin ihtiyaç duyması sonucunda ve Kanun'da belirtilen şartları taşımaları kaydıyla idarenin kendileriyle idari hizmet sözleşmesi imzalamak suretiyle çalıştırdığı sözleşmeli personeldir (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

220. Bakanlığın yürüttüğü eğitim ve öğretim hizmetleri niteliği itibarıyla belli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir. Bu hizmetleri yerine getirmek üzere yeterli kadrolu öğretmen istihdamının sağlanamaması durumunda sözleşmeli öğretmen olarak istihdam edileceklerde de öğrenim durumu ve diğer yönlerden Bakanlık kadrolarında görev yapan emsali kadrolu öğretmenlerde aranan genel ve özel şartlar aranmaktadır. Sözleşmeli çalışacak öğretmenler ile Bakanlık (Bakanlığı temsilen il ya da ilçe millî eğitim müdürü) arasında idari hizmet sözleşmesi imzalanmaktadır. Sözleşmeli öğretmenler, görev yaptıkları eğitim kurumlarındaki emsali kadrolu olan öğretmenler için öngörülen görev ve sorumlulukları yerine getirmekle yükümlüdür. Çalışma saat ve süreleri, emsali kadrolu öğretmenler için belirlenen çalışma saat ve süreleriyle aynıdır. Sözleşmeli öğretmenler, hizmet sözleşmesine göre sözleşme yapmış oldukları öğretmenlik alanı dikkate alınarak emsali kadrolu öğretmenlerin alanları itibarıyla haftada okutmak zorunda oldukları aylık karşılığı kadar ders görevini yapmak zorundadır. Ücretleri idare tarafından ödenmektedir.

221. Tüm bu hususlar gözetildiğinde sözleşmeli öğretmenler tarafından sunulacak eğitim ve öğretim hizmetlerinin, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli öğretmenler de *diğer kamu görevlileri* kapsamında yer almaktadır (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

222. Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu eğitim ve öğretim hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin kadrolu öğretmenler ya da Anayasa'nın 128. maddesindeki *diğer kamu görevlileri* kapsamında yer alan sözleşmeli öğretmenler tarafından yürütülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda öncelikli kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde yaşanabilecek öğretmen eksikliğinin sözleşmeli öğretmen istihdamıyla giderilmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu söylenemez.

223. Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler*

eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

224. Anayasa’nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

225. Kadrolu öğretmenler 657 sayılı Kanun’un 4/A maddesine tabi memur statüsündeki kamu görevlileridir. Memur ile idare arasındaki ilişki, yasama organı tarafından hizmetin gereklerine göre düzenlenmektedir. Bu ilişki, karşılıklı anlaşmaya dayanarak saptanmamaktadır. Memur ile kamu yönetimleri arasındaki hizmet ilişkileri kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Memur, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme, nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır. Memuriyete giriş bir kadroya atanmakla gerçekleşmektedir. Memur ile idare arasında sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.

226. Sözleşmeli öğretmenler ise 657 sayılı Kanun’un 4/B maddesine tabi sözleşmeli personel statüsündeki kamu görevlileridir. Sözleşmeli personel, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan (atamayla) oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Memurlar, içeriği taraflarca belirlenemeyen bir statüye atanırken, sözleşmeli personel kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmaktadır. Sözleşmeli personel istihdamı, özel meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması ve gereksinimin memur tipi istihdamla karşılanamayacak olması koşullarına bağlanmıştır.

227. Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir kanunun aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. 657 sayılı Kanun'un 4/A maddesine tabi memur statüsünde çalışan kadrolu öğretmenler ile 4/B maddesi kapsamındaki sözleşmeli personel statüsündeki sözleşmeli öğretmenlerin aynı hukuksal konumda olmadığı açıktır. Farklı hukuksal konumda olanların farklı hukuksal düzenlemelere tabi olmalarının eşitsizliğe yol açtığı ileri sürülemez (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

228. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 10. ve 128. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

M. Kanun'un 4. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasıyla 652 sayılı KHK'ya Eklenen Ek 4. Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...sözlü sınav başarı sırasına göre..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

229. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla öğretmen atamalarında nesnel bir ölçüt olan Kamu Personel Seçme Sınavı (KPSS) puanının yanı sıra Bakanlık tarafından yapılacak sözlü sınavda başarılı olma ölçütünün getirildiği, bu ölçütün liyakat esası gözetilmeyen keyfi atamaların yapılmasına zemin sağlayacağı, söz konusu durumun hukuk devletinin en önemli koşulları olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı, öğretmenlerin mesleğe kabulünün sözlü sınava bağlanmasında herhangi bir kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

230. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 70. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

231. 652 sayılı KHK'nın ek 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde sözleşmeli öğretmenlerin, 657 sayılı Kanun'un

48. maddesinde öngörülen genel şartlar ile öğretmen kadrosuna atanabilmek için aranan özel şartları taşıyanlardan KPSS puan sırasına konulmak kaydıyla alım yapılacak her bir pozisyonun üç katına kadar aday arasından Bakanlık tarafından yapılacak sözlü sınav başarı sırasına göre atanacağı öngörülmüştür. Anılan cümlede yer alan “...sözlü sınav başarı sırasına göre...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

232. Kuralın yer aldığı cümlelerin olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliği olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan cümle olağan bir kanunda değişiklik yapmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa’nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

233. Anayasa’nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında “*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*” denilmiş; ikinci fıkrasında ise “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” hükmüne yer verilmiştir.

234. Dava konusu kural öğretmenliğe atanmayı sözlü sınav başarı sırası şartına bağlamak suretiyle kamu hizmetine girme hakkına bir sınırlama getirmektedir.

235. Anayasa’nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği öngörülerek bir yandan kamu hizmetine alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmış, diğer yandan da söz konusu şartlar belirlenirken bu hakka getirilecek sınırlamaların ancak görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması hâlinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre kamu hizmetine girme hakkına koşul belirlemek suretiyle getirilecek sınırlama görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir şarta bağlanamaz. Bu husus, anılan maddenin gerekçesinde “...*Kamu hizmetine alınacak memur ve kamu görevlileri ile ilgili düzenlemede bu hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek hükümler getirilmiştir*” biçiminde vurgulanmıştır.

236. Temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kuralların Anayasa’nın 13. maddesine uygunluğu denetlenirken sınırlamayla haklı

kılan sebebin bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Sözleşmeli öğretmen olarak atanabilmek için sözlü sınav şartının öngörülmesinin ve bu sınava katılacakların atanacak kadro sayısının üç katı ile sınırlandırılmasının, görevin gerektirdiği niteliklere sahip en iyi adayı seçebilmek şeklindeki meşru bir amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kuralın taşıdığı meşru amacın yanı sıra anılan hakka yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi de gerekir.

237. İdareye yapacağı işlem ve eylemlerde sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin tanınması, kamu hizmetlerinin eksiksiz ve kesintisiz olarak sunulması için gereklidir. İdarenin bütün işlem ve eylemlerinin nihai amacı kamu yararı olduğundan idareye takdir yetkisi tanınmasının nedenlerinden biri de kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıdır. Diğer bir ifadeyle kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla idareye sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin verilmesi toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanabilmesi için kaçınılmazdır. Bu nedenle getirilen sınırlamanın elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez. Ancak idareye tanınan takdir yetkisinin hukuk içinde keyfilik içermeyecek şekilde ölçülü olarak kullanılması gerekir.

238. Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, hukuki statüleri kanunlarla oluşturulan ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir. Kanun koyucu, dava konusu kuralla kamu yararı anlayışından hareketle Bakanlığa sözleşmeli öğretmen istihdamında belirli objektif koşullar doğrultusunda KPSS puanını esas almak suretiyle sözlü sınav yapma yetkisi tanımış ve takdir yetkisini bu yönde kullanmıştır. Söz konusu tercih kanun koyucunun anılan görevlere atanmada kamu yararını sağlamaya dönük takdir yetkisinin kullanımından ibarettir. Sözlü sınav öngörülmesiyle kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise subjektif bir husus olup anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

239. Hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri de idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulabilmesidir. Yargısal denetim idareyi hukuka bağlı kılmakta ve keyfî işlemlerin

iptalini sağlamaktadır. Dava konusu kuralla hükme bağlanan sözlü sınavı yargısal denetimden muaf tutan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Bakanlığın dava konusu kural ile kendisine tanınan atama yetkisini kullandığı her durumda, ilgililer bu atama yetkisine ilişkin idari kararları yargı organları önüne taşıyabilecek ve denetime tabi tutabileceklerdir.

240. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 70. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 70. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

N. Kanun'un 37. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

241. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın kapsadığı kişiler için mutlak bir sorumsuzluğun öngörüldüğü, kural kapsamındaki karar, görev ve fiilleri gerçekleştirenlerin hiçbir zaman ve hiçbir şekilde sorumluluklarının söz konusu olmayacağı, bu itibarla kuralın yapılabilecek hukuksuzlukların giderilmesine imkân tanımadığı, mutlak sorumsuzluğun ancak hukuk devleti olmayan rejimlerde geçerli olabileceği, Anayasa'nın düzenlediği olağanüstü yönetim usullerinin hukuk içinde kalan, demokratik hukuk devletinin esaslı öğelerine bağlı anayasal bir rejim olduğu, kuralın yaşam hakkını ihlal eder nitelikteki fiillerin soruşturulup kovuşturulmasına dahi engel oluşturabileceği, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmadığı, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme ilkesine aykırılık oluşturduğu, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit ve tehlikeyi ortadan kaldırma amacını gerçekleştirmek için elverişli ve zorunlu bir tedbir olmadığı, aksine kamu görevlilerinin Anayasa ve hukuk dışına çıkmalarını mazur gösterici hatta teşvik edici bir niteliği olduğu, sorumsuz tutulan kişileri ayrıcalıklı bir konuma getirdiği, adil olması gereken hukuk düzenini zedelediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 15., 17., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

242. Dava konusu kural 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının doğmayacağını öngörmektedir. Buna göre kuralın amacının olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu açıktır. Ancak kuralın kapsamına aldığı olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan karar veya tedbirlerin birçoğunun sadece olağanüstü hâl döneminde uygulanma imkânı varken bir kısmının olağan dönemde de uygulanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla kural sadece olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olmadığından kuralın Anayasa'nın olağan dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre incelenmesi gerekir.

243. Kuralda yer alan “...kişiler...” ibaresinin kamu görevlilerini ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim kurala dava tarihinden sonra 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 121. maddesiyle eklenen (2) numaralı fıkrada yer alan “*Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın...*” ibaresi ile özel kişiler hakkında da aynı düzenleme yapılmıştır.

244. Kurala göre 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Kuralda belirtilen söz konusu karar ve görevler incelendiğinde bunların olağanüstü hâlin ilanına neden olan şartların ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler kapsamında verilen *kanuni yetkilerin* icra edilmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

245. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

246. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir.

247. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır.

248. Anayasa Mahkemesi 16/7/2020 tarihli ve E.2018/31, K.2020/38 sayılı kararında kuralda yer alan “...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ibaresinin kuralı belirsiz hale getirdiğinin söylenemeyeceğini, zira kanun hükümlerinin belli bir düzeyde genel olmasının, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklandığını, anılan ibareye 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmaması nedeniyle yer verilmiş olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca aynı kararda kuralda yer alan “...devamı...” ibaresinin gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin anlık fiiller olmaması nedeniyle belirli bir zaman aralığına yayıldığını ve bu zaman aralığının da 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasındaki *sınırlı zamanda* meydana gelen fiilleri kapsadığını tespit etmiştir (bkz. §§ 22, 23).

249. Kanunların verdiği yetkinin kullanılması ya da kanunlarca verilen görevlerin yerine getirilmesi veya bu kapsamda kararlar alınması, hukuk sistemimizce hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sistemiyle tamamıyla uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumluluğu söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, mali ve cezai sorumluk yüklenemez. Kanunla verilmiş olan bir görevin yerine getirilmesi ya da bu kapsamda bir karar alınması, kişiye verilmiş bir görevken aynı zamanda bu görevin yerine getirilmesinin hukuka aykırılık oluşturması çelişkiye sebep olur. Bu nedenle kişilerin kanunlarca verilmiş olan görevleri kanuni usul ve esaslara uygun olarak yerine getirmeleri ya da bu kapsamda karar almaları sonucunda hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının doğmaması tabiidir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 132).

250. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurguladığı üzere demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukuku dışlayan, keyfî yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir.

251. Bu bağlamda kural bir yargılama engeli getirmemektedir. Haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında görev gereği ya da görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirileceği kuşkusuzdur. Bu değerlendirme sonucunda varılan sonucun görevle ilgili olmadığı ya da bunun sınırlarının aşıldığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir. Kuralda belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığı tartışmasızdır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 134).

252. Kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görevlerin önemli bir kısmı olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı

olan tedbirlerin icrasına yöneliktir. Bu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin olarak verilen görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâlin sebeplerinin ortadan kaldırılmasında görevlilerin çalışmalarında başarılı olmalarını, çekinmeden görev yapmalarını ve bu suretle bir an önce olağan döneme geçilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

253. Öte yandan kural kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin yerine getirdikleri görev ve kararları nedeniyle sorumlu tutulmamalarının nedeni bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanınarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran bir imtiyaz tanımak değildir. Bunun nedeni olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yönelik görevlerin herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla söz konusu kuralın eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır.

254. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 15., 17., 36. ve 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

O. Kanun'un 38. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

255. Dava dilekçesinde özetle; yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâlinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile sınırlandırılabilceğinin Anayasa'da belirtildiği, başka bir ifadeyle Anayasa'nın olağanüstü hâllerde yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin ortadan kaldırılmasına izin vermediği, yalnızca belirli nedenlerle bunun sınırlandırılmasına imkân tanıdığı, fakat dava konusu kuralın yürütmeyi durdurma kararının verilmesini tümünden kaldırdığı, bunun Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

256. Kural olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngörmektedir. Kural olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresini aşacak biçimde uygulanmaya imkân vermektedir. Başka bir ifadeyle kural olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu durumda kurala ilişkin incelemenin Anayasa'nın olağan dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre yapılması gerekir.

257. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* kuralına yer verilmiştir. İdari eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olması demokratik hukuk devletin *olmazsa olmaz* koşuludur. Anılan hükmün benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

258. Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçların hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararı verilinceye kadar mevcudiyetini sürdürmesine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idarenin hem olası bir tazmin yükünden kurtarılması hem de hukuk sınırları içinde kalması sağlanarak hukuk devletin kesintiye uğramadan devamını temin etmek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

259. Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararıyla dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır. Ancak verilen yürütmeyi durdurma kararı dava konusu uyumsuzluğu sonlandıran nihai bir karar değildir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 142).

260. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş hâlinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

261. Dava konusu kuralda ise -Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E.2016/205, K.2019/63 sayılı kararında da kabul edildiği üzere- herhangi bir ayırım yapılmaksızın olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda olağanüstü hâl süresinin sona ermesinden sonraki süreyi de kapsar şekilde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği başka bir ifadeyle yürütmenin durdurulması kararının verilme imkânının tümüyle ortadan kaldırılması düzenlendiğinden söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasıyla açıkça çelişmektedir (§ 144).

262. Kural olağanüstü hâl döneminde de uygulama alanı bulmuştur. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı biçimde sınırlandırmalara Anayasa belirli koşullarda imkân tanımıştır. Bu bağlamda kuralın olağan dönemde Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde yapılan tespit, kuralın olağanüstü dönemle sınırlı uygulamasını kapsamamaktadır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 145).

263. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 125. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Ö. Kanun'un 39. Maddesinin “Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...” Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

264. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın Kanun'un 37. maddesinin geriye yürütmesine yol açtığı, hâlbuki kanunların geriye yürümezliği ilkesinin hukukun genel ilkelerinden olduğu, kuralla geriye yürütülen 37. madde ile hukuka aykırı işlem ve kararlara karşı yargı yolunun kapatıldığı, hukuki güvenlik ilkesinin zedelendiği, anılan hükmün geriye yürütülmesinin bu hüküm kapsamındaki kişilere ayrıcalık tanınmasına neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 15. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

265. Kanun'un 39. maddesi 37. maddenin 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer maddelerinin ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Anılan maddenin “*Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde...*” bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

266. Kuralın olağanüstü hâlin süresiyle sınırlı olmayan bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

267. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi de hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk

devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar kamu yararının ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi bazı istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır.

268. Kanun'un 37. maddesinin hukuki niteliği ile anlam ve kapsamı maddeye ilişkin *"Anayasa'ya Aykırılık Sorunu"* başlığı altında ortaya konulmuştur. Bu bağlamda kuralın hukuki niteliği hukuk sisteminde var olan hukuka uygunluk nedenlerinin özel olarak açıklanmasıdır. Diğer bir ifadeyle anılan hüküm açıklayıcı niteliktedir. Buna göre kuralda kişilerin hukuki durumları ile temel hak ve özgürlüklerini etkileyecek nitelikte bir geriye yürüme durumu söz konusu değildir. Bu çerçevede kuralın kişilerin hukuki güvenliğini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

269. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 15. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

270. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

271. 6755 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan fıkranın ikinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

272. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme

Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

A. 1. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasına,

2. 3. maddesinin;

a. (ç) bendinde yer alan "...dosya üzerinden..." ibaresine,

b. (l) bendinde yer alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." ibaresine,

3. 38. maddesine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 3. maddesinin;

a. (c) bendinde yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde,..." ibaresine,

b. (e) bendinde yer alan "...bir kişi..." ibaresine,

c. (g) bendinde yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresine,

ç. (h) bendinin;

i. Birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. İkinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

d. (ı) bendinin;

i. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. Dördüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

e. (i) bendinin birinci cümlesine,

f. (j) bendinin;

i. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. Üçüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

g. (k) bendinin;

i. İkinci cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresine,

ii. Üçüncü cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresine,

2. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

a. (1) numaralı fıkrasının “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.” bölümüne,

b. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...sözlü sınav başarı sırasına göre...” ibaresine,

3. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

4. 39. maddesinin “Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...” bölümüne,

yönelik iptal talepleri 24/12/2020 tarihli ve E.2017/21, K.2020/77 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra, cümleye, bölümlere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 3. maddesinin;

1. (a) bendinde yer alan “...otuz günü...” ibaresi,

2. (m) bendinin birinci cümlesi,

hakkında 24/12/2020 tarihli ve E.2017/21, K.2020/77 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu cümle ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

24/12/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme

Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

A. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI'nın karşioyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2. İkinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 3. maddesinin;

1. (a) bendinde yer alan "...otuz günü..." ibaresine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

2. (c) bendinde yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. (ç) bendinde yer alan "...dosya üzerinden..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

4. (e) bendinde yer alan "...bir kişi..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

5. (g) bendinde yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

6. (h) bendinin;

a. Birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. İkinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

7. (ı) bendinin;

a. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Dördüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

8. (i) bendinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

9. (j) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

10. (k) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11. (l) bendinde yer alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

12. (m) bendinin birinci cümlesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

C. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

1. (1) numaralı fıkrasının "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

2. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...sözlü sınav başarı sırasına göre..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 38. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

E. 39. maddesinin "Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

24/12/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞI OY

Mahkememiz çoğunluğunca 6755 sayılı Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrasına yönelik yapılan değerlendirmede, söz konusu düzenlemenin olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulanmaya imkân verdiğinden hareketle değerlendirme kriteri olarak Anayasanın 13. maddesi temel alınmış ve bu suretle ihlal sonucuna ulaşmıştır.

Çoğunluğun düzenlemenin olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulama yapılmasına imkân verdiği bu nedenle olağan dönem düzenlemesi sayılması gerektiği yönündeki kanaati, söz konusu düzenleme muhtevasında uygulamanın olağanüstü hâl süresince yapılacağı şeklinde bir hükme yer verilmemiş olma noktasına dayanmaktadır. Zira söz konusu Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında madde metnindeki düzenlemelerin “olağanüstü hâlin devamı süresince geçerli olacağı” yönünde sarıh bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Madde metinlerinde, düzenlemelerin olağanüstü hâl süresince geçerli olacağı yönünde bir hükme yer verilmemesi, onların olağanüstü hâl dönemleri dışında da uygulanacağı anlamını içerdiği şeklinde yorumlanamaz.

İptal istemine konu olan 6755 sayılı Kanun açısından konuya bakıldığında böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün gözükmediği sonucuna varılmaktadır. Zira Kanunun amaç ve kapsamının düzenlendiği 1. maddesine bakıldığında amacın; olağanüstü hâl kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması gereken tedbirlere ilişkin olduğunun açıkça vurgulandığı görülmektedir.

Olağanüstü hâl rejiminin istisnai bir uygulama olduğunda, bu kapsamda özellikle temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak alınan kısıtlayıcı tedbirlerin de istisnai nitelik taşıdığına tereddüt bulunmamaktadır. 6755 sayılı Kanunda olduğu gibi, amacı olağanüstü halin ilanına sebep olan durumlara karşı tedbir alma olan düzenlemeler istisnai niteliktedirler. Aksine bir düzenleme olmadığı sürece olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulanmaları imkânı bulunmamaktadır. Bu durum istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği kuralına da uygunluk arz etmektedir. Aksi yönde bir yorum tarzının kabul edilmesi halinde istisnai dönemlerde yapılan kısıtlayıcı düzenlemelerin otomatik

olarak kalıcı hale gelmesi gibi bir sonuçla karşılaşma riski ortaya çıkmaktadır.

Esasen Anayasal bir önemi bulunmakla birlikte, konu incelendiğinde, 6755 sayılı Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının tamamının, olağanüstü hâl dönemi içerisinde olmak üzere; 2016 yılında 25, 2017 yılında ise 1 kez olmak üzere toplamda 26 defa uygulandığı anlaşılmaktadır. Fiiliyatta dönem dışına taşan bir uygulamanın bulunmadığı görülmektedir.

İnceleme konusu yapılan kanun hükmünün olağanüstü hâl dönemi dışına taşacak şekilde uygulanmasının Anayasanın 13. maddesinde yer alan kriterler çerçevesinde Anayasaya aykırılık oluşturacağı açıktır. Ancak gerek Kanunun amaç ve kapsam maddesinde getirilen düzenleme, gerekse fiili kabul ve uygulama bu düzenlemenin bir olağanüstü hâl dönemi düzenlemesi olduğunu göstermekte olup, bu durum anayasaya uygunluk denetiminin 15. maddede yer alan kriterlere göre yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Öte yandan çoğunluk tarafından kuralın olağanüstü hâl dönemi sonrası uygulanabilirliği gerekçe gösterilmek suretiyle, konunun hiçbir uygulamasının bulunmadığı bir döneme mahsus değerlendirilip, olağanüstü hâl dönemine dair bir değerlendirmeden kaçınılması anayasaya uygunluk denetimi açısından bir eksiklik teşkil etmektedir.

İptal talebinde bulunanlar dönem ayrımı yapmaksızın, sadece olağanüstü hâl sonrası dönem için değil, esas uygulamaların yapıldığı OHAL dönemi içinde iptal talebinde bulunmuşlardır. Bu döneme dair bir değerlendirme yapılmaması iptal talebinde bulunan ve bu haklarını mevzuat gereği bir daha kullanma imkanı olmayan talep sahipleri açısından da istemlerinin eksik değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Çoğunluğun değerlendirme tarzı itibarıyla iptal istemine konu hükmün OHAL dönemine ilişkin anayasal durumu cevaplanmamış bir soru olarak kalmaktadır. Anayasa Mahkemesinin işlevi önüne getirilen davaları azami ölçüde vuzuha kavuşturmadır. Bu dava özelinde talepleri yarım cevaplamak ile hiç cevaplamamak arasında özü itibarıyla çok büyük bir fark bulunmamaktadır.

İptal talebine ilişkin değerlendirme zamanlama itibariyle OHAL dönemi içerisinde yapılmış olsaydı çoğunluğun tespitinde yer alan gerekçelerle iptal sonucuna ulaşılması halinde dahi en azından iptal hükmünün yürürlüğe girmesi noktasında OHAL şartlarına ilişkin bir değerlendirme yapılması elzem olacaktı. OHAL'in sona ermiş olması, Kanunlaşan kanun hükmünde kararnameler açısından yapılan anayasaya uygunluk denetimlerinde dönemin şartlarının değerlendirilmemesi gibi bir sonucu doğurmasını gerektirir.

6755 sayılı Kanunun 38. maddesinin birinci fıkrasıyla “olağanüstü hâl süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez” denilmek suretiyle getirilen kısıtlama, çoğunluk tarafından OHAL süreci ile kısıtlı uygulanacağı yönünde bir hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Kanunun amaç ve kapsamının belirlendiği birinci maddesine dair yukarıda yapılan açıklamalara ek olarak 38. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin süre yönünden uygulanmasına ilişkin kendi muhtevasında da bazı kısıtlamalar bulunmaktadır.

OHAL kararnamelerinin biri dışında kararname olarak yürürlükte bulunan bir mevzuat bulunmamaktadır. Bu nedenle OHAL sonrası bu dönemin kararnamelerine yönelik olarak bir yürütmenin durdurulması işleminin tesis edilmesi mümkün değildir.

Düzenleme muhtevasında yer alan ikinci hüküm ile OHAL süresince yapılan işlemlere yönelik yürütmenin durdurulması kararı verilmesi zaman itibariyle artık mümkün değildir.

Yukarıda ifade edildiği gibi istisnai olan OHAL dönemi mevzuatı ile getirilen kısıtlamalarının aksi açıkça düzenlenmediği sürece dönem sonrasına tatbikinin mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz.

Açıklanan nedenlerle 6755 sayılı Kanunun 2/4 ve 38/1. maddelerinde yer alan düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2019/71
Karar Sayısı : 2020/82
Karar Tarihi : 30/12/2020
R.G.Tarih-Sayısı : 24/2/2021-31405

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 137 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 18/4/2019 tarihli ve (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin,

B. 3. maddesiyle (14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 26. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “*Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün...*” ibaresinin “*Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının...*” şeklinde değiştirilmesinde bulunan “*...ile Anadolu Ajansının...*” ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 104., 133. ve 161. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALLARI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK);

1. 2. maddesiyle (14) numaralı CBK'nın değiştirilen 14. maddesi şöyledir:

“Anadolu Ajansı

MADDE 14- (Değişik:RG-19/4/2019-30750-C.K.-33/2 md.)

(1) Başkanlık her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Anadolu Ajansı ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olup; Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahiptir. Bu denetime ilişkin usul ve esaslar Başkanlıkça belirlenir. Yapılacak sözleşmede Anadolu Ajansı yöneticilerinin atanma yolları da belirlenir.”

2. 3. maddesiyle (14) numaralı CBK’nın değiştirilen 26. maddesinin iptali talep edilen kuralın da yer aldığı (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle kurulan Başkanlığın görev alanına giren konulara ilişkin olmak kaydıyla mevzuatta;

a) Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının bağlı ya da sorumlu olduğu Bakana yapılan atıflar İletişim Başkanına,

b) Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğüne yapılan atıflar İletişim Başkanlığına; Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürüne yapılan atıflar İletişim Başkanına; Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün diğer birim ve yöneticilerine yapılmış atıflar İletişim Başkanlığının ilgili birim ve yöneticilerine,

yapılmış sayılır.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU’nun katılımlarıyla 26/6/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Taylan BARIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralları,

dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükûmet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin Cumhurbaşkanı'na tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer

bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde *"Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin"* CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, §

57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın, yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK'ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. CBK'nın 2. Maddesiyle (14) Numaralı CBK'nın Değiştirilen 14. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; kamu yardımı almasına rağmen özel şirket niteliğini haiz olan Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinin (Ajans) denetimine dair kanunlarda düzenlemelerin bulunduğu, harcamaların yıllık bütçelerle yapılması nedeniyle Ajans ile sözleşme yapılmasını öngören kuralın kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğu, kural ile getirilen denetim yetkisinin kurumun özerkliği ve tarafsızlığıyla bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 104., 133. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 161. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104.

maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kuralla İletişim Başkanlığının (Başkanlık) her yıl kendi bütçesinin Ajans bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Ajans ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olduğu; Ajansın faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahip olduğu düzenlenmektedir. Ayrıca anılan denetime ilişkin usul ve esasların Başkanlıkça belirleneceği ve Başkanlık ile Ajans arasında yapılacak sözleşmede Ajans yöneticilerinin atanma yollarının da belirleneceği hüküm altına alınmaktadır.

17. Ajans 6 Nisan 1920'de kurulmuş, 7 Haziran 1920'de kabul edilen *Matbuat ve İstihbarat Müdüriyeti Umumiyesi Kanunu* ile genel müdürlük içindeki bir birim olarak düzenlenmiştir. 1925 yılında Matbuat Müdüriyeti Umumiyesinden ayrılarak özel hukuka tabi bir şirket hâline getirilen Ajans, faaliyetlerine hâlen özel hukuk tüzel kişisi olarak devam etmektedir.

18. Ajansın şirket olarak amacı ve konusu, yurt içinde ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız, çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü, multimedya istihbaratı yaparak topladığı istihbaratı basın ve yayın abonelerine ulaştırmaya, kendi yazılımını ve donanımını gerçekleştirebilmek için araştırma geliştirme faaliyetleri yürüterek bu yazılımları ve donanımı yurt içi ve yurt dışında uluslararası alanlarda pazarlamaya, basın yayın ile ilgili her türlü konuda film hazırlama, araştırma ve tanıtım yapma, sponsor olma gibi faaliyetlerde bulunmaya, amaçlarını gerçekleştirebilmek için gerekli her türlü araç ve gereci, taşınır ya da taşınmaz malları edinerek edindiği bu taşınır ve taşınmaz malları satmaya kadar geniş bir alan oluşturmaktadır (AYM, E. 2015/60, K. 2016/2, 13/1/2016, § 7).

19. Dava konusu kural ile temel olarak Ajans ile devlet arasındaki ilişki düzenlenmekte; yürütmenin içinde hangi birimin Ajans ile sözleşme yapmaya yetkili olduğu, bu yetkiye bağlanan hüküm ve sonuçlar belirlenmektedir.

20. Kural, Ajansa yönelik olarak yürütmedeki görev paylaşımıyla bu paylaşım neticesinde yetkilendirilen Başkanlığın Ajans ile sözleşme yapabilmesine ve Ajansı denetleyebilmesine dair hükümler içermekte olup Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında *yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu* düzenlemektedir.

21. Öte yandan kural; Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesi yasaklanan İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlere ilişkin herhangi bir düzenleme de içermemektedir.

22. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi uyarınca CBK'lar bakımından aranan bir diğer husus, CBK kuralının Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin olmaması gereğidir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir.

23. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre *“İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.”* Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında *“Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir.”* denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması yönünden CBK'larla düzenleme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

24. Bu bağlamda Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 31).

25. Anayasa'nın *“Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar”* başlıklı 106. maddesinin on birinci fıkrasında, bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile düzenleneceği öngörülmüş olup Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlara ilişkin ayrıca bir hükme yer verilmemiştir.

26. 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde Cumhurbaşkanı'na ilk elden CBK çıkarma yetkisi verilmesinin amacı, yeni hükûmet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde ihtiyaç duyduğu konularda düzenleme yapabilmesini sağlamak olarak açıklanmaktadır (bkz. § 5).

27. Bu kapsamda CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematiğine ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır.

28. Bu itibarla kuralın ilişkin olduğu Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların görev ve yetkisi konusunun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenmesi açıkça hükme bağlanmış olan bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir.

29. Ajansın da kapsamında yer aldığı kamuyla ilişkili haber ajansları, Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Anılan fıkra da söz konusu ajansların kanunla düzenlenmesi kaydı bulunmamaktadır. Dolayısıyla yürütmenin içinde hangi birimin Ajans ile sözleşme yapmaya yetkili olduğunun ve bu yetkiye bağlanan hüküm ve sonuçların CBK'yla düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

30. 1925 yılından bu yana anonim şirket şeklindeki özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenen Ajans, bu yapısı nedeniyle bütçeden doğrudan pay almamaktadır. Ancak Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere kamu tüzel kişilerinden yardım alan bir haber ajansı niteliğindedir. Bu nedenle Ajansa yapılacak ödemeler merkezî bütçede Ajans ile ilişkilendirilen kurum bütçesi içinde bir ödenek olarak yer almaktadır. Dolayısıyla dava konusu kural bu yönüyle Anayasa'nın 161. maddesiyle ilgili olmayıp anılan madde uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkin değildir.

31. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. CBK'ların anılan Anayasa hükmü yönünden yapılacak denetiminde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanıp uygulanmayacağı, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır.

32. Bu çerçevede 12/8/1960 tarihli ve 57 sayılı Anadolu Ajansının Malları ve Personeli Hakkında Kanun'da Ajansın mallarının devlet malı statüsünde olduğu, ceza mevzuatının uygulanması bakımından personelinin memur sayıldığı ve Ajansın paylarının iktisabına, rehinine, halka arzına ve bu paylar üzerindeki intifa hakkına dair bazı düzenlemelerin yapıldığı gözetildiğinde gerek anılan Kanun'da gerekse başka bir kanunda dava konusu kuralın ilişkin olduğu konulara dair herhangi bir düzenlemenin varlığı tespit edilememiştir. Bu itibarla kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

33. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

b. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

i. Kuralın Birinci Cümlesi

34. Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrası *"Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır."* şeklindedir.

35. Özerklik, kişi ve kuruluşların kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılmış olması anlamına gelmektedir. Bu aynı zamanda kurumların dış etkilere karşı korunmasını ifade eder (AYM, E.2018/7, K.2018/80, 5/7/2018, § 41).

36. Dava konusu kuralın birinci cümlesinde Başkanlığın her yıl kendi bütçesinin Ajans bölümündeki ödeneği aşmamak üzere Ajans ile en çok 5 yıllık sözleşme yapmaya yetkili olduğu ve Ajansın faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu öngörülmektedir.

37. Ajansın 1925 yılında merkezî idareden ayrılarak anonim şirket şeklinde özel hukuk tüzel kişiliğine dönüştürülmesindeki temel amacın Ajansın Anayasa'nın 133. maddesinde güvence altına alınan özerkliği ile tarafsızlığının sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

38. 57 sayılı Kanun'a göre malları devlet malı, personeli ceza hukuku bağlamında devlet memuru sayılan ve bu bakımdan kendine özgü bir yapısı olan Ajansın şirket hisselerinin %47,75'i Hazineye ait olup kalan hisselerinin yarısından fazlasında da Hazine intifa hakkına sahiptir. Şirketteki hisse dağılımında zaman içinde değişiklik olduysa da yapılan değişikliklerde Ajansın özerkliğini muhafaza etmek amacıyla şirket payları içindeki Hazinesin pay oranı hiçbir zaman %50'nin üzerine çıkmamıştır. Bu durumun bir sonucu olarak Sayıştay denetimine tabi olmayan Ajansın mali denetimi tüm anonim şirketler gibi 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olarak yapılmaktadır.

39. Her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olsa da Ajansın gelirlerinin büyük çoğunluğunu Başkanlık bütçesi içinde yer alan Ajans ödeneği oluşturmaktadır. Dava konusu kurala göre Başkanlığın Ajans üzerinde denetim yetkisine sahip olduğu alanlardan birisi de bütçedir.

40. Ajansın gelir kaynakları gözönünde bulundurulduğunda Ajansın bütçe denetiminin merkezî idare tarafından yapılmasının kamu yararını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ajansın bütçesinin merkezî idare tarafından denetlenmesinin Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda sahip olduğu yetkiyi, başka bir deyişle özerkliğini ve tarafsızlığını olumsuz yönde etkileyecek bir yönü bulunmamaktadır. Bu itibarla Ajansın bütçesinin Başkanlıkça denetlenmesi, Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı değildir.

41. Kuralın birinci cümlesinde Ajansın bütçesinin yanı sıra faaliyeti, örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetimin de merkezî idare tarafından yapılması öngörülmektedir. Ajansın şirket olarak temel amacı, yurt içinde ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız, çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü ve multimedya istihbaratı yaparak topladığı bilgiyi basın ve yayın abonelerine ulaştırmaktır. Bu itibarla Ajansın faaliyetlerinin yürütmenin içinde yer alan ve Cumhurbaşkanlığına bağlı Başkanlıkça denetlenmesi, Ajansın özerkliğiyle bağdaşmadığı gibi yayınlarının tarafsızlığını da etkileme ihtimalini barındırmaktadır.

42. Öte yandan Ajansın örgütlenmesi ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olması da Ajansın kendi faaliyetlerine ilişkin kararları alma ve uygulama konusundaki serbestisini ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle kuralın birinci cümlesinde yer alan "... faaliyet,...", "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibareleri Anayasa'nın 133. maddesine aykırıdır. Kuralda yer alan bu ibarelerin iptalleri gerekir.

Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın birinci cümlesinin kalan kısmı Anayasa'nın 133. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

ii. Kuralın İkinci Cümlesi

44. 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle yürütme yetkisine ilişkin konularla sınırlı olmak kaydıyla Cumhurbaşkanı'na

doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilmiştir. Cumhurbaşkanı'na genel olarak verilen CBK çıkarma yetkisinin yanı sıra Anayasa'nın bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir (bkz. §§ 5, 6).

45. CBK çıkarabilme yetkisinin bir sonucu olarak CBK ile düzenlenmesi gereken bir konuya ilişkin düzenleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'nca CBK çıkarmak suretiyle kullanılması ve bu yetkinin idareye bırakılmaması gerekir. Anayasa koyucu tarafından CBK'ya tanınan asli bir yetkinin, başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir. Aksi uygulama ilgili konunun CBK ile düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırı olacaktır.

46. CBK'nın temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden idareye düzenleme yetkisi vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmaması, diğer bir ifadeyle Cumhurbaşkanı'nın CBK ile düzenlemesi gereken konulardaki bu yetkisini devretmemesi gerekir. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür.

47. Dava konusu kuralın birinci cümlesinde Ajansın faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde Başkanlığın denetim yetkisine sahip olduğu hüküm altına alınmış, ikinci cümlesinde ise bu denetime ilişkin usul ve esasların Başkanlıkça belirleneceği düzenlenmiştir.

48. Kuralın ikinci cümlesiyle Ajansın denetimine ilişkin temel ilkeler konulmadan ve çerçeve çizilmeden Başkanlığa sınırları belirsiz bir alanı düzenleme yetkisinin verilmesi, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı düzenleme yetkisinin idareye bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

49. Açıklanan nedenlerle kuralın ikinci cümlesi Anayasa'nın 104. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

iii. Kuralın Üçüncü Cümlesi

50. Kuralın üçüncü cümlesinde Başkanlık ile Ajans arasında yapılacak sözleşmede Ajansın yöneticilerinin atanma yollarının da belirleneceği hükme bağlanmıştır.

51. Her ne kadar sözleşme serbestisi kişilerin sözleşme yapıp yapmamaları veya diledikleriyle yapmaları serbestisini içermekteyse de Ajansın kendine özgü yapısı ile gelirlerinin önemli bir kısmının Başkanlık bütçesindeki Ajans ödeneğinden elde edildiği birlikte değerlendirildiğinde, Ajans ile Başkanlık arasında yapılan sözleşmede Başkanlığın avantajlı konumda olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla anılan sözleşme bağlamında sözleşme serbestisine dair hükümlerin tam anlamıyla geçerli olduğu söylenemez.

52. Anayasa'nın 133. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen haber ajanslarının özerkliği, Ajansın kendi yönetim ve örgütlenmesine ilişkin kararları alma ve uygulama konusunda gerekli yetkiyle donatılmış olmasını ve Ajansın dış etkilere karşı korunmasını güvence altına almaktadır. Bu itibarla Ajansın yöneticilerinin atanma yollarının her yıl yenilenen sözleşme ile belirlenmesi, Ajansın Anayasa'nın anılan maddesi gereğince sahip olduğu özerkliği anlamsız kılmaktadır.

53. Açıklanan nedenlerle kuralın üçüncü cümlesi Anayasa'nın 133. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

C. CBK'nın 3. Maddesiyle (14) Numaralı CBK'nın 26. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan "Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün..." İbaresinin "Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının..." Şeklinde Değiştirilmesinde Bulunan "...ile Anadolu Ajansının..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

54. Dava dilekçesinde özetle; kuralın herhangi bir bakana bağlı olmayan Ajansın Başkanlığa bağlanması sonucunu doğurduğu, bu durumun özel şirket niteliğine sahip Ajansın hukuki statüsüyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 104. ve 133. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

55. Kural, Cumhurbaşkanlığı teşkilatı içindeki görev ve yetki dağılımına dair mevzuattaki atıfların yeni hükûmet sisteminde hangi kuruma yapılmış sayılacağını düzenlemektedir. Bu itibarla kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğu açıktır.

56. Atıfların yeni hükûmet sisteminde hangi kuruma yapılmış sayılacağını düzenlemekten ibaret olan kural, Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kapsamında olmayıp münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken veya kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin de değildir. Bu itibarla kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının diğer hükümlerine de aykırılık taşımamaktadır.

57. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

b. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

58. Gelirlerinin önemli kısmını merkezî bütçe kanunundaki ödeneğinden alan, malları devlet malı, personeli ceza hukuku bağlamında devlet memuru sayılan Ajans, kendine özgü yapısından dolayı kurulduğu günden bugüne sürekli olarak yürütme ile ilişkilendirilmiştir. Anayasa'da dahi kamu tüzel kişilerinden yardım alan ajanslar şeklinde belirtilen bu yapının mevzuatta yürütmenin bir organı ile ilişkilendirilmesi kaçınılmazdır.

59. Dava konusu kural, atfın yeni hükûmet sisteminde ilgili kuruma yapılmış sayılmasından ibarettir. Bu yönüyle kural, Ajansa ilişkin yeni bir düzenleme içermemekte; yalnızca Ajans ile ilişkisi kurulan Başkanlığı tespit etmektedir. Bu itibarla kuralın Anayasa'nın 133. maddesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

60. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 133. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

61. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

18/4/2019 tarihli ve (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin;

1. Birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,..." ve "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibarelerine,

2. İkinci ve üçüncü cümlelerine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 2. maddesiyle (14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,..." ve "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibareleri dışında kalan kısmına,

2. 3. maddesiyle (14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün..." ibaresinin "Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının..." şeklinde değiştirilmesinde bulunan "...ile Anadolu Ajansının..." ibaresine,

yönelik iptal talepleri 30/12/2020 tarihli ve E.2019/71, K.2020/82 sayılı kararla reddedildiğinden bu kısma ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

30/12/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

18/4/2019 tarihli ve (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 2. maddesiyle 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin;

1. a. Birinci cümlesinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. Birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,..." ve "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibarelerinin içerikleri itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c. Birinci cümlelerin kalan kısmının içeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. İkinci cümlesinin;

a. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3. Üçüncü cümlesinin;

a. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 3. maddesiyle (14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün..." ibaresinin "Basın Yayın

ve Enformasyon Genel Müdürlüğü ile Anadolu Ajansının...” şeklinde değiştirilmesinde bulunan “...ile Anadolu Ajansının...” ibaresinin konu bakımından yetki ve içeriği itibarıyla Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE M. Emin KUZ’un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

30/12/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

(14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) değişik 14. maddesinin birinci cümlesinde geçen bazı ibareler ile ikinci ve üçüncü cümlelerinin içerik yönünden iptaline karar verilirken, bu maddenin konu yönünden; 26. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendindeki "...ile Anadolu Ajansının..." ibaresinin ise konu ve içerik yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

1. Konu yönünden red kararlarının gerekçesinde; anılan kurallarda öngörülen hususların yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu, kuralların Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasî haklara ve ödevlere ilişkin düzenleme içermediği, Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlansa da, 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıklar için öngörülen istisnanın Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşları da kapsamı dolayısıyla Anayasanın bu hükmü uyarınca bu kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ve merkez ve taşra teşkilatının kurulması konularında CBK ile düzenlemeler yapılmasının Anayasaya aykırılık teşkil etmediği, ayrıca bu konuların daha önce kanunlarda açıkça düzenlenmediği belirtilerek, kuralların konu yönünden Anayasanın 104. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

CBK'nın 14. maddesinde İletişim Başkanlığının her yıl kendi bütçesinin Anadolu Ajansı bölümündeki ödeneği aşmamak üzere bu kuruluşla sözleşme yapmaya ve onun faaliyetleri, bütçesi, örgütlenmesi ile insan kaynaklarını denetlemeye yetkili olduğu; bu denetime ilişkin usûl ve esasların Başkanlıkça, Ajans yöneticilerinin atanma yollarının da sözleşmede belirleneceği; 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de Anadolu Ajansının bağlı ya da sorumlu olduğu Bakana yapılan atıfların İletişim Başkanına yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu karar da dahil olmak üzere konuya ilişkin kararlarımızın, CBK'ların anayasal çerçevesine ilişkin genel açıklamalar bölümlerinde belirtildiği üzere, 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren CBK'ların esasları Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasında düzenlenerek Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Ancak

aynı fıkranın üçüncü cümlesinde, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanarak idareye ilişkin genel ilke belirlenmiş; üçüncü fıkrasında ise kamu tüzelkişiliğinin kanun yanında CBK ile kurulmasına da imkân sağlanmıştır. Diğer taraftan, Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıkların kurulması ve kaldırılması ile görevleri ve yetkilerinin, teşkilat yapısının, merkez ve taşra teşkilatının kurulmasının; 108. maddesinin son fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin son fıkrasında da Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK ile düzenleneceği hükme bağlanarak idarenin kanunla kurulmasına ve düzenlenmesine ilişkin genel ilkenin istisnaları sayılmıştır.

Böylece Anayasa koyucu; Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği yönündeki temel ilkeyi koruyarak bunun istisnalarını bakanlıklar, Devlet Denetleme Kurulu (DDK) ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin kurulması, teşkilatı ve görevlerinin düzenlenmesi ile sadece kamu tüzelkişiliği olan idarelerin ve yalnızca kurulması olarak belirlemiştir.

Başka bir anlatımla, Anayasa koyucu 6771 sayılı Kanunla, 123. maddenin birinci fıkrasındaki idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini hükme bağlayan temel ilkeyi değiştirmeden, Anayasanın 106., 108. ve 118. maddelerinin son fıkralarında bu ilkenin istisnalarını belirlemiştir. Anılan hükümler dışında ise idarelerin kurulması, kaldırılması, görev ve yetkileri ile teşkilatına ilişkin olarak CBK'larla düzenleme yapılması konusunda bir istisna getirilmemiştir. Bu bağlamda, Anayasa koyucu 106. maddenin son fıkrasında bakanlıkların CBK ile kurulmasına imkân tanırken bunların görev ve yetkileri ile teşkilat yapısının da CBK ile düzenlenebileceğini hükme bağlamış; buna karşılık Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş şeklindeki idareler bakımından böyle bir yetki öngörmemiştir.

Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasının Cumhurbaşkanlığını ve Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarını da kapsadığını kabul etmek, Anayasanın lafzına uygun olmadığı gibi bu konudaki istisnaları ilgili hükümlerde ayrı ayrı sayan sistematığına da uygun değildir.

Anayasa koyucunun 106. maddenin son fıkrasında, Cumhurbaşkanlığı ile bakanlıkların ve bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının teşkilatı ile görev ve yetkilerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngörmesi mümkün iken, açık bir şekilde ve sadece bakanlıklar bakımından verdiği bu yetkinin Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları da kapsadığı yönündeki bir kabulle yapılan yorum -aşağıda da açıklanacağı üzere- isabetli olmaz.

Öncelikle Cumhurbaşkanlığı ve bakanlıklar genel idare içinde yer alsa da Anayasada ayrı ayrı düzenlenen, ayrı teşkilat ile görev ve yetkileri bulunan ve buna bağlı olarak ayrı düzenlemelere tâbi olan idarelerdir. Bakanlıklar, yeni hükümet sisteminde de Cumhurbaşkanlığının birimleri olmadığı gibi “bakanlıklar” kavramının Cumhurbaşkanlığını da kapsayacak genişlikte olduğunu veya yeni sistemin odağında yer alan Cumhurbaşkanlığı konusunda böyle açık bir hükme gerek olmadan CBK ile düzenleme yapılmasının evleviyetle mümkün olduğunu kabul etmek, mesela DDK’ya ilişkin olarak CBK ile düzenleme yapılması konusunda 108. maddenin son fıkrasında özel hüküm getiren Anayasa koyucunun bu istisnayı gereksiz şekilde öngördüğü gibi bir kabule yol açar ki böyle bir kabul Anayasa koyucunun abesle iştigal etmeyeceği yönündeki ilkeye aykırı olur.

Diğer taraftan, 106. maddenin son fıkrasında bakanlıklar için öngörülen CBK ile düzenleme yetkisinin bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları da kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi bakımından öncelikle bu müesseselerin anlam ve kapsamının ortaya konulması gerekir. Mahkememiz de birçok kararında, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve hâkim kılınabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminin, düzenlemelerin gerçek nitelikleri gözetilerek yapılmasının zorunlu olduğunu ve bunlar hakkında Anayasanın hangi hükümlerinin uygulanacağını belirlenmesi amacıyla söz konusu kuralların anlam ve kapsamının ortaya konulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Anayasaya uygunluk denetiminin bir parçasını oluşturan anlam ve kapsamın belirlenmesinde ise, anayasal ilkelerle birlikte ilgili (ve özellikle temel) kanunların hükümleri, bunlarda yapılan tanımlar, hukukun genel ilkeleri ile yargısal ve bilimsel içtihatlar da gözönünde bulundurulmalıdır.

703 sayılı KHK ile yapılan değişikliklere kadar bakanlıklarla bağlı ve ilgili kuruluşların kuruluş ve görev esaslarını belirleyen temel kanun olan 3046 sayılı Kanunun mülga 10. maddesinde “bakanlığa bağlı olarak özel kanunla kurulan, genel bütçe içinde ayrı bütçeli veya katma bütçeli veya

“özel bütçeli kuruluşlar” şeklinde tanımlanan ve bakanlık dışında merkez teşkilatı ile ihtiyaca göre kurulan taşra teşkilatından meydana gelecek şekilde düzenlenmesi öngörülen bağlı kuruluşlar ve aynı Kanunun mülga 11. maddesinde “özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese, ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tâbi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlen[ceği]” hükme bağlanan ilgili kuruluşlar, bakanlıkların kuruluş kanunundan ayrı olarak kurulan ve onların teşkilatı, görev ve yetkileri dışında teşkilatı ile görev ve yetkileri olan, bu bağlamda bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatındaki birimlerden farklı olarak kendi merkez teşkilatını oluşturan anahizmet, danışma ve denetim birimleri ile ihtiyaca göre kendi taşra teşkilatı bulunan idarelerdir.

3046 sayılı Kanunun mülga 12 ilâ 17. maddeleri ile 19., 20., 33., 34., 39., 40., 41. ve 44. maddelerinde bağlı ve ilgili kuruluşlarla ilgili esaslar da bakanlıklardan ayrı ve kendi özelliklerine göre düzenlenmiştir.

Anılan maddelerin 703 sayılı KHK ile ilga edilmesine rağmen anayasal ilkelerle ve hukukun genel prensipleriyle çelişmeyen bu niteliklerin geçerliliğini sürdürdüğüne şüphe bulunmamaktadır. Nitekim doktrinde de hâlen bağlı kuruluşlar “bakanlıkların aslî görev alanlarındaki spesifik bir konuda faaliyet göstermek üzere özel olarak kurulan, ayrı veya özel bütçeye sahip ve bakanlıklardan ayrı bir teşkilata sahip kuruluşlar” şeklinde; ilgili kuruluşlar da “genellikle KİT’ler gibi, bakanlıkların görev alanlarında ‘spesyalite’ ilkesine göre ve daha özerk biçimde faaliyet göstermeleri amacıyla kurulmuş olan ayrı kamu tüzel kişileri” olarak tanımlanmaktadır (Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 2. bs., Ankara 2019, s. 185).

3046 sayılı Kanunun mezkûr hükümlerinde “ilişkili kuruluşlar” konusunda bir tanıma yer verilmiş olmamakla birlikte, bunlar da ilişkilendirildikleri bakanlıklardan ayrı olarak kurulan ve ayrı teşkilatı ile görev ve yetkileri bulunan kuruluşlardır.

Bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bu tanımları ve özellikleri dikkate alındığında, Anayasanın 106. maddesinin bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görevleri ve yetkilerinin, teşkilat yapısının, merkez ve taşra teşkilatının kurulmasının CBK ile düzenlenmesini öngören son fıkrasının bu kuruluşları da kapsadığını kabul etmek Anayasa koyucunun iradesini aşan bir yorum olur.

Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup yasama yetkisinin genelliği ilkesi Anayasa değişikliğinden sonra da geçerliliğini sürdürmektedir. Anayasanın -106. maddesinin son fıkrası da dahil olmak üzere- bazı hükümlerinde öngörülen CBK çıkarma yetkisi ise bu ilkeye getirilmiş bir istisna olduğundan, istisnaların dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilke uyarınca anılan fıkralarda CBK ile düzenleneceği belirtilerek yasama yetkisine getirilen bu istisnaların da dar yorumlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle yasama yetkisinin genelliği ve CBK çıkarma yetkisinin dar yorumlanması gerektiği yönündeki ilkeler 106. maddenin son fıkrasında bakanlıklar bakımından öngörülen yetkinin, Cumhurbaşkanlığı ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların teşkilat yapısı ile görev ve yetkilerinin düzenlenmesini de kapsayacak genişlikte yorumlanmamasını ve Anayasa koyucunun çok açık bir şekilde ortaya koyduğu bu tercihi ve mezkûr kavramları anlamsız kılacak genişletici yorumlardan kaçınılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle, genel bütçe içinde Cumhurbaşkanlığının bağlı kuruluşu olarak CBK ile kurulan İletişim Başkanlığının kanunla kurulması ve görev ve yetkileri ile teşkilatının da Anayasanın 123. maddesine göre kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, dava konusu kurallar Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkindir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, incelenen her iki kuralın da konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun buna ilişkin red kararına katılmıyorum.

2. Çoğunluğun, CBK'nın 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendindeki "...ile Anadolu Ajansının..." ibaresinin içerik yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin gerekçesinde; Anadolu Ajansının kuruluşundan itibaren sürekli olarak yürütme ile ilişkilendirildiği, değişikliğin de Ajansa ilişkin bir düzenleme içermeyip söz konusu atıfların yeni hükûmet sisteminde ilgili kuruma yapılmış sayılmasından ibaret olduğu, bu itibarla kuralın Anayasanın 133. maddesine aykırı olmadığı belirtilmiştir.

İdarelerin bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş olarak kurulmaları ve tanımlanmaları, bu idarelerin bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş olarak irtibatlandırıldıkları Cumhurbaşkanlığı ve bakanlık ile irtibatlarının hukukî niteliğine bağlıdır ve bu hukukî durum sözü edilen irtibatın ve üzerlerindeki denetimin derecesine (yoğunluğuna) göre belirlenir.

Buna karşılık bir idarenin bağlı, ilgili veya ilişkili bir kuruluşun bağlı, ilgili ya da ilişkili kuruluşu olarak belirlenmesi, anılan müessesenin hukukî niteliği ile bağdaşmaz. Buna uygun olmayan düzenlemeler öncelikle söz konusu irtibatın yukarıda açıklanan anlamı ile çelişeceği gibi bu kuruluşların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluş şeklinde belirlenmesini gerektiren çalışmalarına ve üzerlerinde Cumhurbaşkanı ve bakanların sahip olduğu denetim yetkisinin yerine getirilmesine de engel teşkil edecek bir aykırılık oluşturur. Başka bir ifadeyle, bir idarenin bağlı kuruluşun bağlı kuruluşu olarak düzenlenmesi hâlinde, Cumhurbaşkanının veya bakanın bu kuruluşların faaliyetlerini ve işlemlerini denetleme görevi ve yetkisi bakımından ortaya çıkacak belirsizlik, herşeyden önce Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan, kararda da vurgulandığı üzere Anayasanın 133. maddesinin son fıkrası kapsamında olduğunda tereddüt bulunmayan Ajansın özerkliği esas olduğundan, bu kuruluşun bağlı kuruluş olarak düzenlenen başka bir idarenin bağlı kuruluşu olarak belirlenmesi, yukarıda belirtilen sebeplerle haber ajanslarının özerkliği ilkesiyle ve bu ilkeyi düzenleyen 133. maddeyle de bağdaşmaz.

Açıklanan sebeplerle, incelenen ikinci kuralın içerik yönünden de Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye

M.Emin KUZ

KARŞI OY

18/4/2019 tarihli ve (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin; 2. maddesiyle 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. Maddesinin; birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,..." ve "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibarelerinin içerikleri itibariyle Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptallerine dair saygın çoğunluğun kararına aşağıdaki gerekçeler nedeniyle katılmamız mümkün olmamıştır.

İlgili kurala göre; İletişim Başkanlığı, Anadolu Ajansının faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisine de sahiptir. Anayasa Mahkemesi oybirliği ile, İletişim Başkanlığının Anadolu Ajansının bütçesi üzerindeki denetim yetkisini Anayasaya aykırı bulmamış; buna rağmen, faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerindeki denetim yetkisini oyçokluğu ile Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Oysa, kuralın bir bütünlük içerisinde düzenlediği faaliyet, bütçe, örgütlenme ve insan kaynakları unsurları birbirleri ile ilgili, alakalı, birbirini etkileyen unsurlardır.

İletişim Başkanlığı ile Anadolu Ajansı arasındaki bağ çerçevesinde; bütçe üzerinde denetim yetkisinin kabul edilmesi ile faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetim yetkisinin kabul edilmesinin nitelik ve Anayasa'ya aykırılık yönünden hiçbir farkı bulunmamaktadır. Bütçeden bağımsız ve ilgisiz herhangi bir faaliyetin, örgütlenmenin ve insan kaynağı yönetiminin mümkün olmadığı bilinmektedir. Bütçe üzerinde denetim yetkisinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kabulünde yürütülen yaklaşım, faaliyet, örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi üzerinde denetimin kabulünü de gerektirmektedir.

Yukarıda ifade edilen gerekçeler nedeniyle; 18/4/2019 tarihli ve (33) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin; 2. maddesiyle 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin değiştirilen 14. maddesinin; birinci cümlesinde yer alan "...faaliyet,..." ve "...örgütlenme ve insan kaynakları yönetimi..." ibarelerinin içerikleri itibarıyla Anayasa'ya aykırı olduklarına ve iptallerine dair saygın çoğunluğun kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Esas Sayısı : 2020/57
Karar Sayısı : 2020/83
Karar Tarihi : 30/12/2020
R.G. Tarih-Sayısı : 3/3/2021-31412

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 16. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 51. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Toplu iş sözleşmesinin tarafı olmayan sendikanın avukatı tarafından vekili olduğu sendika üyesi işçiler adına açılan toplu iş sözleşmesinden geçmişe dönük yararlandırılma talepli davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 39. maddesi şöyledir:

“Toplu iş sözleşmesinden yararlanma

Madde 39- (1) Toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasının üyeleri yararlanır.

(2) Toplu iş sözleşmesinden, sözleşmenin imzalanması tarihinde taraf sendikaya üye olanlar yürürlük tarihinden, imza tarihinden sonra üye olanlar ise üyeliklerinin taraf işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren yararlanır.

(3) Toplu iş sözleşmesinin imza tarihi ile yürürlük tarihi arasında iş sözleşmesi sona eren üyeler de, iş sözleşmelerinin sona erdiği tarihe kadar toplu iş sözleşmesinden yararlanır.

(4) Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. **İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur.**

(5) Dayanışma aidatının miktarı, üyelik aidatından fazla olmamak kaydıyla sendika tüzüğünde belirlenir.

(6) Faaliyeti durdurulmuş sendikalara dayanışma aidatı ödenmez.

(7) Bu Kanun anlamında işveren vekilleri ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerine işvereni temsilen katılanlar, toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz.

(8) Grev sonunda yapılan toplu iş sözleşmesinden, 65 inci maddeye göre zorunlu olarak çalışanlar dışında işyerinde çalışmış olanlar aksine hüküm bulunmadıkça yararlanamaz.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılmalarıyla 23/7/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Alparslan KOÇAK tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği konuşulup düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendi uyarınca toplu iş sözleşmesi; işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan ve bireysel iş sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenleyen sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi anılan Kanun'un 41. ve devamı maddelerindeki usule göre Kanun'da öngörülen iş kolu ve işyeri yoğunluğu şartlarını haiz olduğunu tespit ettiren işçi sendikasına (taraf sendika) aittir. Toplu iş sözleşmesinin ücret, ikramiye, prim ve paraya dair sosyal yardım konularına ilişkin hükümlerinden Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kural olarak toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan ve toplu iş sözleşmesinin tarafı sendikaya üye olan işçiler yararlanır.

4. Toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerinde çalıştığı hâlde herhangi bir işçi sendikasına üye olmayan veya toplu iş sözleşmesinin tarafı sendika dışında bir sendikaya üye olan işçiler; Kanun'un 40. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı tarafından sözleşmenin iş kolu ölçeğinde teşmiline karar verilmesi, 26. maddesi gereğince taraf sendikanın yazılı onayı veya itiraz konusu kuralın da yer aldığı 39. maddesi uyarınca dayanışma aidatı ödemeleri durumunda toplu iş sözleşmesinden yararlanabilirler. Anılan maddede taraf sendikaya dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmak isteyenlerin sendikanın onayına ihtiyaç duymadıkları ve talep tarihinden itibaren yararlanmaya başlayacakları hükmüne yer verilmiştir. Ancak toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önce talepte bulunulması hâlinde itiraz konusu kuralla bu taleplerin sözleşmenin imza tarihinden itibaren hüküm doğuracağı öngörülmüştür.

5. Kuralın gerekçesinde “Yargıtay kararları ve öğreti tarafından ağırlıklı olarak benimsenen ‘Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur’ görüşü hükümde yer almıştır.” denilmektedir.

6. Kuralın anılan gerekçesinde atıf yapılan karar ve görüşlerin bir kısmında ortada henüz bir sözleşme olmadan ondan faydalanmanın da mümkün olmayacağı ifade edilmiştir. Bir kısmında ise sendika üyesi olmayan bir işçinin sendika üyesi olması durumunda üyelikten sonra toplu iş sözleşmesinden yararlanabileceği hâlde sendika üyesi

olmadan dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlananların geçmişe dönük olarak sözleşme hükümlerinden yararlanmasının sendika üyesi olmayanlar lehine daha imtiyazlı ve ayrıcalıklı haklar tanınması anlamına geleceği ve toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesini engelleyeceği ileri sürülmüştür.

B. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle; toplu iş sözleşmesini akdeden sendikanın üyesi olmaksızın toplu iş sözleşmesinden faydalanma imkânı sağlamak amacıyla öngörülen dayanışma aidatı kurumunun işçilerin diledikleri sendikaya üye olma veya olmama haklarının güvencesi konumunda olduğu, toplu iş sözleşmesinden faydalanmaya ilişkin talebin işverene iletildiği andan itibaren sendikalı ve sendikasız işçi ayrımının ortadan kalktığı ancak itiraz konusu kuralla sendikaya üye olmayan işçiler bakımından söz konusu talebin geçerlilik tarihinin toplu iş sözleşmesinin imza tarihi olarak belirlendiği, bu suretle işçilerin toplu iş sözleşmesini akdeden sendikaya üye olmaya zorlandıkları belirtilerek kuralın Anayasa'nın 51. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kurulu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 53. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

9. Anayasa'nın sendika kurma hakkının düzenlendiği 51. maddesinin birinci fıkrasında *“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”* denilmektedir.

10. Anayasa'nın *“Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı”* başlıklı 53. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında da *“İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler./ Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir.”* hükümlerine yer verilmiştir.

11. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütleri kurabilmeleri sosyal hayat için oldukça önemlidir.

Demokrasilerde böyle bir *örgüt*, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. Çalışma hayatında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için toplu oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır (*Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 31; *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (EĞİTİM SEN) ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 75; benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için bkz. *Belçika Ulusal Polis Sendikası/ Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975 § 38; *Young, James ve Webster/ Birleşik Krallık*, B. No: 7601/76, 7806/77, 13/8/1981, § 52; *Sorensen ve Rasmussen/ Danimarka* [BD], B. No: 52562/99 52620/99, 11/1/2006, § 54).

12. Sendikalar, çalışanların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle işveren karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler.

13. Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı; çalışanları, istedikleri sendikayı kurma ve bunlara izin almaksızın üye olma haklarıyla (olumlu sendika hakkı) devlete ve işverene karşı koruduğu gibi istediklerinde sendika üyeliğinden ayrılma ve isterlerse hiçbir sendikaya üye olmama haklarıyla (olumsuz sendika hakkı) sendikalara karşı da korumaktadır.

14. Söz konusu hak aynı zamanda aynı iş kolunda birden fazla sendikanın kurulabilmesi ve çalışanların dilediği sendikayı seçebilmesi anlamını da taşımaktadır. Bu sayede farklı hedef ve görüşlerin ayrı sendikalar bünyesinde temsil edilmesi suretiyle sendikalar arasındaki rekabetin geliştirilmesi mümkün hâle gelir. Anılan rekabet ise özgür ve demokratik toplumlarda örgütlü yapılardan beklenen ekonomik ve sosyal hak ile menfaatlerin korunması işlevinin daha etkin bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eder.

15. Anayasa'nın 53. maddesi uyarınca ekonomik ve sosyal durum ile çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla işçiler ve işverenler toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Anılan hak, doğası gereği toplu olarak kullanabilecek olması nedeniyle işçiler tarafından sendikalar vasıtasıyla kullanılabilir.

16. Taraf sendikanın üyesi olmayıp dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçilerin imza tarihinden önceki talepleri itiraz konusu kural uyarınca imza tarihi itibarıyla hüküm doğuracaktır. Bu itibarla toplu görüşme ve pazarlık sürecinde toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işyerinde çalışan, süresinde talepte bulunan ve dayanışma aidatı ödeyen, taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinde yer alan ve toplu görüşme ve pazarlık süreçleri nedeniyle geçmişe yönelik parasal haklar bahşeden hükümlerden yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Bu sonuçla karşılaşmak istemeyen işçilerin ise toplu iş sözleşmesi öncesinde taraf sendikaya üye olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla kural hem olumsuz sendika hakkını hem de toplu iş sözleşmesi hakkını sınırlamaktadır.

17. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmiştir. Buna göre sendika hakkı ile toplu iş sözleşmesi hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

18. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika kurma hakkının millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle sınırlanabileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir.

19. Anayasa'nın 53. maddesinde toplu iş sözleşmesi yapma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

20. Anayasa'nın anılan maddesinin ikinci fıkrasında toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği hükme

bağlanmıştır. Bu kapsamda kabul edilen 6356 sayılı Kanun'a göre toplu iş sözleşmesi, o işyerinde çalışan tüm işçileri temsil etmeye yetkili olduğu Kanun'daki usulle tespit edilen sendika ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılmaktadır. Bu şekilde toplu iş sözleşmesi yapma hakkı kullanılmakta ve işçilerin taraf sendikayla ilişkisi kurulmak suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanması sağlanmaktadır.

21. Toplu iş sözleşmeleriyle işçilerin kazanç ve yarar sağlayabilecek hükümleri işverenlere kabul ettirebildikleri, bunun için görüşme yapma yetkisi olan işçi temsilcilerinin güçlü bir işçi örgütünün eylemli desteğine ihtiyaç duydukları ve bu desteğin güçlü sendikaların oluşmasıyla sağlanabildiği açıktır. Kuralla toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmelerine konulan ve sözleşme pazarlık süreçlerinde geçen dönemler için parasal haklar öngören hükümlerden yararlanmalarının sınırlandırıldığı ve böylece sendika üyesi olan işçiler ile olmayan işçiler arasında bir fark yaratılarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi olan işçi sendikasına katılımın teşvik edildiği anlaşılmaktadır. Nitekim kuralın gerekçesinde atıf yapılan öğreti görüşleri ile Yargıtay kararlarında toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi amacından bahsedildiği görülmektedir. Söz konusu sınırlama ile toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikasının üye sayısının ve toplu iş sözleşmesindeki pazarlık gücünün artacağı gözetildiğinde sendika ve toplu iş sözleşmesi haklarına getirilen bu sınırlamanın güçlü işçi desteğini sağlamak suretiyle toplu iş sözleşmesi yapma hakkının etkili biçimde kullanılması amacına yönelik olduğu ve anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

22. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sendika ve toplu sözleşme haklarına getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerekir. *Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma*, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

23. Toplu iş hukukunun yerleşmesi ve gelişmesi ile sendikaların güçlendirilmesi şüphesiz demokratik toplumda önemli bir yer tutar. Öte yandan çoğulculuk ve haksız rekabetin önlenmesi de demokratik toplumun vazgeçilmezleri arasındadır. Bu nedenle anılan değerler birlikte ve birbiriyle uyumlu şekilde yorumlanarak uygulanmak

durumundadır. Başka bir ifadeyle sendikalar arasında haksız rekabet oluşturacak, işçi örgütlenmeleri arasındaki çoğulculuğu zedeleyecek şekildeki kamusal müdahaleler toplu iş hukukunun geliştirilmesi amacı ile izah edilemez. Dolayısıyla anayasal haklara sınırlama getiren kamusal tercihler kullanılırken demokratik toplum değerleri arasındaki uyumu gözetilen bir denge ile hareket edilmelidir.

24. Toplu iş sözleşmesine taraf sendika üyesi olan işçi, talebi gerekmeksizin üye aidatı ödeyerek; üye olmayan işçi ise talebi üzerine dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşmenin parasal hükümlerinden yararlanmaktadır. Dayanışma aidatıyla yararlanmada taraf sendikanın onayı aranmayarak sendika üyesi olan ve olmayan işçiler arasında bir eşitlik ve denge sağlanmıştır. Ancak yetki alma ve toplu iş sözleşmesinin hazırlık, müzakere ve pazarlık süreçlerinin devam ettiği dönemlerde sendika üyesi olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemesi itiraz konusu kuralla engellenmektedir. Bu sürecin ülkemizde çok uzun zaman alabildiği gözetildiğinde bu uzun süre boyunca dayanışma aidatı ödeyenlerin toplu iş sözleşmesinden yararlanmasının engellenmesi bu dengeyi bozacak niteliktedir. Kuralın toplu iş sözleşmesinin imzalandığı tarihte taraf sendika üyesi olan işçiler lehine bir sonuç doğurduğu, bu nedenle sendikalaşma yarışında taraf sendika lehine bir avantaj yarattığı açıktır. Öyle ki üye sayısını artırmada kolaylık elde eden taraf sendikanın bir sonraki toplu iş sözleşmesinde de üye işçi çoğunluğunu muhafaza etmek suretiyle diğer sendikalara üstün gelmesi ve taraf sendika statüsünü koruması mütemadi bir hâl alabilecektir. Bu durum ise sendikalar arasındaki yarışın ve dolayısıyla çoğulculuğun zedelenmesine neden olabilecektir. Taraf sendika üyesi olmayıp sözleşmeden yararlanmaya ilişkin diğer şartları haiz olan işçilerin toplu iş sözleşmesinin geriye dönük hak bahşeden parasal hükümlerinden mahrum bırakılmalarının, bu kapsamdaki işçileri sendikaya üye olmaya zorlayacağı açıktır. Bu itibarla kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı, aksine demokratik bir toplumda bulunması gereken çoğulculuğa zarar verdiği, sendikalar arası rekabeti taraf sendika lehine haksız şekilde bozduğu anlaşıldığından demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir sınırlamanın varlığından söz edilemez.

25. Toplu iş sözleşmesi, işçilerin çalışma hayatının düzenlenmesinde önemli katkılar sağladığı gibi işçilere Anayasa ve kanunların emredici

kurallarıyla sınırlı olmak üzere sosyal ve ekonomik haklar kazandırır. Doğası gereği bireysel olarak yapılamayan ve sendikalar aracılığıyla toplu olarak yapılabilecek toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile sözleşmenin tarafı olan sendikaya üyelik arasında sendikal faaliyetlerin güçlenmesi amacıyla bir ilişki kurulmuştur. Nitekim sendika üyeleri herhangi bir işlem ya da müracaata gerek kalmaksızın toplu iş sözleşmesinden yararlanırken taraf sendika üyesi olmayan işçiler için talepte bulunma ve taraf sendikaya dayanışma aidatı ödenmesi koşulu öngörülmüştür. Bu sayede sendika üyesi olmayan işçilerin de bir kısım külfete katlanmak suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri mümkün kılınmıştır.

26. Öte yandan Kanun'un 39. maddesinin (8) numaralı fıkrası ile toplu iş sözleşmesinin grev sonucunda imzalanmış olması hâlinde zorunlu olarak çalışanlar dışında grev sırasında işyerinde çalışmış olanların toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenerek yararlanma ile aidatın ötesine geçen sendikal külfete katlanma arasında bir denge kurulmaya çalışılmıştır. Ancak itiraz konusu kuralla taraf sendika üyesi olmayan işçilerin toplu iş sözleşmesinin toplu görüşme ve pazarlık sürecine ilişkin haklarla ilgili hükümlerinden yararlanmaları engellenmek suretiyle güçlü sendika ile toplu iş sözleşmesi hakkı arasındaki denge bozulmuştur. Bu yönüyle kural taraf sendikaya üye olmayan işçilerin dayanışma aidatı ödemek suretiyle sözleşme hükümlerinden yararlanma imkânını anlamsız da kılacaktır. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 53. maddesi kapsamında bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenemez.

27. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

IV. HÜKÜM

18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Recai AKYEL ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 30/12/2020 tarihinde karar verildi.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2020)

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Üye Yıldız SEFERİNOĞLU	Üye Selahaddin MENTEŞ	Üye Basri BAĞCI

KARŞI OY

18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline dair saygın çoğunluğun kararına aşağıdaki gerekçeler nedeniyle katılmamız mümkün olmamıştır.

Hukukumuzda toplu iş sözleşmesinden kural olarak, toplu iş sözleşmesine taraf işçi sendikası üyeleri yararlanır. Zira, toplu iş sözleşmesinin yapılması aşamasında zorluklara katlanan, sendikanın varlığı için aidat ödeyen; kısaca bütün masraf ve zorluklara katlanan kişilerin toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerekir. Ancak toplu iş sözleşmesinden sadece taraf işçi sendikası üyelerinin yararlandırılmasına ilişkin kural sendikaya üye olma ve olmama özgürlüğüne (Any. m.51; STİSK m.25) aykırılık teşkil edecektir. Söz konusu aykırılığı gidermek için dayanışma aidatı ödeme yoluyla toplu iş sözleşmesinden taraf işçi

sendikasına üye olmadan da yararlanmanın yolu açılmıştır. Dayanışma aidatı ödeyerek yararlanmaya ilişkin ilk şart geçerli olarak yapılmış, uygulamaya konulmuş ve halen uygulanmakta olan bir toplu iş sözleşmesinin bulunmasıdır.

Toplu iş sözleşmesinden, sendika üyesi olsun olmasın bütün işçilerin yararlanması eşitlik ilkesine daha uygun olsa bile; sendika üyesi olmayanların hiçbir masraf ve zorluğa katlanmadan, sendika üyeleri gibi yararlanmaları eşitliğe ve adalete aykırı olacak, sendika üyeliğinin önemini büyük ölçüde kaybettirecek ve bunun sonucunda sendikaları güçsüzleştirecektir. Bu durum da sendikaların varlıklarını koruma özgürlüğüne (kolektif sendika özgürlüğü) aykırılık teşkil edecektir.

Dayanışma aidatının düzenlendiği STİSK'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *“Toplu iş sözleşmesinin imzası sırasında taraf işçi sendikasına üye olmayanlar, sonradan işyerine girip de üye olmayanlar veya imza tarihinde taraf işçi sendikasına üye olup da ayrılanlar veya çıkarılanların toplu iş sözleşmesinden yararlanabilmeleri, toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi sendikasına dayanışma aidatı ödemelerine bağlıdır. Bunun için işçi sendikasının onayı aranmaz. Dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma, talep tarihinden geçerlidir. İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur”* hükmü yer almaktadır. Maddenin düzenlemesi dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden yararlanmayı kolaylaştırmış, işveren ve sendikanın rızası ve onayı aranmamıştır. Bu hükmün aksi, taraflarca kararlaştırılamaz.

Toplu iş sözleşmesinden dayanışma aidatı ödeyerek yararlanma, kendiliğinden söz konusu olmamakta; dayanışma aidatı ödeyerek yararlanabilmek için bir talep gerekmektedir. 6356 sayılı STİSK'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasında dayanışma aidatına ilişkin düzenlemede de yararlanmanın başlangıcı açısından talep tarihi esas alınmıştır. Madde metninde yer alan *“İmza tarihinden önceki talepler imza tarihi itibarıyla hüküm doğurur”* hükmünün iptaliyle birlikte iki ihtimal söz konusu olacaktır; ya taraflar arasında görüşmeleri devam eden, henüz imzalanıp imzalanmayacağı belli olmayan bir toplu iş sözleşmesinden imza tarihinden önce dayanışma aidatı ödemek suretiyle yararlanmak için başvuru şartı aranacak, veya imza tarihinden sonra taraf işçi sendikasına üye olarak yararlanmak isteyen işçiler açısından üyeliğin işverene bildirimini esas alınırken, dayanışma aidatı ödeyerek yararlananlara geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulan hükümlerden yararlanma

imkanın tanınması gibi adil olmayan ve sendikalar hukukunun üyeliği esas alan temel anlayışına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca dayanışma aidatı ödeyerek toplu iş sözleşmesinden geçmişe etkili olarak yararlanmanın yolu açıldığında işçinin geçmiş döneme ilişkin dayanışma aidatı ödemek zorunluğu gibi bir takım hukuki sorunlar da beraberinde gelecektir.

Yukarıda ifade edilen gerekçeler nedeniyle, 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 39. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine ulaşılmış bulunmaktadır.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Selahaddin MENTEŞ

***2021 YILI
KARARLARI***

Esas Sayısı : 2019/104
Karar Sayısı : 2021/3
Karar Tarihi : 14/1/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 3/3/2021-31412

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sigorta başlangıç tarihinin ve yaşlılık aylığına hak kazanıldığının tespiti karar verilmesi talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 62. maddesi şöyledir:

"Aylığın başlangıcı:

Madde 62- "Sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanır.

Erken yaşlanmış olması dolayısıyla yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalının bu husustaki raporunun tarihi, yazılı isteğini takibeden takvim ayından sonraki bir tarih ise, yaşlılık aylığı, raporun tarihinden sonraki aybaşından başlanarak verilir.

Yukarıki fıkralara göre aylığının ödenmesine başlanacağı tesbit edilen tarihte hastalık sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği almakta olan sigortalının yaşlılık aylığı geçici iş göremezlik ödeneği verilme süresinin sona

erdiği tarihten sonraki ay başından başlar. Şu kadar ki, bağlanacak yaşlılık aylığı sigortalının hastalık sigortasından almakta olduğu geçici iş göremezlik ödeneğinin aylık tutarından fazla ise, aradaki fark, yukarıdaki fıkralara göre tesbit edilecek tarihten başlanarak verilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 14/11/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Alparslan KOÇAK tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, sigortalının yaşlılık aylığı talebinde bulunduğu sırada yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla çalışma hayatına devam edebilmesinin sosyal hukuk devletinin amacıyla uyumlu olduğu, kuralın yaşlılık aylığı talebinde bulunabilmek için çalışılmakta olan işten ayrılmayı öngörmesi nedeniyle çalışma hak ve özgürlüğünü ihlal ettiği, 29/4/1986 tarihli ve 3279 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı bağlananların sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle hem aylık almalarının hem de çalışmalarının mümkün olduğu, bu durumda yaşlılık aylığı için işten ayrılma koşulunun aranmasının bir öneminin kalmadığı, nitekim itiraz konusu kuralla öngörülen şekli şartı yerine getirmek için sigortalının çalıştığı işten çıkışını yaptırıp yazılı tahsis talebinde bulunduktan sonra sosyal güvenlik destek primi ödemek suretiyle ertesi gün işbaşı yapabileceği, koşulları taşıyan

sigortalıya mevzuat uyarınca tahsis talebinden itibaren üç ay içinde Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından aylığın bağlanması gerektiği ancak uygulamada bu sürenin çok daha uzun olduğu, bu durumda kural uyarınca işten ayrılmış olan sigortalının aylık bağlanıncaya kadar hiçbir gelirinin olmayacağı, hizmet akdi ile çalışanların da Emekli Sandığı iştirakçileri gibi çalıştıkları işten ayrılmaksızın talepte bulunabilmelerinin ve talebin kabul edildiği tarihe kadar çalışabilmelerinin eşitlik ilkesine uygun olacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 48., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. 506 sayılı Kanun'un mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunan ve yaşlılık aylığına hak kazanan sigortalıya, bu isteğinden sonraki aybaşından başlanarak yaşlılık aylığı bağlanacağı öngörülmüş olup anılan fıkra yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

6. Anayasa'nın 60. maddesinde "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir./ Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*" denmektedir. Buna göre sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek devlet için bir görevdir.

7. Sosyal güvenlik; bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerinin en aza indirilmesi, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardının güvence altına alınmasıdır. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malullük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için devlet, tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

8. Hizmet akdine bağlı olarak çalışan sigortalının yaşlılık aylığına hak kazanabilmesi için yaş, prim gün sayısı ve sigortalılık süresi şartlarının

yanı sıra yazılı olarak tahsis talebinde bulunmadan önce kural uyarınca çalıştığı işten ayrılması gerekmektedir.

9. Yaşlılık aylığı sigortalıya uzun vadeli sigorta kollarından ömür boyu ödeme vadeden bir sigorta türü olup sosyal güvenlik hakkı kapsamındadır. Aylık tahsis talebinde bulunabilmek için birtakım koşulların öngörülmesi, söz konusu hakkı sınırlamaktadır. Bu itibarla hizmet akdiyle çalışanlar bakımından yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunabilmek için itiraz konusu kural uyarınca aranan işten ayrılmış olma, bir başka deyişle aktif çalışma hayatını sona erdirmeye koşulunun da bu çerçevede bir sınırlama olduğu açıktır.

10. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

11. Anayasa'nın 60. maddesinde, sosyal güvenlik hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

12. Devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamak amacıyla gerekli teşkilatı kurma yükümlülüğü kapsamında oluşturulan SGK sosyal güvenlikle ilgili kanunları uygulamakla görevlidir. Bu görevin ifasının kişilerin sigortalılık statü ve haklarının belirlenmesi ve sağlanması için belirli bir düzenin varlığını gerektirdiği açıktır. Sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması durumunda kural olarak fiili çalışmanın son bulacak ve aktif çalışan statüsünün değişecek olması nedeniyle bu hususun sigortalı kayıtlarına işlenmesi gerekmektedir. Kuralla sigortalıya yaşlılık aylığı bağlanması için SGK'ya yazılı başvurudan önce çalışılan işten ayrılma koşulunun öngörülmesi suretiyle sigortalılık statüsünde meydana gelen değişikliğin işyeri ile SGK kayıtlarına sağlıklı olarak işlenmesi ve böylece sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması

amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın hakkın doğasından kaynaklandığı, bu yönüyle anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

13. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

14. Kuralın yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yaşlılık aylığı bağlanan sigortalıların yeniden çalışmaya başlamaları hâlinde aylıkları kesilirken 506 sayılı Kanun'un mülga 63. maddesinde 3279 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle yaşlılık aylığı alanlara talep etmeleri ve kendilerinden sosyal güvenlik destek primi kesilmesi şartıyla hem yaşlılık aylığı alma hem de aktif çalışmaya başlama imkânı getirilmiştir. Sigortalının çalıştığı işten ayrılmadan da pasif sigortalı statüsüne geçirilerek prim ödemelerinin buna göre düzenlenmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişi üzerinde olumsuz bir etkisinin olacağı söylenemez. Mülga maddenin ilk hâlinde bulunmayan bu yeni imkân karşısında itiraz konusu kuralla kişinin yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunabilmesi için işten ayrılma şartının öngörülmesinin sosyal güvenlik sisteminin düzenli işleyişini sağlama bakımından elverişli bir sınırlama olduğundan bahsedilemez.

15. Bir hakka getirilen sınırlamanın gerekli kabul edilebilmesi için ulaşılmak istenen amaç bakımından getirilen önlemin zorunlu olması, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmaması gerekir. Yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunan sigortalının ya da SGK'nın tahsis talebinde bulunulduğunu işverene bildirmesi ve SGK ile işveren kayıtlarının buna göre düzenlenmesi mümkündür. Sigortalının yaşlılık aylığı tahsis talebinde bulunmadan önce çalıştığı işten fiilen ayrılmasını gerektirmeyecek daha hafif nitelikteki tedbirlerle de sosyal güvenlik sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması amacına ulaşılacağı gözetildiğinde kuralla öngörülen sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli olmadığı da anlaşılmaktadır.

16. Öte yandan 506 sayılı Kanun'un mülga 31. maddesinin birinci fıkrası ile 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 42. maddesinde yaşlılık aylığı bağlanacak sigortalıların tahsis taleplerine SGK tarafından gerekli belgelerin ve incelemelerin tamamlandığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde yazılı olarak cevap verilmesi öngörülmüştür. İtiraz konusu kural uyarınca sigortalının yaşlılık aylığı talebinde bulunabilmesi için işten ayrılması gerektiği gözetildiğinde kural, sigortalının söz konusu üç aylık dönemi herhangi bir gelir elde etmeksizin geçirmek zorunda kalmasına neden olmaktadır. Her ne kadar daha sonra aylık bağlandığında sigortalıya aylık bağlanmayan dönemlerin ödemesi yapılabilmekte ise de bu durum sigortalının aylar boyunca ekonomik olarak hiçbir gelir elde edememesinin neden olduğu mağduriyetleri tümüyle ortadan kaldırmamaktadır. Dolayısıyla kuralın getirdiği sınırlamanın sonuçları itibarıyla orantılı olduğundan da bahsedilemez.

17. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 60. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

18. Kural, Anayasa'nın 13. ve 60. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 48. ve 49. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

19. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin koşulları oluşmadığından REDDİNE 14/1/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...çalıştığı işten ayrıldıktan sonra..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE 14/1/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2018/134
Karar Sayısı : 2021/13
Karar Tarihi : 3/3/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 16/6/2021-31513

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 139 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresinin,

B. 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin,

C. 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...yurtdışı ve..." ibaresinin,

Ç. 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 485. maddesine eklenen (i) bendinin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 20., 104., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALLARI İLE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALI

A. İptali İstenen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kuralları

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 17. maddesi şöyledir:

“İşbirliği ve bilgi toplama

MADDE 17- (1) Başkanlık, görev alanına giren konularda bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, üniversiteler ve diğer gerçek ve tüzel kişiler ile yakın işbirliği içinde bulunur. Başkanlık, kabul edilen planların, yıllık programların ve projelerin uygulanmasındaki uyum ve işbirliğini sağlar.

(2) Başkanlık, görevleri ile ilgili olarak **gerekli gördüğü bilgileri** bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkilidir. Kendilerinden bilgi istenen bütün kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler bu bilgileri istenilen süre içinde öncelikle ve zamanında vermekle yükümlüdürler.

(3) Bu şekilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur.”

2. 21. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

“(3) Başkanlıkta, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi personel istihdam edilir. Ayrıca 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 26 ncı maddesi çerçevesinde sözleşmeli personel istihdam edilebilir ve aynı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 25 inci maddesi çerçevesinde Başkanlıkta diğer kurum personeli geçici görevlendirilebilir. **Bu suretle çalıştırılacakların sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemeleri Cumhurbaşkanınca tespit edilir.”**

3. 22. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*“(1) Başkanlık **yurtdışı ve taşra teşkilatı** kurmaya yetkilidir.”*

4. 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle (i) bendinin eklendiği (1) numaralı CBK’nın 485. maddesi şöyledir:

“Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü

MADDE 485- (1) Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri şunlardır:

a) Devletçe yaptırılacak demiryolları, lojistik köy, merkez veya üsler, limanlar, barınaklar, kıyı yapıları, hava meydanlarının plan ve projelerini hazırlamak veya hazırlatmak ve onaylamak,

b) (a) bendinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatını yapmak ve/veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek,

c) (a) bendinde belirtilen ulaştırma altyapıları ile sanayi siteleri, fabrikalar, rafineriler, endüstriyel tesisler, organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri, maden ocakları, sanayi kuruluşları ve benzeri tesislerin demiryolları ile bağlantısını sağlamak üzere iltisak hatlarını yapmak ve/veya yaptırmak gerekli görülmesi hâlinde karayolu bağlantılarını tesis etmek ve/veya ettirmek,

ç) Kamu kurum ve/veya kuruluşları, özel sektör ve/veya tüzel kişiler tarafından tamamlanan veya devam edenler de dâhil olmak üzere (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ulaştırma altyapılarının inşaatı ve işletmesinin sağlanması amacıyla Kamu-Özel İşbirliği (KÖİ) modelleri geliştirerek esaslarını belirlemek, proje bazında gerekli görüldüğü hâllerde özel sektör gerçek ve tüzel kişilerle müzakerelerde bulunmak, katkı payları belirlemek, taahhüt vermek ve almak, kiralamak, kiraya vermek, işletmek, işlettmek, garantiler almak ve vermek, özel sektörün katılımını sağlamak, ortaklık tesis etmek,

d) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri, gerçek ve tüzel kişilerce yaptırılacak (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapılarının proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak,

e) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idarelerinin teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemi kurma taleplerini değerlendirmek ve uygun olanlarını Cumhurbaşkanının iznine sunmak,

f) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ve il özel idareleri tarafından yaptırılacak teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin proje ve şartnamelerini incelemek veya incelettirmek ve onaylamak,

g) (a) bendinde yazılı ulaştırma altyapıları ile teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemlerinin standartlarını ve bunlarla ilgili birim fiyatları belirlemek,

ğ) Cumhurbaşkanınca yapımının üstlenilmesine karar verilen teleferik, finiküler, monoray, metro ve şehir içi raylı ulaşım sistemleri ve bunlarla ilgili tesislerin ilgili kuruluşlarla işbirliği yaparak plan, proje ve programlarını

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve bunları yapmak veya yaptırmak,

h) Deniz altından ulaşımı ve haberleşmeyi sağlayıcı altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek,

ı) Denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak su yolu işlevi görecektir kanal ve benzeri altyapı projelerini yapım ve işletim modelleri de geliştirerek planlamak, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamak, hazırlatmak, incelemek, incelettirmek ve onaylamak, yapmak veya yaptırmak, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmek ve işletme esaslarını belirlemek,

i) (Ek: RG-24/7/2018-30488 - CK-14/26 md.) 474 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile bu fıkranın (ı) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi halinde 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamak,

j) Denetim yapmak veya yaptırmak amacıyla gerekli her türlü fiziki ve teknik altyapı ve tesisleri kurmak, kurdurmak, işletmek, işletlettirmek ve bunları denetlemek,

k) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmünde Kararname ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Kuralları

1. 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

a. Ek 25. maddesi şöyledir:

“Kurumlar arası geçici görevlendirme

Ek Madde 25- (Ek: 2/7/2018 - KHK-703/178 md.)

Hâkim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar hariç olmak üzere, statülerine bakılmaksızın bir kadro veya pozisyona dayalı olarak kamu kurum veya kuruluşlarında istihdam edilenler, kurumlarının muvafakatiyle bir yılı geçmemek üzere diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçici görevlendirilebilir. Bu süre birer yıl olarak uzatılabilir.

Kamu kurum veya kuruluşlarının emrine geçici görevlendirilenler mali ve sosyal hak ve yardımlarını kurumlarından alırlar. Bunlar bu şekilde görevlendirildikleri süre boyunca kurumlarından aylıklı izinli sayılırlar.

Kurum veya kuruluşların kadro veya pozisyonlarına geçici görevlendirmenin yapılabilmesi için, görevlendirileceklerin ilgili mevzuat uyarınca kadro veya pozisyona asaleten atanmada aranan, asaleten atanmada sınav şartı aranan kadro veya görevler için bu sınavlara girebilme hakkının elde edilmiş olması dahil, tüm şartları bir arada taşımaları gerekir. Bu şekilde görevlendirilenler görevlendirildikleri kadro veya pozisyon için öngörülen mali ve sosyal hak ve yardımlardan emsali personel gibi faydalandırılır. Bunlar geçici görevlendirildikleri süre boyunca kurumlarından aylıksız izinli sayılırlar. Bunların Sosyal Güvenlik Kurumu ile ilişkileri kendi kurumlarındaki statüleri dikkate alınarak devam ettirilir.

Geçici görevlendirilenlerin özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır. Bunların geçici görevlendirildikleri kurumda geçirdikleri süreler kendi kurumlarında geçirilmiş sayılır. Akademik unvanların kazanılması için gerekli şartlar saklıdır.

Bu maddeye göre görevlendirilenler, görevlendirildikleri kurumların mevzuatına uymakla yükümlüdür.

Toplamda altı ayı geçen görevlendirmelerde personelin muvafakatinin alınması şarttır.

Kanunlarda yer alan geçici görevlendirme hükümleri saklıdır.

Bu madde kapsamında görevlendirmeye ilişkin usul ve esaslar Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanarak Cumhurbaşkanınca yürürlüğe konulacak yönetmelikle belirlenir.”

b. Ek 26. maddesi şöyledir:

“Yerli veya yabancı sözleşmeli personel istihdamı

Ek Madde 26- (Ek: 2/7/2018 - KHK-703/178 md.)

Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi kaydıyla; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlere bağlı olmaksızın, özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde, yerli veya yabancı personel tam zamanlı, kısmi zamanlı veya projelerle sınırlı olarak sözleşmeyle istihdam edilebilir.

Bunlara verilecek her türlü ödemeler dahil ücretler, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca ilgililerin yürüteceği görevler göz önüne alınarak tespit edilir. (Mülga cümle:16/7/2020-7250/26 md.) (...)

Bu madde kapsamında sözleşmeli olarak istihdam edilen personel, 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır. Ancak teşkilatlanmalara ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinde öngörülmesi halinde personel 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile ilgilendirilir.

Bu madde kapsamında kısmi zamanlı olarak çalıştırılanlar için iş sonu tazminatı ödenmez ve işsizlik sigortası primi yatırılmaz.

Kanunlardaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu statüde çalıştırılma, sözleşme bitiminde kamu kurum ve kuruluşlarında herhangi bir pozisyon, kadro veya statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez.

Bu kapsamda istihdam edilecek personelde kurumsal hizmetlerin gerektirmesi halinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartlar, bunların işe alınmaları, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerinin feshi ile istihdamlarına dair diğer hususlar Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

2. (1) numaralı CBK'nın 474. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“(1) Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görev ve yetkileri şunlardır:

a) Ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetleri ile Karadeniz ile Marmara denizini birleştiren ve gemilerin seyrüseferine imkân veren Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işlettilmesi hususlarında, ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, milli politika, strateji ve hedeflerin belirlenmesi amacıyla çalışmalar yapmak ve belirlenen hedefleri uygulamak,

..”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in katılımlarıyla 17/10/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatma KARAMAN ODABAŞI tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu ve ilgili görülen CBK kuralları ile Kanun Hükmünde Kararname (KHK) kuralları, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa’nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı’nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa’nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı’na

verilmiştir. Anayasa’da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükûmet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı’na “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK’ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı’na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı Anayasa’da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK’lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı’nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı’na genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı’nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı’na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa’nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK’larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa’nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa’nın 148. maddesinde CBK’ların şekil ve esas bakımından Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülmüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde *"Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin"* CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK'ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan

fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. CBK'nın 17. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." İbaresinin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

14. Kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında anayasal güvenceye bağlanmış olup kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre veri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esaslar bu konuda kabul edilmiş genel kanun niteliğindeki 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda düzenlenmiş, bazı kanunlarda da kişisel verilerle ilgili hükümlere yer verilerek konuya ilişkin yasal güvencenin sağlanması amaçlanmıştır.

15. 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendinde kişisel verilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem kişisel verinin işlenmesi olarak ifade edilmiştir.

16. Anılan Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kişisel verilerin ancak bu Kanun'da ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebileceği belirtilmiştir. Yine Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 5. ve 6. maddelerinde kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu genel ilkeler, kişisel verilerin ilgili kişinin rızasıyla veya rızaya dayalı olmaksızın işlenmesi şartları düzenlenmiş; kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonim hâle getirilmesi şartları ise Kanun'un 7. maddesinde ayrıca belirtilmiştir. Kanun'un Üçüncü Bölüm'ü ve Beşinci Bölüm'ünde ise kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri ile kanun hükümlerine aykırı hareket edenler yönünden uygulanacak cezai hükümlere yer verilmiştir.

17. Kural olarak kişisel verisi işlenen gerçek kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin yurt içindeki veya yurt dışındaki üçüncü

kişilere aktarılması mümkün olmamakla birlikte Kanun'un 8. ve 9. maddelerinde kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin aktarılması şartları ile buna ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verinin aktarıldığı gerçek veya tüzel kişinin kimliğinden bağımsız olarak kişisel verinin aktarılmasına ilişkin işlemlerin anılan maddelerde belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesi zorunludur.

18. 6698 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından genel olarak Kanun'a tabi bulunan kişiler, kurum veya kuruluşlar tek tek belirtilmek suretiyle herhangi bir istisna öngörülmemiş olup yalnızca Kanun'un 28. maddesinde kişisel verinin işlenmesindeki amaç ve kapsam yönünden birtakım istisnalara yer verilmiştir. Buna göre anılan Kanun kapsamında kalan ve kişisel veriyi ilk defa elde edenler ile kişisel veriyi herhangi bir surette elinde bulunduran tüm gerçek ve tüzel kişilerin, kurum ve kuruluşlar ile bunların personelinin Kanun'da belirtilen usul ve esaslara uygun hareket etmesi gerekecektir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

19. Dava dilekçesinde özetle; İletişim Başkanlığının (Başkanlık) görevleriyle ilgili olarak gerekli göreceği bilgiler içinde kişisel verilerin de yer almasının mümkün olduğu, kuralın kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir düzenleme içermediği, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi, analizi, paylaşılması gibi faaliyetlerin kanunla düzenlenmesi gerektiği, genel çerçevesi, ilke ve esasları belirlenmeden kişiler hakkında bilgi ve veri toplamak için idareye yetki verilmesinin hukuki belirlilik ilkesine aykırı olduğu, kişisel verilerin Anayasa'nın kişi hak ve ödevlerine ilişkin İkinci Kısım İkinci Bölüm'ünde düzenlendiği, buna göre ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilecek olan kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin de kanunla belirlenmesi gerektiği, temel haklar, kişi hakları ve ödevlerinin CBK ile düzenlenemeyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 20. ve 104. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

20. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 20. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on

yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

21. CBK'nın 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde Başkanlığın görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkili olduğu belirtilmiş, aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise kendilerinden bilgi istenen bütün kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerin bu bilgileri istenen süre içinde öncelikle ve zamanında vermekle yükümlü oldukları öngörülmüştür. Dava konusu kural anılan fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresidir.

22. CBK'nın 1. maddesi uyarınca Başkanlık doğrudan Cumhurbaşkanlığına bağlı, genel bütçeli bir kamu kurumu olarak kurulmuştur. 3. maddeye göre de Başkanlık ülkenin tanıtılmasına, ulusal ve uluslararası düzeyde kamuoyunun ve ilgili makamların doğru bilgilendirilmesine ve aydınlatılmasına, bu hususta bilgi akışının ve haber takibinin sağlanmasına, iletişim standartlarının belirlenmesine, basın yayın alanındaki faaliyetlerin gerçekleştirilmesine ilişkin görevlere sahiptir. Başkanlığı anılan görevleri kapsamında gerekli gördüğü bilgileri istemeye yetkili kılan kuralın yürütme yetkisine ilişkin konuyu düzenlediği anlaşılmaktadır.

23. Başkanlığın tanıtım, iletişim, bilgilendirme, doğru bilgiyle aydınlatma, iş birliği ve koordinasyon ile basın yayın odaklı görevleri dikkate alındığında gerekli olan bilgileri isteyebilmesinin görevlerini yerine getirebilmesi bakımından gerekli olduğu açıktır. Nitekim istenebilecek bilgiler Başkanlığın görevleriyle ilgili olanlar ile sınırlı tutulmuştur. Bir başka deyişle kural, Başkanlığın belirlenen görevlerinin yerine getirilebilmesinin doğal ve zorunlu bir sonucu olarak bilgi isteme yetkisini düzenlemekte olup kişisel verilere ilişkin bir düzenleme niteliğinde değildir.

24. 6698 sayılı Kanun kapsamında yer alan ve kişisel verilere ilişkin yükümlülükler ile uyulacak usul ve esasları düzenleyen çeşitli hükümlere Genel Açıklama bölümünde yer verilmiştir (bkz. §§ 14-18). Kuralın kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran, genişleten, uygulanmasına istisna getiren veya herhangi bir surette bu hükümlere temas eden bir yönü bulunmadığı

gibi kişisel verilere ilişkin her türlü işlemin 6698 sayılı Kanun ile kişisel verilere ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlere uygun olarak gerçekleştirileceği açıktır.

25. Bu itibarla kişisel verilere ilişkin düzenleme içermeyen ve kişisel verilerle ilgili bulunmayan kuralın Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölüm'ünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kapsamında bulunduğu söylenemez.

26. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir"* Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir"* denilmek suretiyle bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması yönünden CBK'larla düzenleme yapılmasına açıkça izin verilmiştir.

27. Bu bağlamda Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin anılan hükmünde belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 31).

28. Anayasa'nın *"Cumhurbaşkanı yardımcıları, Cumhurbaşkanına vekâlet ve bakanlar"* başlıklı 106. maddesinin on birinci fıkrasında; bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile düzenleneceği öngörülmüş olup Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşlara ilişkin ayrıca bir hükme yer verilmemiştir.

29. 6771 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğinin gerekçesinde Cumhurbaşkanı'na ilk elden CBK çıkarma yetkisi verilmesinin amacı, yeni hükûmet sisteminde Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde ihtiyaç duyduğu konularda düzenleme yapabilmesini sağlamak olarak açıklanmaktadır (bkz. § 5).

30. Bu kapsamda CBK'lar ile bakanlıkların kurulmasını, kaldırılmasını, görevleri ve yetkilerini, teşkilat yapısını düzenleyebilme

yetkisini haiz Cumhurbaşkanı'nın, Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri ile teşkilat yapısını CBK ile düzenleyebileceği evleviyetle kabul edilmelidir. Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasına göre bakanlık bünyesinde kurarak teşkilatını düzenleyebileceği bir kurumu tercihen Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum veya kuruluş olarak kurması hâlinde ilgili kurum ve kuruluş için Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen sınırlardan dolayı CBK ile düzenleme yapamayacağının kabulü Anayasa'nın genel sistematığına ve bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması konusunda CBK çıkarma yetkisi tanıyan anayasal hükmün amacına aykırı olacaktır (AYM, E.2019/71, K.2020/82, 30/12/2020, § 27).

31. Bu itibarla kuralın ilişkin olduğu Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların görev ve yetkisi konusunun Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca CBK ile düzenlenmesi açıkça hükme bağlanmış olan bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına dair düzenlemelerin CBK ile yapılması Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir (E.2019/71, K.2020/82, § 28).

32. Buna göre Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak CBK ile kurulmuş bulunan Başkanlığın görevleriyle ilgili bilgi isteme yetkisini düzenleyen dava konusu kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

33. Kuralın da yer aldığı CBK, Başkanlığın kurulmasına, teşkilatlanmasına, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla kabul edilmiştir. Buna göre ilk kez (14) numaralı CBK ile kurulmuş olan Başkanlığın bilgi toplama yetkisine yönelik kuralın kanunda açıkça düzenlenen bir konuya ilişkin olmadığı anlaşılmaktadır.

34. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

b. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

35. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

36. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

37. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri *belirlilik* ilkesidir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre anılan ilke, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan belirli bir kesinlik içinde hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır.

38. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır. Anılan ilkenin yürütmenin asli düzenleyici işlemi niteliğinde olan CBK'lar bakımından da geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

39. Kuralın Başkanlığın CBK'da açıkça düzenlenmiş olan görevlerini yerine getirebilmesi amacıyla düzenlendiği ve istenebilecek bilgilerin Başkanlığın görevleriyle ilgili ve gerekli olanlarla sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır. Gerekli görülen bilgilerin istenmesindeki amaç, kapsam ve sınır açıkça belirlenmiş olup kuralın hem kişiler hem de idare yönünden belirli ve öngörülebilir olduğu açık olduğundan kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.

40. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Yusuf Şevki HAKYEMEZ iptal talebinin reddine farklı gerekçeyle katılmıştır.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

C. CBK'nın 21. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

41. Başkanlığın teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen CBK'nın dava konusu kuralın da yer aldığı 21. maddesinde Başkanlıkta istihdam edilecek, çalıştırılacak ve görevlendirilecek personele ilişkin kurallara yer verilmiştir.

42. Anılan maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarına göre Başkanlıkta 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek 41. maddesine göre iletişim uzmanı ve iletişim uzman yardımcısı istihdam edilecek olup bu personel mali ve sosyal hak ve yardımları ile diğer özlük hakları bakımından 375 sayılı KHK'nın ek 30. maddesi uyarınca adalet uzmanı ve adalet uzman yardımcısına denk olacaktır.

43. Maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde Başkanlıkta 657 sayılı Kanun'a tabi personel istihdam edileceği belirtilmiş, ikinci cümlede ise 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesi çerçevesinde Başkanlığın sözleşmeli personel istihdam edebileceği gibi aynı KHK'nın ek 25. maddesi çerçevesinde diğer kurumlardan geçici olarak personel görevlendirebileceği de düzenlenmiştir.

44. Anılan kurallar uyarınca Başkanlık bünyesinde 657 sayılı Kanun'a tabi personel istihdam edileceği gibi 375 sayılı KHK'nın ek 25. maddesi kapsamında bir kadro veya pozisyona dayalı olarak bir kamu kurum veya kuruluşunda istihdam edilenlerin de geçici olarak görevlendirilmeleri mümkün olacak; yine aynı KHK'nın ek 26. maddesi kapsamında özel bilgi ve uzmanlık gerektiren geçici mahiyetteki işlerde ise yerli veya yabancı personel tam zamanlı, kısmi zamanlı veya projelerle sınırlı olarak sözleşmeyle istihdam edilebilecektir. Ancak ek 26. madde uyarınca bu şekilde sözleşmeli olarak çalışma sözleşme bitiminde kamu

kurum ve kuruluşlarında herhangi bir pozisyon, kadro veya statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmeyecektir.

45. 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesinde bu kapsamda çalıştırılacak personelin sözleşme usul ve esasları ile ödeme ve ücret hususlarında birtakım düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre sözleşmeli personele verilecek her türlü ödemeler dâhil ücretler, 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca ilgililerin yürüteceği görevler göz önüne alınarak tespit edilecektir. Sözleşmeli personelde kurumsal hizmetlerin gerektirmesi hâlinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartlar, bunların işe alınmaları, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerinin feshi ile istihdamlarına dair diğer hususlar kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

46. Dava konusu kural CBK'nın 21. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında çalıştırılacak personelin sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemelerinin Cumhurbaşkanı'nca tespit edileceğini öngörmektedir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

47. Dava dilekçesinde özetle; Başkanlığın Cumhurbaşkanlığına bağlı genel bütçeli bir kamu kurumu olduğu, kurum çalışanlarının da kamu görevlisi niteliğine sahip bulundukları, kamu görevlisi olan kurum çalışanlarının sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarları ve her çeşit ödemelerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu konularda CBK veya Cumhurbaşkanı kararı ile düzenleme veya belirleme yapılamayacağı, kural kapsamında kalan konuların 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesinde düzenlendiği, kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı, yürütme görev ve yetkisinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılması gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 8., 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

48. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 8. ve 128. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın

104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

49. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesinde kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamayacağı kurala bağlanmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen *kanun koyma* yetkisi kapsamında kanun adı altında yaptığı düzenlemelerin bu kapsamda olduğunda kuşku bulunmadığı gibi Anayasa'nın mülga 91. maddesi kapsamında çıkarılmış olan ve niteliği, getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesinin KHK'lara ilişkin içtihadı ve uygulama dikkate alındığında kanun hükmünde oldukları anlaşılan KHK'ların da aynı kapsamda kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla KHK ile açıkça düzenlenen bir konuda da Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca CBK çıkarılmaması gerekir (AYM, E.2019/78, K.2020/6, 23/1/2020, §§ 33-39; E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, §§ 24-29).

50. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca yapılacak denetimde karşılaştırmaya esas olabilecek, daha önce çıkarılmış bir kanun olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Sonrasında ise -böyle bir kanun varsa- incelenen CBK kuralının kanunun açıkça düzenlediği konuyu düzenleyip düzenlemediği belirlenmelidir. Bu değerlendirme yapılırken önce ilgili kanunun CBK ile düzenlenen alanda hüküm ifade edip etmediğinin belirlenmesi, ardından da kanundaki düzenlemenin açık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu bağlamda CBK kuralı olmasaydı, karşılaştırmaya esas alınan kanun hükmünün CBK ile düzenleme yapılan konuya uygulanacak olup olmaması, CBK kuralının kanun ile düzenlenen konuda çıkarılıp çıkarılmadığına dair bir gösterge olacaktır (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 17; E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 30).

51. 375 sayılı KHK'nın ek 26. maddesinde, dava konusu kural kapsamında çalıştırılacak sözleşmeli personele verilecek her türlü ödemeler dâhil ücretlerin 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre çalıştırılanlar için uygulanmakta olan sözleşme ücreti tavanının beş katını aşmamak üzere Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği makamca tespit edileceği, bu şekilde istihdam edilecek personel yönünden kurumsal hizmetlerin gerektirmesi hâlinde aranacak öğrenim ve yabancı dil bilgisi şartı ile diğer şartların, işe alınma, sınav ve istisnaları, sözleşme süre, usul ve esasları, görev, yetki ve yükümlülükleri, sözleşmelerin

feshi ile istihdamlarına dair diğer hususların kurumlarca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği ifade edilerek sözleşmeli personelin çalıştırılmasına ilişkin birtakım esaslar belirlenmiştir. Dava konusu CBK kuralının da sözleşmeli personelin sözleşme usul ve esasları ile CBK'nın 21. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamında çalıştırılacak personelin ücret miktarı ve her çeşit ödemeleriyle ilgili olduğu, 375 sayılı KHK'da açıkça düzenlenen konulara ilişkin bulunduğu anlaşılmaktadır.

52. Nitekim dava konusu CBK kuralının bulunmaması durumunda anılan KHK hükmünün CBK kuralı ile düzenleme yapılan konuya uygulanacağı anlaşılmaktadır.

53. Bu çerçevede KHK'nın açıkça düzenlediği bir konuda düzenleme yapan CBK kuralı Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı bir düzenleme getirmektedir.

54. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca aynı fıkranın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleri yönünden incelenmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca içerik yönünden incelenmemiştir.

Ç. CBK'nın 22. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "... yurtdışı ve..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

55. Dava dilekçesinde özetle; Anayasa'da idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunun ve kanunla düzenlenebileceğinin genel kural olarak belirlendiği, CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesinin genel kuralın istisnası olarak ayrıca düzenlendiği, istisnaların dar yorumlanması gerektiği ve yorum yoluyla genişletilemeyeceği, CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulmasına imkân veren Anayasa hükmünün yurt dışı teşkilatı kurma yetkisini de kapsadığının söylenemeyeceği, yine yurt dışı teşkilatı kurma yetkisini Başkanlığa tanıyan kuralın yurt dışı teşkilatının bir yürütme işlemiyle kurulmasını mümkün hâle getirdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

56. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi de gözetilerek anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

57. CBK'nın 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Başkanlığın yurt dışı ve taşra teşkilatı kurmaya yetkili olduğu hükme bağlanmış olup anılan fıkra da yer alan "...yurtdışı ve..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

58. Kuralın Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak CBK ile kurulan ve ayrı bir kamu tüzel kişiliği bulunmayan Başkanlığın teşkilatlanmasıyla ilgili olduğu, yasama ve yargı yetkileriyle ilgili herhangi bir husus içermediği, bu itibarla yürütme yetkisine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

59. Kural, Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesi yasaklanan İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölüm'ünde yer alan siyasi haklar ve ödevler ile ilgili herhangi bir düzenleme de içermemektedir.

60. Daha öncede ifade edildiği üzere Anayasa'nın CBK'lar tarafından düzenleneceğini özel olarak öngördüğü bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının düzenlenmesi kapsamında, bu konularla sınırlı olmak üzere Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususlarda düzenleme yapılabilir (bkz. §§ 26-31).

61. Kamu kurumlarının teşkilatı, bu kurumların üstlendikleri görev ve yetkileri ifa edebilmeleri için oluşturulan ve söz konusu hizmetin yürütülmesinde doğrudan ya da dolaylı olarak rol alan, aynı kurum bünyesindeki farklı düzey ve nitelikteki birimlerin bütünü ifade etmektedir. Bu itibarla bir kurumun bu mahiyetteki merkez ve taşra teşkilatının yanı sıra yurt dışı teşkilatı da teşkilat yapısı kavramına dâhildir (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 21; E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, § 21). Buna göre Cumhurbaşkanlığına bağlı olarak

CBK ile kurulmuş bulunan Başkanlığa teşkilat yapısının bir parçası olan yurt dışı teşkilatını kurmak konusunda yetki veren kural Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile düzenlendiğinden kuralın Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

62. Öte yandan kamu kurum ve kuruluşlarının yurt dışı teşkilatının kurulmasına, görevlerine, yetkilerine, idaresine ve merkezle olan ilişkilerine ilişkin esasları düzenleyen 13/12/1983 tarihli ve 189 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Yurtdışı Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 58. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre Başkanlığın yurt dışı teşkilatı kurabilmesine ilişkin olarak yürürlükte bir kanun hükmü bulunmadığı anlaşılmakta olup bu yönüyle kural kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin değildir.

63. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

b. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

64. Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görev ve yetkilerinin, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Anılan hüküm uyarınca Cumhurbaşkanı CBK'yla idarenin teşkilatlanması konusunda Anayasa'nın temel ilkelerine ve bu alanla ilgili öngördüğü kurallarına bağlı kalmak koşuluyla bakanlıkların ve bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilen Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların teşkilat yapısının ne şekilde olacağını belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir.

65. Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların ve bakanlıklara dair yetki kapsamında kaldığı değerlendirilen Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların teşkilatı kapsamında yurt dışı teşkilatı kurulması yetkisi

CBK'ya tanınmış olup CBK'ya tanınan bu asli yetkinin başka bir idari işleme bırakılması mümkün değildir.

66. Bununla birlikte yürütme organının CBK çıkarmaya yetkili olduğu konuya ilişkin her türlü ayrıntıyı CBK ile düzenlemesi ve bu düzenlemelerin gereğini bizzat yerine getirmesi gerekli olmayıp CBK ile konuya ilişkin temel kuralları belirledikten ve genel çerçeveyi çizdikten sonra bu çerçevenin içinde kalan hususları, düzenleyici nitelikteki diğer işlemlerle belirlemesi ve bu düzenlemeler kapsamında yerine getirilmesi gerekli tasarrufları da ilgili idareye bırakması mümkündür (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 36; E.2018/124, K.2020/56, 15/10/2020, § 25).

67. (14) numaralı CBK'da Cumhurbaşkanlığına bağlı ve ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan Başkanlığın kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş; bu kapsamda dava konusu kuralla Başkanlık yurt dışı teşkilatı kurmak konusunda yetkilendirilmiştir. (1) numaralı CBK'nın kamu kurum ve kuruluşlarının teşkilatlanmasına ilişkin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde kuralın CBK ile oluşturulan söz konusu teşkilatın fiilen faaliyete geçirilmesi için gerekli idari tasarrufların Başkanlık tarafından yerine getirilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır. Bunun dışında kural; söz konusu yurt dışı teşkilatının doğrudan düzenlenmesiyle ilgili bir yetkiyi bu kapsamda örneğin yurt dışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi konularda düzenleme yapma yetkisini Başkanlığa tanımamıştır. Kuralın anılan yetkiyi Başkanlığa bırakmadığı tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ve Cumhurbaşkanlığının teşkilatını düzenleyen (1) numaralı CBK'nın *Ortak Hükümler* başlıklı bölümünde düzenlenen 510/B maddesinin başlığından ve içeriğinden açıkça anlaşılmaktadır. *"Yurtdışı teşkilatı kurulma usulü"* başlıklı söz konusu maddede *"Yurtdışı teşkilatı kurulurken niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı, bağlı veya ilgili olacağı misyon, konsolosluk şefliği ve geçici olanların süresi, Cumhurbaşkanı kararında belirtilir."* hükmüne yer verilmiştir.

68. Buna göre (1) numaralı CBK, yurt dışı teşkilatının kurulmasına ilişkin olarak yurt dışı teşkilatının niteliği, kurulacağı yer, görevleri, yer itibarıyla görev alanı gibi temel kuralları dava konusu kuralla Başkanlığa bırakmamış; bunların düzenlenme yetkisini 510/B maddesiyle Cumhurbaşkanı kararına tanımıştır. CBK ile söz konusu hususlarda düzenleme yapma yetkisinin anayasal olarak Cumhurbaşkanı kararına

bırakılıp bırakılamayacağı bu davanın konusunu oluşturmamakla birlikte bu hüküm anılan konularda doğrudan düzenleme yapma yetkisinin Başkanlığa bırakılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla kuralla tanınan yetkinin konuya ilişkin temel kurallar ve genel çerçeve belirlenmeden yurt dışı teşkilatının kurulması veya düzenlenmesini de içerdiğinin söylenemeyeceği anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında CBK ile oluşturulan Başkanlığın yurt dışı teşkilatına ilişkin olarak doğrudan düzenleme yapma yetkisini Başkanlığa bırakmayan dava konusu kuralın da anılan fıkrayı ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

69. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 106. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu sonuca farklı gerekçe ile katılmıştır.

D. CBK'nın 26. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c) Bendiyle (1) Numaralı CBK'nın 485. Maddesine Eklenen (i) Bendinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

70. (1) numaralı CBK'nın 474. maddesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının (Bakanlık) görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Anılan madde kapsamında genel olarak Bakanlığın faaliyet alanı ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetleri ile su yolu projelerine ilişkin olarak planlama, geliştirme, kurma, kurdurma, işletme, işletirme, koordinasyon sağlama ve izlemeye ilişkin bir kısım iş ve işlemleri yapmak olarak belirlenmiş; anılan maddenin (a) bendinde ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetleri ile Karadeniz ile Marmara Denizi'ni birleştiren ve gemilerin seyrüseferine imkân veren Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projelerinin geliştirilmesi, kurulması, kurdurulması, işletilmesi ve işletirilmesi hususlarında ilgili kurum ve kuruluşlarla koordinasyon içerisinde, millî politika, strateji ve hedeflerin belirlenmesi amacıyla çalışmalar yapmanın ve belirlenen hedefleri uygulamanın Bakanlığın görev ve yetkileri arasında bulunduğu ifade edilmiştir.

71. Dava konusu kural (1) numaralı CBK'nın Bakanlığın hizmet birimlerinden olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkilerini düzenleyen 485. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddenin (ı) bendinde denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak su yolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projelerini yapım ve işletim

modelleri de geliştirerek planlamanın, bu altyapılarla ilgili proje ve şartnameleri hazırlamanın, hazırlatmanın, incelemenin, incelettirmenin ve onaylamanın, yapmanın veya yaptırmanın, yapımı tamamlananları ilgili kuruluşlara devretmenin ve işletme esaslarını belirlemenin Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkisinde olduğu belirtilmiştir.

72. Dava konusu kuralla 474. maddenin (a) bendi ile 485. maddenin (1) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi hâlinde 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamı da dâhil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamanın Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında olduğu öngörülmüştür.

73. 474. maddenin (a) bendi ile 485. maddenin (1) bendinde yazılı projeler ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetleri ile Karadeniz ile Marmara Denizi'ni birleştiren ve gemilerin seyrüseferine imkân veren Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri ile denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak su yolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projeleridir.

74. Öte yandan dava konusu kuralın atıfta bulunduğu 3996 sayılı Kanun, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarınca ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Anılan Kanun'un 3. maddesine göre yap-işlet-devret modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup yatırım bedelinin (elde edilecek kâr dâhil) sermaye şirketlerine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içerisinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödenmesini ifade etmektedir.

75. Kanun'un kapsamı ise 2. maddede belirtilmiştir. Anılan maddeye göre köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, kongre merkezi, kültür ve turizm yatırımları, ticari bina ve tesisler, spor tesisleri, yurtlar, tema parklar, balıkçı barınakları, silo ve depo tesisleri, jeotermal ve atık ısıya

dayalı tesisler ve ısıtma sistemleri elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun kara yolu, demir yolu ve raylı sistemler, gar kompleksi ve istasyonları, teleferik ve telesiyer tesisleri, lojistik merkezi, yeraltı ve yer üstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri, sınır kapıları ve gümrük tesisleri, millî park (özel kanunu olan hariç), tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri ve benzeri yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi konularında sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde görevlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar Kanun'un kapsamında yer almaktadır.

76. Bu bağlamda dava konusu kural; ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak gerektiren ulaştırma, denizcilik, haberleşme ve posta iş ve hizmetleri ile Karadeniz ile Marmara Denizi'ni birleştiren ve gemilerin seyrüseferine imkân veren Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri ve denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak su yolu işlevi görecektir kanal ve benzeri altyapı projeleri ile 3996 sayılı Kanun kapsamında kalan yatırım ve hizmetleri kapsamaktadır. Kuralla Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesindeki hizmet birimlerinden olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, belirtilen projeler ile yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapılmasını sağlamak bakımından sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi hususunda görevli ve yetkili kılınmaktadır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

77. Dava dilekçesinde özetle; daha önce 3996 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak su yolu işlevi görecektir kanal ve benzeri altyapı projelerinin 3996 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmaksızın CBK kuralı ile yap-işlet-devret modeli kapsamına alındığı, Bakanlığın bu tür projelerin yapımından sorumlu bakanlık, Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün ise yetkili genel müdürlük olarak belirlendiği, 3996 sayılı Kanun'da değişiklik niteliği taşıyan bu kuralların kanunla düzenlenmesi gerektiği, yasama organı tarafından önceden düzenleme yapılmış olan bir alanda CBK ile düzenleme yapılamayacağı, temel ilkeler ve çerçeve belirlenmeden

idarelere geniş ve sınırsız yetki veren kuralın hukuki belirlilikten yoksun olduğu, yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7. ve 104. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kuralın Konu Bakımından Yetki Yönünden İncelenmesi

78. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın 7. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

79. Yürütme organının bir unsuru olan Bakanlığın hizmet birimlerinden Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün kamu hizmetlerinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak görev ve yetkilerine ilişkin düzenleme içeren kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

80. Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün belirtilen projeler ile yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamak bakımından görevli ve yetkili kılınmasını öngören kural kapsamı itibarıyla Anayasa'nın İkinci Kısım Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile Dördüncü Bölüm'ünde yer alan siyasi haklar ve ödevler ile ilgili bulunmamaktadır.

81. Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiş; 106. maddesinin on birinci fıkrasında ise bakanlıkların kurulmasının, kaldırılmasının, görev ve yetkilerinin, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının CBK ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla anılan fıkra kapsamındaki konular Anayasa'nın CBK ile düzenlenmesini ayrıca ve özel olarak öngördüğü konulardır. Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen anılan konularda CBK'yla düzenleme yapılması Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrası bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık teşkil etmemektedir. Buna göre Bakanlığın hizmet birimlerinden Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerinden birini düzenleyen kuralın anılan hükmü ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

82. Öte yandan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir"* denilmiştir. Bu kapsamda 3996 sayılı Kanun, kamu kurum ve kuruluşlarınca (kamu iktisadi teşebbüsleri dâhil) ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir.

83. Dava konusu kuralla hangi yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeliyle yaptırılabilceği ve bunun kapsamıyla ilgili bir düzenleme öngörülmemekte, kanunla içeriği belirlenen hususa ilişkin kamu hizmetinin Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca hangi bakanlığın hangi hizmet birimi tarafından yerine getirileceği konusunda *bakanlıkların teşkilat, görev ve yetkisine* ilişkin bir düzenleme getirilmektedir.

84. Bu bağlamda 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasında Kanun'un kapsamında kalan yatırım ve hizmetler sayılmış olup dava konusu kuralda ifade edilen projelerden haberleşme ile Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri açıkça 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde belirtilmiştir. Ayrıca anılan Kanun kapsamında kalan yatırım ve hizmetler sınırlı olarak sayılmayıp maddede yer alan *"... ve benzeri yatırım ve hizmetler..."* ibaresiyle maddede sayılanlarla benzer mahiyetteki yatırım ve hizmetlerin de Kanun kapsamında bulunduğu açıklanmıştır. Bu bakımdan kuralın içerik itibarıyla yeni tür yatırımlar, hizmetler veya projeler eklemek ya da yeni koşullar belirlemek suretiyle 3996 sayılı Kanun'un kapsamını genişlettiği söylenemeyeceği gibi Kanun'u daraltan veya herhangi bir surette değiştiren bir yönü de bulunmamaktadır.

85. Bu itibarla Anayasa'nın 47. maddesi bağlamında devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceği konusunda bir düzenleme öngörmeyen ve anılan konulardaki kamu hizmetini *bir teşkilat olarak* yerine getirme *görev ve yetkisinin* Anayasa'nın 106. maddesinin on birinci fıkrası kapsamında hangi Bakanlık birimi tarafından yerine getirileceğini düzenleyen dava konusu kuralın Anayasa'nın 47.

maddesinin dördüncü fıkrası bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesini ihlal ettiği söylenemez.

86. Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esasları düzenleyen 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı 703 sayılı KHK'nın 31. maddesi ile *"Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"* olarak değiştirilmiş ve Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü de dâhil olmak üzere Bakanlığın hizmet birimlerinin görev ve yetkilerini düzenleyen hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Buna göre Bakanlığın hizmet birimlerinden olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerine ilişkin olarak yürürlükte bir kanun hükmünün bulunmadığı anlaşılmakta olup kural kanunda açıkça düzenlenen konulara ilişkin değildir.

87. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

b. Kuralın İçerik Yönünden İncelenmesi

88. Hukuk devletinde kanunlar gibi CBK'lar da kamu yararı amacıyla çıkarılır. Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre kamu yararı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarılardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. CBK kuralının amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir.

89. Kural, Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesindeki hizmet birimlerinden olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün (1) numaralı CBK'nın 474. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ile 485. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi halinde 3996 sayılı Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlama görevini düzenlemektedir.

90. Kuralla Bakanlığın merkez teşkilatı bünyesindeki hizmet birimlerinden olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görevlerinden birisi tanımlanmakta, böylece anılan Bakanlığın görev ve yetkisi kapsamında kalan bir hususun Bakanlığın hangi hizmet birimince yerine getirileceği açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu itibarla kuralın kamu yararı dışında bir amaç güttüğü söylenemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

91. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

92. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresine,

2. 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...yurtdışı ve..." ibaresine,

3. 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 485. maddesine eklenen (i) bendine,

yönelik iptal talepleri 3/3/2021 tarihli ve E.2018/134, K.2021/13 sayılı kararlar reddedildiğinden bu bende ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

3/3/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin;

A. 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...gerekli gördüğü bilgileri...” ibaresinin;

1. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...yurtdışı ve...” ibaresinin;

1. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 485. maddesine eklenen (i) bendinin;

1. Konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. İçeriği itibarıyla Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3/3/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...*gerekli gördüğü bilgileri...*" ibaresinin ve 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle (1) numaralı CBK'nın 485. maddesine eklenen (i) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. Kurallardan birincisinin hem konu bakımından yetki hem de içerik yönünden, ikincisinin ise konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğümünden çoğunluk görüşüne katılma imkânı olmamıştır.

A. CBK'da Yer Alan "...*gerekli gördüğü bilgileri...*" İbaresii

a. Konu Bakımından Yetki Yönünden

2. İptali istenen ibarenin de bulunduğu fıkranın birinci cümlesinde İletişim Başkanlığına görevleriyle ilgili olarak *gerekli gördüğü bilgileri* tüm kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden isteme yetkisi verilmektedir. Anılan fıkranın ikinci cümlesi ise kendilerinden

bilgi istenen kişi ve kurumları bu bilgileri istenilen süre içinde öncelikle ve zamanında vermekle yükümlü kılmaktadır.

3. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca temel haklar, kişi hakları ve siyasi haklar CBK ile *düzenlenemez*. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa'da CBK ile düzenlenemeyeceği öngörülen "yasak alan" kapsamında kalan temel haklar arasındadır. Buradaki düzenleme yasağı, sınırlandırmayı da içine alan ancak onunla sınırlı olmayan ve sınırlama mahiyetinde olmasa da anılan hak ve özgürlüklere yönelik olan her türlü düzenlemeyi içermektedir.

4. Çoğunluğa göre İletişim Başkanlığına kanuni görevlerini yerine getirebilmesi için zorunlu olan *"bilgi isteme yetkisi vermek"*ten ibaret olan dava konusu kural kişisel verilere ilişkin düzenleme içermemekte ve kişisel verilerle ilgili bulunmamaktadır. Bu görüş kişisel verilere ilişkin düzenlemelerin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda bulunduğu, kuralın buradaki düzenlemelerin *"uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran, genişleten, uygulanmasına istisna getiren veya herhangi bir surette bu hükümlere temas eden bir yönünün bulunmadığı"* gerekçesine dayanmaktadır (bkz. §§ 23-25).

5. Bu görüşün ve dayandığı gerekçenin en az üç nedenle isabetli olmadığı düşünülmektedir. Birincisi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların esas itibarıyla 6698 sayılı Kanun'da yer alması, diğer kanunlarda da bu konuda düzenleme yapıl(a)mayacağı anlamına gelmez. Nitekim çoğunluğun da kabul ettiği üzere anılan Kanun dışındaki kanunlarda da kişisel verilere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bu durumda dava konusu kuralda olduğu gibi bilgi talep etme yetkisinin, 6698 sayılı Kanun dışında özel olarak düzenlenmiş olması, söz konusu düzenlemenin kişisel verilerle ilgili olmadığı anlamına gelmez. En fazla aynı konuyu –farklı boyutlarıyla bile olsa- düzenleyen iki farklı yasal düzenlemenin varlığından bahsedilebilir.

6. İkinci olarak bir kamu kuruluşuna diğer kamu kurum ve kuruluşlarından, gerçek ve tüzel kişilerden bilgi isteme yetkisi veren düzenlemenin, bu konudaki temel kanunun sınırlarını aşmadığı için, kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgisinin olmadığını söylemek mantıken de mümkün değildir. Zira bu hakkın korunması, en başta kişilere ait olan kişisel verilerin kamu kuruluşlarınca istenebilmesini

sağlayan yetkinin açık, sınırlı ve belirli şekilde düzenlenmesini gerektirmektedir. Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin işlenmesinin ilk basamağı bu bilgilerin istenmesi veya bazı durumlarda doğrudan *elde edilmesi*dir. Nitekim 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde "kişisel verilerin işlenmesi" kavramı kişisel verilerin "*elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*" şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle bir kamu otoritesine neredeyse herkesten bilgi isteme, elde etme ve bunları işleme yetkisi veren bir kural, başka bir kanuna aykırı olmasa da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik bir düzenlemedir.

7. Üçüncüsü ve en önemlisi dava konusu kuralın 6698 sayılı Kanun'a aykırı, onu aşan bir yönünün bulunmaması farklı, kuralın kişisel verilere ilişkin olması farklı şeylerdir. Esasen çoğunluk kuralın 6698 sayılı Kanun'un sınırlarını aşmadığını belirtirken, onun kişisel verilerle ilgili olduğunu da zımnen kabul etmiş olmaktadır. Aksi olsaydı böyle bir açıklamaya da ihtiyaç duyulmazdı. Dahası çoğunluğun bu görüşü kuralın kişisel verilere ilişkin bir düzenleme mahiyetinde olmadığı görüşünün değil, daha ziyade kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmediği, dolayısıyla içerik olarak Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olmadığı şeklindeki görüşün gerekçesi olabilir.

8. Öte yandan Anayasa Mahkemesi şu ana kadar, kurumlardan gerçek ve tüzel kişilerden bilgi istenmesine yönelik düzenlemeleri temel hak ve özgürlükler kapsamında incelemiştir. Sözelimi 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinde yer alan ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun görev ve yetkileri arasında sayılan "*işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak*" şeklindeki hüküm Anayasa'nın 12., 13. ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesi kapsamında denetlenmiştir (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 2/6/2011). Benzer şekilde internet trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenleyen kanun hükmü Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddeleri yönünden incelenmiştir (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014).

9. Daha yakın tarihli bir kararda da eldeki davada iptali istenen kurala çok benzeyen bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı denetlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, 5809 sayılı Kanun'un 60. maddesine eklenen (11) numaralı fıkrada yer alan, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu "görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir ve değerlendirmesini yapabilir" ve bu çerçevede "istenen her türlü bilgi ve belge talebi; ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından gecikmeksizin yerine getirilir." şeklindeki kuralların anayasallık denetimini Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddeleri kapsamında yapmıştır (AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/7/2019, § 61).

10. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bu ve benzeri kararlarında denetlenen kuralların bazıları Anayasa'ya uygun bazıları da aykırı bulunmuştur. Bu noktada önemli olan husus Mahkemenin içeriğe ilişkin değerlendirmesi değil, iptali istenen kuralları temel hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasal hükümler yönünden incelemesidir. Aslında başka türlü de olamazdı, zira kurallar -Anayasa'ya uygun ya da aykırı olarak- kişisel verileri de içine alan düzenlemeler içermektedir. Tıpkı eldeki davada iptali istenen CBK kuralı gibi. Nitekim Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir iptal kararında da belirttiği üzere "devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur" (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 170).

11. Diğer yandan 6698 sayılı Kanun'a göre "kişisel veri", "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin **her türlü bilgiyi**" ifade etmektedir (m. 3/1/d). Bu anlamda sadece kişinin adı ve soyadı, doğum yeri ve tarihi gibi kimlik bilgileri değil, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, pasaport numarası, özgeçmiş bilgileri, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri ve aile bağları gibi kişiyi belirlenebilir kılan tüm bilgiler de kişisel veri kapsamında kalmaktadır (AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018, § 54; AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 168).

12. İletişim Başkanlığının görevleriyle ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri isteyebileceğini öngören dava konusu kuralda bu bilgiler arasında kişisel verilerin olmayacağına dair bir sınırlama söz konusu değildir. Buradaki tek sınırlama, istenecek bilgilerin Başkanlığın "görev alanına giren konular" a ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla bu bilgiler arasında

kişisel verilerin olup olmadığını belirleyebilmek için söz konusu görevlerin mahiyetine ve kapsamına da bakılmalıdır.

13. Başkanlığın görevleri, (14) numaralı CBK'nın 3. maddesinde ayrıntılı olarak sıralanmıştır. Kamuoyunun zamanında ve doğru bilgilerle aydınlatılması için bilgi akışı sağlamaktan basın-yayın mensuplarına basın kartı hazırlamaya, vatandaşların kamu kurum ve kuruluşlarının faaliyetlerine ilişkin talep, görüş ve önerilerini kolayca iletebilmelerine yönelik tedbirleri almaktan Türkiye Medya Veri Tabanını oluşturma ve güncellemeye kadar Başkanlığa verilen görevlerin çok büyük bir kısmı şu ya da bu şekilde kişisel verilerin işlenmesini gerektirebilecek niteliktedir. Bu sebeple Kanun'da sayılan görevlerin yerine getirilmesi sırasında Başkanlığın kurum, kuruluş ve kişilerden talep edeceği bilgiler arasında kişisel verilerin bulunmaması mümkün değildir.

14. Kaldı ki, iptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu madde hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde Başkanlığa ilgili kişi ve kuruluşlardan en "hassas" bilgileri bile isteme yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim kuralı izleyen (3) numaralı fıkra *"Bu şekilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur."* denilmektedir. Bu durumda "ticari sır" mahiyetinde olan bilgilerin de istenebileceği açıktır. "Ticari sır" niteliğindeki bilgilerin "kişisel veri" kapsamında olup olmadığı ve mülkiyet hakkıyla ilişkisi gibi meseleler bir yana bırakılsa bile, mahremiyeti tartışmasız olan bu tür bilgilerin dahi istenebildiği bir yerde, talep edilen bilgiler arasında kaçınılmaz olarak kişisel verilerin de bulunacağını kabul etmek gerekir.

15. Diğer yandan Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını öngörmektedir. Esasen ikinci cümleye aykırı olarak bu cümlenin kapsamına giren herhangi bir temel hakla ilgili düzenleme yapan bir CBK, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya dair düzenleme yapmış olacaktır. Anayasa'da sosyal ve ekonomik hakların bir kısmı dışında hemen tüm haklara ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği izahtan varestedir. Ayrıca Anayasa'da özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş hakları da kapsayacak şekilde Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bütün temel hak ve özgürlükler *"ancak kanunla sınırlanabilir"*.

16. Dava konusu CBK kuralının 6698 sayılı Kanun'a uygun olduğu, onu aşan bir düzenleme getirmediği yönündeki değerlendirme, anayasa koyucunun CBK'lara ilişkin tasarımıyla da bağdaşmamaktadır. Anayasa'da CBK, kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmelik gibi türevsel nitelikte bir idari tasarruf olarak düzenlenmemiştir. Tersine CBK, tıpkı kanun gibi, kaynağını doğrudan Anayasa'dan alan asli düzenleme yetkisinin ürünüdür. Bu sebeple anayasallığı denetlenen bir CBK'nın düzenleme alanı belirlenirken onun aynı konuda düzenleme yapan bir kanuna *uygunluğuna* bakılması CBK kurumunun mantığına da aykırı olacaktır.

17. Sonuç olarak iptali istenen kural, ister kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ister daha genel anlamda özel hayatın gizliliği kapsamında kalsın, her durumda Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Bu sebeple kural, içeriğinin Anayasa'ya aykırılığı meselesinden bağımsız olarak, Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine aykırıdır.

b. İçerik Yönünden

18. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kuralın içerik denetiminin "*düzenleme bir kanun hükmü olsaydı*" varsayımıyla yapılması zorunludur. Zira temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bir CBK'nın, düzenlediği temel hakka ilişkin Anayasa maddesi ve sınırlama rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında incelenmesi mümkün değildir. Bununla birlikte bilindiği üzere CBK'ların içerik yönünden anayasallık denetimi, konu bakımından yetki yönünden yapılan denetimden müstakil olarak yapılmaktadır. Dolayısıyla çelişkili gibi görünse de çoğunluğun konu bakımından Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesine uygun bulduğu kuralların içerik denetimi, CBK kuralı adeta "*kanun(muş) gibi*" değerlendirilerek yapılmalıdır.

19. Bu anlamda kural sadece çoğunluğun incelediği Anayasa'nın 2. maddesine değil, incelemeye 20. maddesine de aykırıdır. Dava dilekçesinde kuralın açıkça Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu iddia edilmesine rağmen kararda içerik denetimi yapılırken bu madde yönünden inceleme yapılmamış, ayrıca "*inceleme yapılmasına gerek olmadığı*" ya da kuralın Anayasa'nın 20. maddesiyle "*ilgisi olmadığı*" da belirtilmemiştir.

20. Bu durumun kuralın konu bakımından yetki yönünden incelenmesi sırasında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıyla ilgisinin görülmemesinden kaynaklandığı, çoğunluğun içerik yönünden denetimde de açıkça ifade etmese de zımnen bu yaklaşımı sürdürdüğü, dahası sürdürmek zorunda kaldığı anlaşılmaktadır. Bu yaklaşımın ciddi bir açmaza yol açtığını, bu açmaza da ilk düşmenin yanlış iliklenmesiyle girildiğini söylemek yanlış olmaz. Kural doğrudan ve açıkça kişisel veriler konusunda bir düzenleme yaptığı halde, kuralın 6698 sayılı Kanun'a aykırı, onu aşan bir yönünün olmadığı belirtilerek "*yasak alan*" a girmedığı savunulmuştur.

21. Halbuki kişisel verilerin istenmesine dair kurallar konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda ifade edilen yerleşik içtihadında benimsediği yaklaşımını CBK'ların denetiminde değiştirmesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır. Kuralların içerik denetimi bakımından kanunlar ile CBK'lar arasında bir farklılık yoktur. Daha da önemlisi denetlenen kuralın kanun veya CBK hükmü olmasına göre esas alınan ölçü normların değişmesi, çelişkili kararların verilmesine de yol açabilir.

22. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 20. maddesinde, "*Özel hayatın ... gizliliğine dokunulamaz*" şeklinde keskin bir dil kullanmak suretiyle özel hayatın mahremiyetinin önemine işaret etmiştir. Bu gizliliğin özel bir yansıması kişisel verilerin korunmasında karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, "*kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.*"

23. Kişisel veri, kişinin mahremiyetinin en önemli yönlerinden birini, dolayısıyla maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının da ayrılmaz unsurunu oluşturmaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği üzere, insanın "*onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır*" (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 164).

24. Bununla birlikte kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı sınırsız değildir. Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmamak kaydıyla söz konusu hak sınırlandırılabilir. Bu

güvencelerin başında “kanunla sınırlama” ölçütü gelmektedir. Buna göre, diğer temel hak ve hürriyetler gibi, kişisel verilerin korunması hakkının da sınırlandırılabilmesi kanunla mümkündür. Dahası bu hakkın yer aldığı Anayasa’nın 20. maddesinde “kanunla sınırlama” şartı, “*Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir*” şeklinde özel olarak düzenlenmiştir.

25. Buradan hareketle, Anayasa’nın 13. ve 20. maddeleri kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının ancak kanunla sınırlandırılacağı, dolayısıyla bu hakka yönelik müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı açıktır. Bununla birlikte, sınırlama için kanuni düzenlemenin bulunması da yeterli olmayıp, bu düzenlemenin açık, belirgin ve öngörülebilir olması gerekmektedir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunun kaliteli olması, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devletinin de gereğidir. Dolayısıyla sınırlama ölçütü olarak belirtilen *kanunilik*, Anayasa’nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

26. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin “*hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir*” (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153). Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke “*hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar*” (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 154).

27. Belirtmek gerekir ki, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahale alanı genişledikçe, muhtemel keyfi ve ölçüsüz uygulamalara karşı bireylere güvence sağlayan kuralların daha açık ve belirli olması gerekir. Kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgili dava konusu kural bakımından da bu durum geçerlidir. İletişim Başkanlığının görev alanının oldukça geniş olduğu ve dolayısıyla iptali istenen ibarenin geniş bir alanda kişilerin temel haklarına müdahaleye izin verdiği dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması hakkını korumaya yönelik güvenceleri karşılayan açıklıkta ve belirlilikte düzenlemeye ihtiyaç olduğu izahtan varestedir.

28. Anayasa'nın 20. maddesi kişisel verilerin *"ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla"* işlenebileceğini öngörmektedir. Bu anayasal hükümle uyumlu olarak 6698 sayılı Kanun, kişisel verilerin işlenmesi konusunda bir takım genel ilke ve esaslara yer vermekle birlikte, kişilerin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin elde edilmesi ve aktarılabilmesi için *"kanunlarda açıkça öngörülme"*si gerektiğini belirtmiştir (m. 5/2/a, 8/2/a).

29. Bu kapsamda dava konusu *"gerekli gördüğü bilgileri"* ibaresi belirlilikten uzaktır. Kuşkusuz bu noktada gerekli görülen *her türlü* bilgi değil, Başkanlığın görev alanına giren konulara ilişkin bilgilerin isteneceği söylenebilir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, CBK'nın 3. maddesinde sayılan görevlerin kapsamı oldukça geniştir. Her biri son derece geniş bir alana tekabül eden söz konusu görevler kapsamında gerekli görülen bilgilerin istenmesini öngören kural, neredeyse ilgili kuruma sınırsız bir yetki tanımaktadır. Dolayısıyla *"gerekli gördüğü bilgileri"* ibaresi hangi bilgilerin ne ölçüde talep edileceği konusunda belirsiz ve öngörülemez bir düzenleme niteliğindedir.

30. Öte yandan kuralın kişisel verilerin *gizliliğinin* korunması bakımından da güvenceler içerdiği kuşkuludur. Nitekim iptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu fıkranın devamında (3) numaralı fıkra olarak düzenlenen *"Bu şekilde elde edilen bilgilerden ticari sır niteliğinde olanların gizliliğine uyulur."* şeklindeki hüküm, *"ticari sır"* mahiyetinde olan bilgilerin gizliliğinin korunmasını özel olarak düzenlemiştir. Buna karşılık *"ticari sır"* niteliğinde olmayan diğer bilgilerin gizliliğinin nasıl sağlanacağı konusunda herhangi bir düzenlemeye veya atıf yoluna gidilmemiştir. Bu da kuralı belirsiz ve kişisel verilerin korunması bakımından güvencesiz hale getiren hususlardan biridir.

31. Açıklanan gerekçeler ve benzer mahiyette bir kanun hükmünün denetimi kapsamında verilen ve yukarıda (10) nolu paragrafta atıf yapılan karara yazdığım Karşıoy Gerekçesinde yer alan diğer gerekçelerle dava konusu kuralın içerik yönünden de Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanaatindeyim.

B. (1) Numaralı CBK'nın 485. Maddesine Eklenen (i) Bendi

32. Dava konusu kural Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görev ve yetkilerinden birini düzenlemektedir. Buna göre *"474 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile bu fıkranın (ı) bendinde yazılı projelerin ileri*

teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi halinde 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamak,” Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasına eklenmiştir.

33. Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağını belirtmektedir. Anayasa’nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve tüzel kişilere yaptırılacak kamu yatırımları ve hizmetlerinin hangileri olduğu kanunla belirlenir.

34. Dava konusu kural ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren projelerden bazılarının yap-işlet-devret modeliyle şirketlere yaptırılmasını sağlamak görevini düzenlemektedir. Kuralda hangi projelerin bu kapsamda olduğu CBK hükümlerine ve 3996 sayılı Kanun’a atıf yoluyla belirlenmiştir. Dolayısıyla kural, kanunla belirlenmesi gereken bir konu olan bazı yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri kapsamında yap-işlet-devret modeliyle yerli veya yabancı şirketlere yaptırılması konusunda düzenleme yapmaktadır.

35. Çoğunluğa göre iptali istenen kural, Anayasa’nın 47. maddesine göre kanunla belirlenmesi gereken bir düzenleme yapmamakta, sadece 3996 sayılı Kanun’a atıf yapmak suretiyle bu konudaki görevli bakanlık birimini belirlemektedir. Ancak, kural konuya ilişkin Kanun’a atıf yapan, dolayısıyla Kanun’da yer alan hususları “tekrar eden” basit bir görev ve yetki düzenlemesinin ötesine geçmektedir. Nitekim kuralda yer alan 3996 sayılı “*Kanun kapsamı da dahil*” ibaresi, kuralın kapsamının anılan Kanun’la sınırlı olmadığını göstermektedir. Ayrıca 3996 sayılı Kanun dışında atıf yapılan ilgili CBK hükümlerinde yazılı projelerin de kapsama alınması kuralın sadece bir yetkilendirme hükmü olmadığına işaret etmektedir.

36. Dava konusu kural ile 3996 sayılı Kanun’un yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetleri saydığı 2. maddesi karşılaştırıldığında CBK kuralının anılan kanunun kapsamını genişleterek yetkilendirme yaptığı anlaşılabacaktır. Sözgelimi kuralın atıf yaptığı (1) bendinde yer alan “*Denizleri, gölleri, nehirleri birbirine bağlayarak*

suyolu işlevi görecek kanal ve benzeri altyapı projeleri” ibaresi 3996 sayılı Kanun’da bulunmamaktadır.

37. Esasen çoğunluk kararı da kısmen bu görüşü teyit etmektedir. Kararda 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesinde yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetlerin sayıldığı, dava konusu kuralda ifade edilen *“haberleşme ile Kanal İstanbul ve benzeri su yolu projeleri”* nin bu Kanun’un 2. maddesinde zikredildiği, ayrıca Kanun’da yer alan *“... ve benzeri yatırım ve hizmetler...”* ibaresi nedeniyle söz konusu yatırım ve hizmetlerin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı belirtilmektedir (§ 84).

38. Bu ifadelerden dava konusu kural kapsamındaki projelerin, kuralda yer alıp da 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesinde *açıkça* belirtilen iki projeden ibaret olmadığı, maddede sayılan diğer projelerin ve daha önemlisi *benzeri* projelerin de aynı kapsamda olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu kuralın kapsamının bu şekilde belirlenmesi, Kanun’da açıkça belirtilmese de sayılanlara benzer nitelikteki yatırım ve hizmetlerin de yap-işlet-devret yöntemiyle yerli veya yabancı şirketlere yaptırılabilceği yorumuna yol açabilir. Bu durumda benzeri projelerin hangileri olduğuna kimin karar vereceği meselesi gündeme gelecektir.

39. Belirtmek gerekir ki, 3996 sayılı Kanun’da *“ve benzeri yatırım ve hizmetler”* ibaresine yer verilmesi maddede sayılanlar dışındaki benzeri yatırım ve hizmetlerin hangileri olduğunun CBK ile belirlenebileceği anlamına gelmez. Bu konu CBK veya idari düzenleyici işlemlere bırakılamaz, zira Anayasa’nın 47. maddesi bu görevi kanun koyucuya vermiştir. Nitekim 1999 yılında Anayasa’nın 47. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesinde muhtelif yıllarda (1999, 2008, 2013 ve 2018) yapılan yasal değişikliklerle yap-işlet-devret modeliyle yaptırılacak yatırım ve hizmetlerin kapsamı sürekli genişletilmiştir.

40. Bu değişikliklerden ilki olan ve 2. maddeye ekleme yapan 20/12/1999 tarihli ve 4493 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde düzenlemenin Anayasa’nın 47. maddesindeki değişikliğe uyum sağlanması amacıyla yapıldığı ve 3996 sayılı *“Kanun kapsamında sayılan yatırım ve hizmetlerin benzeri olan ve ileri teknoloji ve yüksek finansman gerektiren elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti ile ilgili yatırımların yerli veya yabancı şirketlere özel hukuk sözleşmeleriyle yaptırılması”* nın

hedeflendiği belirtilmiştir. Aynı şekilde 9/5/2008 tarihli ve 5762 sayılı Kanun’la 3996 sayılı Kanun’un 2. maddesine “otoyol” ibaresinden sonra gelmek üzere bu hizmetin *benzeri* olduğunda tereddüt bulunmayan “trafiği yoğun karayolu” ibaresi, “demiryolu” ibaresinden sonra gelmek üzere “gar kompleksi, lojistik merkezi” ibareleri eklenmiş, dahası “hava limanları” ibaresi “hava alanları ve limanları” olarak değiştirilmiştir. Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere “ve benzeri yatırım ve hizmetler”in hangileri olduğu kanun tarafından belirlenmektedir.

41. Diğer yandan Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının dördüncü cümlesi uyarınca kanunda açıkça düzenlenmiş konularda CBK çıkarılamaz. Yap-işlet-devret yöntemiyle yaptırılacak yatırım ve hizmetler konusu özel olarak 3996 sayılı Kanun’da düzenlenmiştir. Bu Kanun’un sınırlarını aşacak şekilde düzenlenen dava konusu CBK kuralı bu nedenle de konu bakımından yetki yönünden Anayasa’ya aykırıdır.

42. Açıklanan gerekçelerle, dava konusu her iki kuralın da Anayasa’ya aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

A. 14 Numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 17. Maddesinin 2 Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan “...gerekli gördüğü bilgileri...” İbaresinin Hakkında:

1. Kararnameye göre İletişim Başkanlığı Cumhurbaşkanlığına bağlı, genel bütçeye dahil, merkezi idare kapsamında Devlet tüzel kişiliği içinde yer alan bir kamu kurumudur. Görev alanının da ülkenin tanıtılması, ulusal ve uluslararası düzeyde kamuoyunun ve ilgili makamların doğru bilgilendirilip aydınlatılması ve bu amaçla bilgi ve haber akışı ve takibinin yapılması hususlarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Görev alanlarıyla ilgili bilgilerin kamu kurumlarından istenmesinin de yürütmeye ilişkin

bulunduğu düşünülmelidir. İncelenen ibare Başkanlığı, görevi gereği bazı kamu hizmetleri veya faaliyetleri hakkında doğru bilgilendirme yapılmasını sağlamak için birtakım bilgileri istemeye yetkili kılmaktadır. Bu konuda yetkilendirme yapılmasının görevin gereği olarak meşru amacı haiz ve kamu yararını taşıdığı kabul edilmelidir. Bununla birlikte çeşitli kurumlarca yürütülen kamu hizmetlerinin bazı bireylerin kişisel verilerine temas etmesi ve istenilen bilgilerin bunları da kapsamı olasıdır. Nitekim kuralda istenecek bilgiler yönünden bir sınırlama veya ayırım yapılmamış, hatta sonraki bentte ticari sırlarla ilgili ayrık duruma yer verilmiştir.

2. Anayasanın 20/3. maddesinde kişisel veriler özel olarak güvence altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, *“kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.”* Kişisel veriler esasen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkıyla ve insan onuruyla da bağlantılıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kişisel verilerin *“onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak”* korunduğunu ifade etmiştir (AYM E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 164). Diğer taraftan bu hak mutlak olmayıp, kişilerin özel hayatlarına ve kişisel verilerine yönelik olarak kanunla sınırlama yapılabilir. Bununla birlikte sınırlamaya yönelik bir kanunun şeklen var olması yeterli değildir. Anayasa’nın 13. ve 20. maddeleri uyarınca yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir (bkz. AYM *Tuğba Arslan* [GK], B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 89).

3. Çoğunluk görüşüyle yazılan gerekçede ibarenin kişisel verileri kapsamadığı savunulmuştur. Böyle değerlendirildiğinde ibarenin açık anlamı karşısında Anayasanın 2. maddesi uyarınca kanunilik ilkesi ve belirlilik alt ilkesi uyarınca kuralın belirsiz olduğu ve bu nedenle iptal edilmesi gerektiği söylenmelidir. Öte yandan diğer bir gerekçe ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca İletişim Başkanlığının anılan Kanun uyarınca verileri aktarma ve işleme yetkisi olduğu yorumudur. Ne var ki anılan Kanuna bakıldığında kişisel verilerin rıza aranmaksızın aktarılmasıyla ilgili olarak yasal imkanın; aynı Kanunun 5/2. veya 6/3. maddelerindeki hallerde mümkün olacağının belirtildiğini görmekteyiz. Bunlardan ilkinde zorunluluk nedeni veya bir hakkın tesisi

gibi nedenlerin varlığı halinde veya kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde veri işlenebileceği ve 8. madde gereği de aktarılabileceğinin belirtildiği görülmektedir. Dokuzuncu madde verilerin yurt dışına çıkartılması koşullarını düzenlemektedir. Altıncı maddenin 3. fıkrasında ise sağlık ve cinsel hayatla ilgili bilgilerin sağlık hizmeti veya finansmanı amacıyla, diğer bilgilerin ise kanunlarda öngörülen açık rıza aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla 6698 sayılı Kanun, ilgili kamu kurumlarına yalnızca yürüttükleri kamu hizmetinin zorunlu sonucu olarak veya bir hak tesisi bakımından gerekli hallerde veri işleme yetkisi vermektedir. Ayrıca anılan maddeler incelendiğinde işlenen verilerin başka bir kuruma transferinin ise ilgili kanunda belirtilmesi halinde mümkün olduğu görülmektedir. Dolayısıyla veri transferinin 6698 sayılı Kanun çerçevesinde mümkün olduğu (bkz. Gerekçe, par.24) görüşünün yasal ve anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Diğer taraftan çoğunluk görüşünde incelenen ibarenin kişisel verileri kapsamadığı söylenmektedir (bkz. par.25). Bu durumda 6698 sayılı Kanunda veri transferi için sözü edilen ilgili kanunda olması beklenen kanuni dayanağın bulunmadığı kabul edilmiştir. Bu yorum karar haline dönüştüğüne göre İletişim Başkanlığı'nın 6698 sayılı Kanun uyarınca veri transferini talep yetkisi de bulunmamaktadır. Bu arada belirtilmelidir ki incelenen ibarenin kişisel verileri kapsadığı kabul edildiğinde ise 6698 sayılı Kanunun 8/2. ve 5/2. maddelerinde “Kanunlarda açıkça öngörülmesi” şartının arandığı, ibarenin ise bu açıklık şartını karşılamadığı dikkate alınmalıdır.

4. Kuralın kişisel verileri de kapsadığını değerlendirdiğimizden, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle temel hak ve özgürlüklerin düzenlenemeyeceği açıktır. Bu nedenle CBK düzenlenemeyecek bir konuyu kapsamaması nedeniyle incelenen kuralın *konu bakımından* Anayasanın 104/17. maddesi uyarınca iptal edilmesi gerekmektedir.

5. *İçerik yönünden* ise kişisel verilerin temel hak güvenceleri kapsamında olması nedeniyle, başka bir kamu idaresi veya kurumu nezdinde kaydedilen kişisel verilerin transferinin istenebilmesi için Anayasanın 20/3. maddesi, gerekse Anayasanın 13. maddesi uyarınca kanunla açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yönde düzenlenecek kanunda meşru amacın ve sınırlarının da gösterilmesi gerekir. Belirtilen nedenlerle incelenen kuralın içerik yönünden de anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği görüşündeyim.

B. 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 485. Maddesinin 1 Numaralı Fıkrasına (14 Numaralı CBK'nın 26/2-c maddesiyle) Eklenen (i) Bendi Hakkında:

6. İncelenen kuralda Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görev ve yetkileri kapsamında Bakanlığa, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren projelerin Yap-İşlet-Devret Modeli ile sermaye şirketleri veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlama yetkisi verilmektedir.

7. Bilindiği üzere Anayasada verilen yetki kapsamında düzenlenebilecek CBK'lar bakımından bazı yasak alanlar ve sınırlamalar öngörülmüştür. Bu anlamda Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlelerinde; *“Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konularda CBK çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılamaz.”* denilmektedir. Öte yandan Mahkememiz daha önceki kararlarında *“münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konular”* ibaresinin; Anayasada bir konunun kanunla düzenlenmesinin zorunlu görüldüğü halleri ifade ettiğini kabul etmiştir.

8. Anayasanın 47/4. maddesi uyarınca Devlet veya kamu tüzel kişilerin yürütülen yatırım veya hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile yaptırılacağı veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmektedir. Bu açık anayasal kuraldan anlaşılacağı üzere bu konuların kanun dışındaki bir düzenleyici işlemle ve bu arada CBK ile düzenlenmesi konu bakımından anayasaya aykırılık oluşturur. Bu zorunluluk ayrıca CBK'leri konu bakımından sınırlayan ilgili Anayasa kuralından (m.104/17-3.c.) kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla incelenen kuralın anılan hüküm nedeniyle konu bakımından Anayasaya aykırı olduğundan iptali gerektiği görüşündeyim.

9. İkinci olarak aynı konu 3996 Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun tarafından düzenlenmiştir. Bu Kanunun 1. maddesi uyarınca KİT'ler dahil tüm kamu kurum ve kuruluşları tarafından ifa edilen, ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektiren bazı yatırım ve hizmetlerin, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılması sağlanabilecektir. Diğer taraftan Ulaştırma Bakanlığının kuruluşuyla ilgili 655 sayılı KHK'da değişiklik yapan 703 sayılı KHK ile Bakanlık ve anılan Genel Müdürlüğün görev

ve yetkilerine ilişkin kuralların yürürlükten kaldırılması, akabinde ilgili mevzuat kapsamında faaliyete geçirilmiş olan Bakanlığın faaliyetleri bakımından 3996 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Anayasanın 104/17. maddesinin anılan 4. Cümlesi karşısında, bir konunun kanunda açıkça düzenlenmesinden sonra aynı hususun CBK ile düzenlenmesi, anılan anayasal hükme aykırılık oluşturacaktır. Esasen Kanunda Bakanlığa aynı yetkinin veriliyor olması karşısında konunun tekrar düzenlenmesinin hukuken bir gereği de bulunmamaktadır. Buna karşın kanunda düzenlenen bir hususun tekrar CBK ile düzenleniyor olması, Anayasada CBK'lar için öngörülen hukuksal sistemi bozmakta ve bu düzenleme nedeniyle kanundan farklı yorum ve uygulamaya neden olunabilmektedir. Öte yandan Anayasada kanunlar ve CBK'ler için öngörülen hukuki rejimin ve kanunlara ilişkin yasama yetkisinin asliliği-genelliği ilkelerinin korunması açısından CBK ile yapılacak düzenlemenin kanunun kapsamını daraltması veya genişletmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenen bir hususun tekrar CBK ile düzenlenmesi hali her durumda konu bakımından Anayasanın anılan kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle de kuralın iptali gerekmektedir.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

A) Konu Yönünden Anayasa'ya Uygunluk Denetimi

1. (14) Numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “...gerekli gördüğü bilgileri...” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmıştır. İptali istenen ibarenin yer aldığı fıkranın birinci cümlesinde İletişim Başkanlığı'nın görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

2. Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesinde, *yürütme yetkisine ilişkin olmak şartıyla kararname çıkarma konusunda Cumhurbaşkanına genel bir yetki verilmiştir*. Fıkranın ikinci cümlesinde, *Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişinin hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kararnameyle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir*. Üçüncü cümlesinde ise, *Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kararname çıkarılamayacağı hüküm altın alınmıştır*. Son olarak, fıkranın dördüncü cümlesinde de *kanunda açıkça düzenlenen konularda kararname çıkarılamayacağı* ifade edilmiştir.

3. Dava konusu kuralın İletişim Başkanlığını görevleri kapsamında gerekli gördüğü bilgileri belirtilen gerçek ve tüzel kişilerden istemeye yetkili kılması yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlediğinden, kural bu ölçüt açısından Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesi ile uyumluluk taşımaktadır.

4. Dava konusu olan "*gerekli gördüğü bilgileri*" ibaresinde yer alan "*bilgileri*" kelimesinin kapsamına kişisel verileri içeren bilgiler de girebilmektedir. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

5. Kural kişisel verileri içeren bilgileri de kapsadığından Anayasa'nın 20. maddesini ilgilendiren bir düzenleme getirmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer verilen hükme aykırılık taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, kural, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişinin hakları ve ödevleriyle ilgili bir düzenleme içerdiğinden yasak alan kapsamındadır.

6. Belirtilen gerekçeyle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine aykırı olduğu sonucuna ulaştığımdan, çoğunluk kararına katılmıyorum.

B) İçerik Yönünden Anayasa'ya Uygunluk Denetimi

7. Mahkememiz oyçokluğuyla dava konusu kuralın konu yönünden Anayasa'ya uygun olduğuna karar verip, içerik incelemesine geçtiğinden bu bölümde kuralın içerik yönünden Anayasa'ya aykırılık taşıyıp taşımadığı incelenecektir.

8. İletişim Başkanlığına tanınan yetki istenilecek bilgiler arasında kişisel verilerin olması durumunda nasıl bir yol izleneceği, bu verilerin toplanması, işlenmesi, saklanması ve imhası konularında ne gibi güvencelerin sunulacağına dair herhangi hüküm içermediği gibi konuyla doğrudan bağlantılı 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve konuyla ilgili özel kanunlara herhangi yollamada bulunmamaktadır.

9. Kişisel veri kavramı kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder. Kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi, insanın “onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır” (AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 8/12/2015, § 164). Aynı şekilde Mahkememiz “Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar...Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır” tespitinde de bulunmuştur (AYM E: 2017/16, K. 2019/64, 24/7/2019, § 48).

10. Anayasa Mahkemesi dava konusu kuralla benzer nitelik taşıyan bir kararında (E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014) kişisel veri niteliğinde olan ve ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmak üzere gerçek ve tüzel kişilere ilişkin trafik bilgisinin erişim veya yer sağlayıcılardan, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlayan kuralın Anayasanın 2.13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, trafik bilgisi adı altında temin edilecek olan bilgilerin birçok temel hakla doğrudan ilgili olup bu bilgilerin TİB tarafından herhangi bir kurala ve sınırlamaya tabi olmaksızın istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olmasını temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından sorunlu bulmuştur.

11. AYM, başka bir kararında da içerik, yer ve erişim sağlayıcılarını, TİB tarafından talep edilen bilgileri talep edildiği şekilde TİB'e teslim etmekle ve bu kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü kılan kanuni düzenlemeleri, kişisel verilerin korunması hakkının gerektirdiği güvencelerden yoksun olduğu için iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre iptali istenen kurallarda, talep edilen bilgilerin verilmesinden ilgili kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemekte, *"TİB'in hangi koşullarda ve hangi gerekçelerle istediği bilgilerin içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından Başkanlığa teslim edileceğine ya da verilen bilgilerin ne kadar süre ile TİB'de saklanacağına, talep edilen bilgilerin mahiyetine, içerik, yer ve erişim sağlayıcılara bildirilecek tedbirlere ilişkin herhangi bir belirlilik bulunmamakta"*, belirli ve öngörülebilir olmayan düzenlemelerden dolayı kişisel verilerin korunması hakkı ölçüsüzce sınırlandırılmaktadır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, §§ 168-170).

12. Anayasa'nın 20. maddesinde, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği belirtilmiştir. Dava konusu kuralla İletişim Başkanlığına tanınan yetkinin son derece geniş olması kişisel verileri koruma hakkına yönelik herhangi bir sınırı olmayan müdahalelere neden olma potansiyelini bünyesinde taşımaktadır. Bu nedenle, kişisel verilerin korunması hakkıyla ilgili yasal düzenlemelerin açık, net ve anlaşılabilir olması ve keyfi ve amaca uygun olmayan kullanımlara karşı güvenceler sağlaması gerekmektedir.

13. Devlet kendisinden beklenen işlevleri yerine getirmek için bireylere ait bilgileri çeşitli gerekçelerle kaydetme, saklama, aktarma ve kullanma gibi işlemlerde kullanabilir ama bunun kişi hak ve özgürlüklerini en az sınırlandıracak şekilde yapılması gerekir. Kişisel verilerle ilgili yasal düzenlemelerde verilerin toplanması, kullanılması, ne kadar süre ile tutulacağı, amaca uygun kullanılıp, kullanılmadığının nasıl denetleneceği ve imhası gibi hususların açık ve net olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumlarda kötüye kullanımları engellemek ve keyfî uygulamaların önüne geçmek amacıyla belli güvenceler ortaya konulmalı ve bunların etkin bir şekilde işlemesi sağlanmalıdır. Kişisel verilere dönük müdahalelerin demokratik toplum düzeni gereklerine uygun ve ölçülü olması da anayasal bir zorunluluktur. Modern devlet bilgi açlığını giderirken, iştahını kontrol etmeyi bilmelidir. Aksi takdirde obezite durumuyla karşı karşıya gelebilir ve bu da hukuki, toplumsal, siyasi ve iktisadi sağlık için sorunlara yol açabilir.

14. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracının sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

15. Elverişlilik ölçütüne göre bir yasal düzenlemenin sınırlama amacı bakımından elverişli sayılması için bu düzenlemenin arzulan amaca veya amaçlara katkı yapması gerekmektedir. İncelediğimiz kural bu niteliği taşımaktadır. Gereklik ise bir temel hakkı en az sınırlayan aracın seçilmesini gerektirmekle birlikte dava konusu kuralın hakkı en az sınırlayan bir araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü söz konusu kurallar, çok geniş bir çerçeveyi kapsayarak bireyin her türlü kişisel verisinin toplanmasını, aktarılmasını ve işlenmesini mümkün hale getirmektedir. Kuralın özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları ile kamu yararı amacıyla İletişim Başkanlığına tanınan yetki arasında orantılı makul bir denge kurmayarak, birincisini ikincisi lehine adeta gözden çıkarmaktadır. Dolayısıyla Başkanlığa tanınan yetki kişisel verilerin gizliliği, güvenliği ve korunması açısından hakka yönelik ölçüsüz bir müdahaleye neden olmaktadır.

16. Özel hayatın gizliliği ve bu kapsamda kişisel verilerin korunması konusu her şeyden önce insan haysiyetine saygı ve kişilik haklarına dayanmaktadır. Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sırasında bireyin bu veriler üzerindeki hakkı, onun devlet veya üçüncü kişiler tarafından sıradan bir veri nesnesine indirgenmesini önlemek amacını taşımaktadır. Kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan toplanması, işlenmesi ve aktarılması, kişinin basit bir veri nesnesi olarak değerlendirilmesine yol açtığından insan haysiyetini de zedelemektedir.

17. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ VE FARKLI GEREKÇE

(14) numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki "...gerekli gördüğü bilgileri..." ve 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "...yurtdışı ve..." ibareleri ile 26. maddesiyle (1) numaralı CBK'nın 485. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (i) bendinin konu ve içerik yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

A. Yukarıda belirtilen hükümlerin konu yönünden Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki sebeplerle karşıyım.

1. CBK'nın 17. maddesinin (2) numaralı ve 22. maddesinin (1) numaralı fıkralarındaki ibarelerin Anayasaya aykırılığı iddiasının konu yönünden reddine ilişkin kararların gerekçelerinde; anılan kurallarda öngörülen hususların yürütme yetkisine ilişkin konulardan olduğu, kuralların Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle Dördüncü Bölümünde yer alan siyasî haklara ve ödevlere ilişkin düzenleme içermediği, Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasında idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlansa da, 106. maddesinin son fıkrasında bakanlıklar için öngörülen istisnanın Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ile Cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşları da kapsamasından dolayı Anayasanın bu hükmü uyarınca bu kuruluşların da kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ve merkez ve taşra teşkilatının kurulması konularında CBK ile düzenlemeler yapılmasının Anayasaya aykırılık teşkil etmediği, ayrıca bu konuların daha önce kanunlarda açıkça düzenlenmediği belirtilerek, kuralların konu yönünden Anayasanın 104. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu karar da dahil olmak üzere konuya ilişkin kararlarımızın, CBK'ların anayasal çerçevesine ilişkin genel açıklamalar bölümlerinde belirtildiği üzere, 6771 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren CBK'ların esasları Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasında düzenlenerek Cumhurbaşkanına yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK ile düzenleme yapma yetkisi verilmiştir. Ancak aynı fıkranın ikinci ve üçüncü cümlelerinde; temel haklar, kişinin hakları ve ödevleri ile siyasî hakların CBK ile düzenlenemeyeceği ve Anayasada

kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

a) CBK'nın 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, İletişim Başkanlığının görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkili olduğu; kendilerinden bilgi istenen bütün kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin de bu bilgileri vermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

Öncelikle Mahkememizin, (14) numaralı CBK'nın 14. ve 26. maddelerinin iptali talebiyle açılan davanın reddine ilişkin kararıyla ilgili karşıoy gerekçemde ayrıntılı olarak belirtilen sebeplerle, Anayasanın 106. maddesinin son fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecek olan mezkûr Başkanlığın görev ve yetkilerinin Anayasanın 123. maddesinin birinci fıkrasına göre kanunla düzenlenmesi gerektiğinden ve bu hususun Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamında kabul edilmesi mümkün olmadığından, incelenen hüküm Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır (ayrıntılı açıklama için bkz. 30/12/2020 tarihli ve E. 2019/71, K. 2020/82 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Diğer taraftan, çoğunluğun red gerekçesinde kuralın kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmasını engelleyen, sınırlandıran veya uygulanmasına istisna getiren bir yönünün bulunmadığı ve her türlü işlemin kişisel verilere ilişkin kanunlara uygun olarak gerçekleştirileceği belirtilmekte ise de, Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde CBK'lar bakımından belirlenen yasak alanın Anayasanın İkinci Kısımının "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünde yer alan 20. maddedeki hakla ilgili -sınırlama getirmeyen- düzenlemeleri de kapsadığı tartışmasızdır.

Kuralın, red gerekçesinde belirtilenin aksine kişisel verilere ilişkin bir düzenleme içerdiği açıktır. Başka bir deyişle, kuralın, çoğunluğun belirttiği gibi bu hakkı sınırlandırmadığı ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin 6698 sayılı Kanunun uygulanmasına istisna getirmediği kabul edilse bile, kişisel verilerle ilgili olmadığı ve bunlara ilişkin düzenleme içermediği yönündeki kabule katılmak mümkün değildir. Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde kişi hakları ile ilgili olarak öngörülen yasak alan ise "sınırlama" kavramından daha geniş olan "düzenleme" yasağına ilişkindir.

Bu nedenle, incelenen ibare, Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesine de aykırıdır.

b) CBK'nın 22. maddesinin, İletişim Başkanlığının yurtdışı ve taşra teşkilatı kurmaya yetkili olduğunu hükme bağlayan (1) numaralı fıkrası ve bu kapsamda dava konusu "yurtdışı" ibaresi de yukarıda belirtilen karşıoy gerekçemde açıklanan sebeplerle mezkûr Başkanlık Anayasanın 106. maddesinin son fıkrasında geçen "bakanlık" kavramı kapsamında değerlendirilemeyeceğinden; ayrıca yurtdışı teşkilatının kurulması bakanlıklar için bile Anayasanın söz konusu hükmünde tahdidî olarak sayılan konular arasında yer almadığından, Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır (bkz. 12/6/2020 tarihli ve E. 2019/105, K. 2020/30 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Başka bir anlatımla, genel bütçe içinde Cumhurbaşkanlığının bağlı kuruluşu olarak CBK ile kurulan İletişim Başkanlığının Anayasanın 123. maddesine göre kanunla kurulması, görev ve yetkileri ile teşkilatının ve yurtdışı teşkilatı kurmasının da kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, dava konusu kurallar Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkindir.

Sonuç olarak, incelenen her iki kuralın da, yukarıda (a) ve (b) bölümlerinde açıklanan sebeplerle, konu bakımından yetki yönünden Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun buna ilişkin red kararlarına katılmıyorum.

2. Çoğunluğun, CBK'nın 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle (1) numaralı CBK'nın 485. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (i) bendinin konu yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin gerekçesinde de; kuralın yürütme yetkisine ilişkin olduğu, yasak alan kapsamında düzenleme içermediği, Bakanlığın merkez teşkilatındaki bir birimin görev ve yetkilerine ilişkin olduğundan Anayasanın 106. maddesinin son fıkrası kapsamında kaldığı, 3996 sayılı Kanunun kapsamını etkileyen veya herhangi bir surette değiştiren bir yönünün bulunmadığı ve kanunda açıkça düzenlenen konulara da ilişkin olmadığı belirtilerek bu kuralın da Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olmadığına hükmedilmiştir.

Bilindiği gibi, (1) numaralı CBK'nın 474. maddesinde Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının görev ve yetkileri düzenlenmiş; Bakanlığın

merkez teşkilatında yer alan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerine ilişkin 485. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu (i) bendinde de, 474. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile 485. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddî kaynak gerektirmesi hâlinde 3996 sayılı Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapılmasını sağlamak bu Genel Müdürlüğün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Anayasanın 123. maddesinin, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesini öngören birinci fıkrasındaki temel ilkenin istisnalarından birini oluşturan 106. maddenin son fıkrasında, bakanlıkların görevleri ve yetkilerinin CBK ile düzenlenmesine imkân tanındığından, anılan Bakanlığın anahizmet birimlerinin ve bunların görevleri ile yetkilerinin CBK ile belirlenmesinde 123. maddedeki idarenin kanunîliği ilkesiyle bağlantılı olarak Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine bir aykırılık bulunmasa da, düzenlemenin Anayasanın 47. maddesi bakımından da incelenmesi gerekir.

Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasında; Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılacak veya devredilebilecek olanların kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Çoğunluğun gerekçesinde, Anayasanın 47. maddesinin son fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususların 3996 sayılı Kanunla düzenlendiği, incelenen kuralın 3996 sayılı Kanunun kapsamını genişleten, daraltan veya değiştiren bir yönünün bulunmadığı, başka bir ifadeyle yap-işlet-devret modeliyle yapılabilecek yatırım ve hizmetlerin kapsamıyla bir ilgisinin bulunmadığı, bu nedenle münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konuya ilişkin olmadığı için Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık oluşturmadığı belirtilmekte ise de, incelenen (i) bendinde 3996 sayılı Kanunun “kapsamı da dahil” olmak üzere projelerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yaptırılması öngörülmek suretiyle anılan Kanunun kapsamında olmayan projelerin de aynı modelle yapılmasına imkân sağlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece, çoğunluğun kabulünün aksine, anılan birimin görev ve yetkileri belirlenirken bunu aşacak şekilde Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasına göre kanunla düzenlenmesi gereken bir konuda CBK ile düzenleme yapıldığı, ayrıca 3996 sayılı Kanunun kapsamını genişleten bir hüküm getirildiği görülmektedir.

Bu sebeple söz konusu hükmün de konu bakımından Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasına aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun aksi yöndeki kararına karşıyım.

B. CBK'nın 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki ibarenin içerik yönünden Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin çoğunluk gerekçesinde; kuralın açık, anlaşılır, öngörülebilir ve uygulanabilir bir şekilde düzenlendiği ve belirlilik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı belirtilerek Anayasanın 2. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi, Mahkememizin yerleşik içtihadına göre, yasal düzenlemelerin herhangi bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve nesnel olmasını ve kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına engel olacak tedbirleri içermesini; hukukî güvenlik ilkesiyle bağlantılı olarak da, kanunda belirli bir kesinlik içinde hangi somut olgulara hangi sonuçların bağlandığının görülebilmesini zorunlu kılmaktadır. Kuşkusuz söz konusu ilke CBK'lar bakımından da geçerlidir.

5809 sayılı Kanunun 60. maddesine eklenen ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna “görevi kapsamında ilgili yerlerden bilgi, belge, veri ve kayıtları alma ve değerlendirme” yetkisi veren, bu kapsamda Kurumun her türlü bilgi ve belge talebinin de ilgili bakanlık, kurum ve kuruluşlar tarafından yerine getirilmesini öngören (11) numaralı fıkra Anayasaya ve bu çerçevede belirlilik ilkesi bakımından Anayasanın 2. maddesine aykırı bulunmamış olmakla birlikte, anılan kararda, fıkranın eklendiği maddede Kurumun kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin siber saldırılara karşı korunması için her türlü tedbiri alma görev ve yetkisi ile birlikte değerlendirme yapılarak kuralda belirsizlik bulunmadığı sonucuna varılmıştır (bkz. 24/7/2019 tarihli ve E.2017/16, K.2019/64 sayılı karar).

İncelenen kuralın yer aldığı 17. maddede (veya CBK'nın başka bir hükmünde) kuralın belirsizliğini giderecek ve belirlilik ilkesinin

yukarıda belirtilen gereklerine uygun şekilde keyfi uygulamalara engel olacak tedbirleri de içeren açık, anlaşılır ve nesnel bir hükme ise yer verilmemiştir.

Bu sebeple, söz konusu ibarenin içerik yönünden de Anayasaya aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluğun red kararına karşıyım.

C. Çoğunluğun, CBK'nın 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "...yurtdışı ve..." ibaresinin içerik yönünden incelenmesine ilişkin olarak belirttiği gerekçelere ise yukarıda (A) başlığı altında (1), (b) bölümünde açıkladığım karşıoy gerekçemdeki sebeplerle katılmamakla birlikte, kuralın içerik bakımından Anayasaya aykırı olmadığı görüşüne ve iptal talebinin reddi sonucuna, 15/10/2020 tarihli ve E.2018/124, K.2020/56 sayılı karara ilişkin farklı gerekçemdeki sebeplerle farklı gerekçeyle katılıyorum (bkz. anılan farklı gerekçenin (2) numaralı paragrafındaki açıklamalar).

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ ve FARKLI GEREKÇE

1. Anayasa Mahkemesi çoğunluğunun 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin iki maddesinin konu bakımından yetki yönüyle iptal isteminin reddine ilişkin görüşüne katılmamaktayım. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde iptali talep edilen bir ibarenin içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ise farklı gerekçe ile katılmaktayım. Bu konulara ilişkin hukuki dayanaklarım aşağıdaki gibidir:

A. Dava Konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresinin konu bakımından yetki yönüyle iptali gerektiği şeklindeki karşıoyum ve içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı hususundaki farklı gerekçem:

2. 23/7/2018 tarihli ve (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...gerekli gördüğü bilgileri..." ibaresi ile ilgili Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği denetimde kuralın "konu bakımından yetki" yönünden incelendiği aşamada Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin çoğunluk görüşüne katılmamaktayım. Bununla birlikte kuralın içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin çoğunluk kararına ise farklı gerekçeyle katılmaktayım.

3. Dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmü, İletişim Başkanlığının görevleri ile ilgili olarak gerekli gördüğü bilgileri bütün kamu kurum ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan istemeye yetkili olduğu hususunu düzenlemektedir. Dolayısıyla burada görevleri ile ilgili olarak İletişim Başkanlığınca gerekli görülüp istenecek bilgilerin kişisel verileri de kapsadığı kanaatindeyim.

4. Nitekim (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesinde sıralanan İletişim Başkanlığının görevleri arasındaki birçok maddede kişisel verilerle doğrudan ve dolaylı olarak ilgili hususlara yer verilmektedir. Örneğin, maddenin (k) ve (l) bendlerindeki "basın-yayın kuruluşu mensuplarına basın kartı düzenlemek ve Basın Kartı Komisyonunun sekretarya faaliyetlerini yürütmek" ve "Türkiye Medya Veri Tabanını oluşturmak ve güncel kalmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak" görevlerinin kişisel verilerle doğrudan ilgili olduğu açıkça fark edilmektedir. Kaldı ki iptali talep edilen ibarenin yer aldığı fıkra hükmü gereğince kendilerinden bilgi istenen bütün kamu kurum ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişiler bu bilgileri istenilen süre içinde öncelikle ve zamanında vermekle yükümlüdürler. Dolayısıyla kurumun görevlerini yerine getirirken Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında kişisel veri olarak görülecek hususlarla iç içe olması kaçınılmazdır.

5. Bundan dolayıdır ki dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün konu bakımından yetki yönü ile Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken bu hususu göz önünde tutarak değerlendirme yapmak gerekmektedir.

6. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi çoğunluğunun dava konusu kuralın Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının

ilk cümlesindeki yürütme yetkisine ilişkin bir konuyu düzenlediği şeklindeki kanaate katılmaktayım. Ancak Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesi yönüyle bakıldığında ise dava konusu ibarenin kişisel verileri de kapsadığı gerekçesiyle bu cümleye aykırılık taşıdığı kanaatindeyim. Zira dava konusu ibarenin yer aldığı 17. maddenin gerek "İşbirliği ve bilgi toplama" şeklindeki başlığı ve gerekse İletişim Başkanlığının görevlerinin düzenlendiği 3. maddesindeki hükümlere bakıldığında "*gerekli gördüğü bilgileri*" ibaresinin kişi hakları ve ödevleri ile ilgili Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında kişisel verileri kapsadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

7. Dolayısıyla kişisel verilerle ilgili hususları da kapsaması nedeniyle dava konusu "*gerekli gördüğü bilgileri*" ibaresinin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek konulardan olmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönü ile dava konusu ibarenin Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen temel haklar ile ilgili bir konuda düzenleme yaptığından iptali gerekmektedir.

8. Bu gerekçeyle bahse konu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bağlamında konu yönünden yetki boyutu ile çoğunluk görüşünde ulaşılan kanaate katılmamaktayım.

9. Öte yandan dava konusu kuralın içerik yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ilişkin çoğunluk kararına ise farklı gerekçe ile katılmaktayım. Çoğunluk kararında dava konusu kuralın içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi sadece Anayasa'nın 2. maddesi bağlamında yapılmış olup kuralın Anayasa'nın 20. maddesi ile ilgisi kurulmamıştır.

10. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere dava konusu ibarenin kişisel verilerle ilgili olmadığı söylenemeyeceğine göre burada kuralın içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapıldığı aşamada mutlaka Anayasa'nın 20. maddesine uygunluğunun da değerlendirilmesi gerekmektedir.

11. Burada bu görüşü ifade ederken esasında bir yandan kuralın konu bakımından yetki yönü ile Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenemeyecek bir konuda düzenleme yapmış olması nedeniyle iptali gerektiğini ifade ederken, içerik yönüyle de dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Anayasa'nın 20. maddesine uygunluğunun denetimini savunmanın kendi içinde çelişkili bir durum ortaya çıkardığını fark etmemek mümkün değildir. Ancak bu biçimdeki

çelişkili durumun Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa'ya uygunluk denetimindeki yöntemden kaynaklanmakta olduğunu ifade etmem gerekmektedir.

12. Zira Anayasa Mahkemesince Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile ilgili gerçekleştirilen denetimde ilk olarak konu bakımından yetki boyutu ile bir denetim yapılmakta ve bunun sonucunda bir oylama yapıldıktan sonra eğer dava konusu Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bu aşamada Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmediliyorsa bu durumda kuralın içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi aşamasına geçilmektedir. Bu süreçte, konu bakımından yetki boyutu ile iptali gerektiği kanaatinde olunsa dahi çoğunluk tarafından bu aşamada kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşünün kabulü halinde, bu ilk aşamadaki kanaate katılmayan bir üye sonraki aşamada dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin sadece içerik boyutu ile ilgili Anayasa'ya uygunluğu denetiminde yeni bir değerlendirme yapmak ve bu boyutu ile yapılan oylamada oy kullanmak durumunda kalmaktadır. İşte bu nedenle benim açımdan bu davada gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin denetimi ile ilgili ilk bakışta çelişiklere sebebiyet verdiği izlenimi uyandıran farklı bir durum ortaya çıkmaktadır.

13. Dava konusu “gerekli gördüğü bilgileri” ibaresinin içerik yönünden Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olmadığına ilişkin kanaatimi ise Mahkememizin (AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, §§ 41-61) kararındaki gerekçeye dayandırmaktayım. Bu nedenle de dava konusu ibarenin içerik yönü ile Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki Mahkememiz çoğunluk görüşüne bu farklı gerekçe ile katılmaktayım.

B. (14) numaralı İletişim Başkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 26. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendiyle 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (1) numaralı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 485. maddesinin (1) numaralı fıkrasına (ı) bendinden sonra gelmek üzere eklenen (i) bendinin konu bakımından yetki yönüyle iptali gerektiği yönündeki karşıoyum:

14. Dava konusu (i) bendindeki “474 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi ile bu fıkranın (ı) bendinde yazılı projelerin ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak gerektirmesi halinde 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması

Hakkında Kanun kapsamı da dahil yap-işlet-devret modeli çerçevesinde sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi suretiyle yapılmasını sağlamak” şeklindeki görev bağlamında Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının merkez teşkilatı bünyesindeki hizmet birimlerinden biri konumunda olan Altyapı Yatırımları Genel Müdürlüğü, belirtilen projeler ile yatırım ve hizmetlerin yap-işlet-devret modeli çerçevesinde yapılmasını sağlamak bakımından sermaye şirketlerinin veya yabancı şirketlerin görevlendirilmesi hususunda görevli ve yetkili kılınmaktadır.

15. Dava konusu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükmünün Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının merkez teşkilatındaki bir hizmet biriminin büyük ölçekli bazı proje ve yatırım hizmetlerini düzenlemesi nedeniyle yürütme yetkisine ilişkin bir konuda olmadığını söylemek mümkün değildir. Öte yandan kuralın Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile düzenlenemeyecek olan Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ikinci cümlesindeki yasak alan kapsamında kaldığı da söylenemez.

16. Bununla birlikte buradaki temel sorun on yedinci fıkranın üçüncü cümlesinde kendisini göstermektedir. Bu cümleye göre Anayasa’da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Nitekim Anayasa’nın 47. maddesinin son fıkrasında Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği öngörülmektedir.

17. Bilindiği üzere Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında “yürütme yetkisine ilişkin konular”da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceği ifade edildikten sonra özel olarak bazı Anayasa maddelerinde (Anayasa’nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 106. maddesinin on birinci fıkrasında, 108. maddesinin dördüncü fıkrasında ve 118. maddesinin altıncı fıkrasında) belirtilen konularda da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bunların dışında, Anayasa’da açıkça kanunla düzenleneceği öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılamayacağı esası benimsenmiş olduğu dikkate alındığında dava konusu bendin Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesi gereğince iptali gerekmektedir.

Nitekim Anayasa'nın 47. maddesinde Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği özel olarak vurgulanmaktadır.

18. Bu nedenle dava konusu (i) bendindeki hususlar Anayasa'nın 47 maddesi gereğince münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiğinden kuralın konu bakımından yetki yönü ile Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırılık gerekçesiyle iptal gerekir.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2020/35
Karar Sayısı : 2021/26
Karar Tarihi : 31/3/2021
R.G.Tarih-Sayısı : 15/6/2021-31512

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Avanos Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 250. maddesinin Anayasa'nın 9., 36., 37., 38., 90., 138., 139., 140. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu nedeniyle yürütülen soruşturmada seri muhakeme usulünün uygulanması amacıyla düzenlenen taleptenamenin onaylanması aşamasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu 250. maddesi şöyledir:

“Seri muhakeme usulü

Madde 250- (Mülga: 2/7/2012-6352/105 md.) (Başlığı ile Birlikte Yeniden Düzenleme:17/10/2019-7188/23 md.)

(1) Soruşturma evresi sonunda aşağıdaki suçlarla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde seri muhakeme usulü uygulanır:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakkı olmayan yere tecavüz (madde 154, ikinci ve üçüncü fıkra),

2. Genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması (madde 170),
 3. Trafik güvenliğini tehlikeye sokma (madde 179, ikinci ve üçüncü fıkra),
 4. Gürültüye neden olma (madde 183),
 5. Parada sahtecilik (madde 197, ikinci ve üçüncü fıkra),
 6. Mühür bozma (madde 203),
 7. Resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan (madde 206),
 8. Kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (madde 228, birinci fıkra),
 9. Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (madde 268),
- suçları.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13 üncü maddesinin birinci, üçüncü ve beşinci fıkraları ile 15 inci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 93 üncü maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç.

d) 13/12/1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen suç.

e) 24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde belirtilen suç.

(2) Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlileri, şüpheliyi, seri muhakeme usulü hakkında bilgilendirir.

(3) Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması şüpheliye teklif edilir ve şüphelinin müdafii huzurunda teklifi kabul etmesi hâlinde bu usul uygulanır.

(4) Cumhuriyet savcısı, Türk Ceza Kanununun 61 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun

kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirler.

(5) Dördüncü fıkra uyarınca sonuç olarak belirlenen hapis cezası Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesine göre seçenek yaptırımlara çevrilebilir veya 51 inci maddesine göre ertelenebilir.

(6) Bu maddeye göre belirlenen yaptırımlar hakkında, Cumhuriyet savcısı tarafından, koşulları bulunması hâlinde 231 inci madde kıyasen uygulanabilir.

(7) Bu madde kapsamında yaptırım uygulanması, güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez.

(8) Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep eder. Talep yazısında;

a) Şüphelinin kimliği ve müdafii,

b) Mağdur veya suçtan zarar görenlerin kimliği ile varsa vekili veya kanuni temsilcisi,

c) İsnat olunan suç ve ilgili kanun maddeleri,

d) İsnat olunan suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,

e) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,

f) İsnat olunan suçu oluşturan olayların özeti,

g) Üçüncü fıkroda belirtilen şartların gerçekleştiği,

h) Belirlenen yaptırım ile beşinci ve altıncı fıkra uygulanmış ise bunlara ilişkin hususlar ve güvenlik tedbirleri,

gösterilir.

(9) Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen

yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.

(10) Seri muhakeme usulünün herhangi bir sebeple tamamlanamaması veya soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi hâllerinde, şüphelinin seri muhakeme usulünü kabul ettiğine ilişkin beyanları ile bu usulün uygulanmasına dair diğer belgeler, takip eden soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde delil olarak kullanılamaz.

(11) Suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunda şüphelilerden birinin bu usulün uygulanmasını kabul etmemesi hâlinde seri muhakeme usulü uygulanmaz.

(12) Seri muhakeme usulü, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinde uygulanmaz.

(13) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle şüpheliye ulaşılamaması hâlinde, seri muhakeme usulü uygulanmaz.

(14) Dokuzuncu fıkra kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir.

(15) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İktüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Serdar ÖZGÜLDÜR, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahattin MENTEŞ'in katılımlarıyla 6/5/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40.

maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış, mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali talep edilen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural, bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin iptalini talep etmiştir.

4. Bakılmakta olan dava, resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçu nedeniyle seri muhakeme usulünün uygulanması amacıyla düzenlenen taleptenamenin onaylanması istemidir.

5. İtiraz konusu 250. maddenin (1) numaralı fıkrasında hangi suçlara seri muhakeme usulünün uygulanacağı belirtilmiştir. Bakılmakta olan davaya konu suç *resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan* suçu olduğundan anılan maddenin seri muhakeme usulüne tabi diğer suçları gösteren (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (8) ve (9) numaralı alt bentleri ile (b), (c), (d) ve (e) bentlerinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

6. Bunun yanında bakılmakta olan dava gözetildiğinde suç isnadına konu eylemin tek kişi tarafından işlendiği, olayda iştirak durumunun söz konusu olmadığı, şüpheliyle ilgili yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ile sağır ve dilsizlik hâllerinin bulunmadığı, soruşturma ve kovuşturma aşamasında şüpheliye ulaşılamama durumunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca somut davanın geldiği aşama itibarıyla yargılamada, seri muhakeme usulüne ilişkin belge ve şüpheli beyanının soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılması durumu ile hükme yönelik herhangi bir itiraz da söz konusu değildir.

7. Buna göre itiraz konusu maddenin seri muhakeme usulünde elde edilen belge ve şüpheli beyanının takip eden soruşturma ve

kovuşturmada delil olarak kullanılması yasağına ilişkin (10) numaralı fıkrasının, suçun iştirak hâlinde işlenmesi durumunu düzenleyen (11) numaralı fıkrasının, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâllerini hüküm altına alan (12) numaralı fıkrasının, şüpheliye soruşturma ve kovuşturma aşamasında ulaşılmama hâlini düzenleyen (13) numaralı fıkrası ile mahkemece kurulan hükme yönelik itiraz yolunun düzenlendiği (14) numaralı fıkrasının bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

8. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (8) ve (9) numaralı alt bentleri ile (b), (c), (d), (e) bentlerinin ve (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu fıkra, bent ve alt bentlere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

9. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un "*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" başlıklı 40. maddesinde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurularda izlenecek yöntem düzenlenmiştir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu fıkra da sayılan belgeleri dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndereceği kurala bağlanmış; söz konusu fıkranın (a) bendinde de "*İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslı*" mahkemeye gönderilecek belgeler arasında sayılmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

10. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

11. Yine İtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasında ise anılan (b) bendi uyarınca verilen kararın itiraz yoluna başvuran mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel olmadığı belirtilmiştir.

12. Başvuru kararında seri muhakeme usulünün varlığına yönelik herhangi bir Anayasa'ya aykırılık iddiasının dile getirilmediği, anılan yargılamada ilk derece mahkemesinin ne ölçüde yargısal fonksiyonunu yerine getirebildiği hususu çerçevesinde iddiaların ileri sürüldüğü dikkate alındığında itiraz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasının kalan kısmı, (2), (3), (8) ve (15) numaralı fıkraları ile (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu itibarla anılan fıkralara, kısma ve cümleye ilişkin başvurunun yöntemine uygun olmaması nedeniyle esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

13. Diğer yandan maddenin kalan kısmı bakılmakta olan davaya konu resmî belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmayan diğer suçlar bakımından da geçerli ortak kural niteliğindedir. Dolayısıyla ortak kuralın iptal edilmesi hâlinde iptale konu kurallarla ilgili olan ve dava konusu olmayan bu bölümlerin iptalden etkileneceği açıktır. Bu itibarla maddenin kalan kısmının esasına ilişkin incelemenin (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden yapılması gerekir.

14. Açıklanan nedenlerle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 250. maddesinin;

A. 1. (1) numaralı fıkrasının;

a. (a) bendinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (8) ve (9) numaralı alt bentlerinin,

b. (b), (c), (d) ve (e) bentlerinin,

2. (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralarının,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu fıkralara, bentlere ve alt bentlere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. 1. (1) numaralı fıkrasının kalan kısmı ile (2), (3), (8) ve (15) numaralı fıkralarına,

2. (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

ilişkin itiraz başvurusunun 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

C. Kalan kısmının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

15. Başvuru kararı ve ekleri Raportör Yakup MACİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

16. Seri muhakeme usulü, ceza usul hukuku alanında alternatif çözüm yolu olarak ilk kez 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin yeniden düzenlenmesiyle ihdas edilmiştir. Söz konusu usulle ilgili 31/12/2019 tarihli ve 30995 sayılı Resmî Gazete'nin mükerrer sayısında yayımlanan Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği çıkarılmıştır.

17. Seri muhakeme usulü, anılan Kanun'da açıkça düzenlenen suçlarla sınırlı olmak üzere uygulanabilecek istisnai bir muhakeme yolu olarak öngörülmüştür. Kanun kapsamında seri muhakeme usulünün uygulanması için belirli şartların gerçekleşmesi gerekir. Kanun'un 250. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; aynı fıkranın (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan katalog suçlarla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen *soruşturma evresi sonunda* kamu davasının

açılmasının ertelenmesine karar verilmediği takdirde söz konusu usulün uygulanacağı belirtilmiştir.

18. Soruşturma evresi, Kanun'un 2. maddesinde "...yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre..." olarak tanımlanmıştır. Doktrinde, Kanun'da seri muhakeme usulünün koşullarından sayılan *soruşturma evresinin sonu* kavramının etkin bir soruşturma yapılmak suretiyle *yeterli şüpheyi ulaşıldıktan sonra* dosyanın iddianame ile dava açılabilme aşamasına ulaşması olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir.

19. Kanun'un 250. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına göre, seri muhakeme usulü hakkında Cumhuriyet savcısı veya kolluk görevlilerinin şüpheliyi bilgilendirmesi, Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanması için müdafî huzurunda yapılan teklifin şüpheli tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

20. Anılan maddenin (4), (5), (6) numaralı fıkralarında ise seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısının, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen hususları gözönünde bulundurarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırımı belirleyeceği, sonuç olarak belirlenen hapis cezasını, şartları bulunması hâlinde 5237 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevirebileceği veya aynı Kanun'un 51. maddesine erteleyebileceği, şartları bulunması hâlinde 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri uygulayabileceği düzenlenmiştir. Maddenin (7) numaralı fıkrasında, 250. madde kapsamında yaptırım uygulanmasının güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

21. Maddenin (8) numaralı fıkrasında, Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep edeceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'te *talepname* olarak adlandırılan yazı içeriğinde hangi hususların yer alacağı aynı fıkra kapsamında belirtilmiştir.

22. (9) numaralı fıkraya göre talepname üzerine mahkeme, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra (3) numaralı fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu

kanaatine varması hâlinde talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracak; aksi takdirde talebi reddederek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderecektir.

23. Buna göre mahkemenin talepnameyi, seri muhakeme usulünün teklif yöntemi ve şüpheliye isnat olunan eylemin Kanun'da sayılan katalog suçlar içinde yer alıp almadığı hususlarıyla sınırlı olarak denetleyebileceği, bu konuda herhangi bir eksiklik tespit etmemesi hâlinde talepnameye belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracağı anlaşılmaktadır. Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği gibi mahkemenin talepnameye belirtilen yaptırımı değiştirme yetkisi bulunmamaktadır.

24. Kanun'un 250. maddesinin (14) numaralı fıkrasında ise Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece, kurulan hükme itiraz edilebileceği belirtilmiştir.

B. İtirazın Gerekçesi

25. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kurallarla Cumhuriyet savcısına yaptırım belirleme, hapis cezasını seçenек yaptırımlara çevirme veya erteleme yetkisi tanınması ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri uygulama imkânı verilmesinin mahkemelere ait olan yargı yetkisinin savcılara devredilmesi anlamına geldiği, kurallarda mahkemenin talepnameye belirtilen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmak zorunda bırakılması suretiyle savcılığın tespit ve değerlendirmesiyle bağımlı hâle getirildiği, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesine aykırılık oluşturacağı, yine kuralların mahkemenin maddi yönden davayı ele alma yetkisini sınırlandırdığı, deliller değerlendirilmeden verilen hükmün gerekçeden yoksun olacağı gibi itiraz mercii tarafından sınırlı yönden yapılan inceleme sonucunda kesin hüküm hâline gelen kararın da gerekçesiz olacağı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 9., 36., 37., 38., 90., 138., 139., 140. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1. Kanun'un 250. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda..." İbaresinin İncelenmesi

26. İtiraz konusu kuralda Cumhuriyet savcısının talepname düzenleyerek görevli ve yetkili mahkemeye başvurusu üzerine

mahkemenin belli şartların gerçekleşmesi halinde *talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda* hüküm kurmasını, aksi takdirde talebi reddederek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına göndermesini öngörmektedir. Kural (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden incelenmiştir.

27. Anayasa'nın 9. maddesinde "*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*" denilmektedir. Yargı fonksiyonu, bir hukuki uyumsuzluğun tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır (AYM, E.2012/102, K.2012/207, 27/12/2012).

28. Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında yargısal yetkinin bağımsız mahkemelerce kullanılmasıyla ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçekliğe ulaşmak mümkündür. Bu kapsamda yeterli şüphe ile başlayan ceza muhakemesi sürecinde mahkemelere, herhangi bir kısıtlama olmadan vicdani kanaate göre maddi hakikati ortaya çıkarma ve kesin hükme ulaşma imkânının sağlanması yargı yetkisinin etkin bir şekilde kullanımı açısından oldukça önemlidir. Ceza muhakemesinde son aşamada suçu ve faili tespit etmek ve bireyselleştirme yapmak suretiyle ceza vermek faaliyetinin bağımsız ve tarafsız mahkemenin yargı yetkisi içinde değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

29. Bu yönüyle yargı yetkisinin etkin kullanımı, bu yetkinin *karar verme* biçimindeki nihai faaliyetinin özgürce kullanılmasına bağlıdır. Bu nedenle hukuk devletinde hâkimin hakka ve hukuka bağlılığı sağlamasına engel olacak bir yönetime yer verilemeyeceği gibi aksine hâkime hukuksal gerçeği saptayabilmesi için geniş imkânlar tanınması gerekir (AYM, E.1990/40, K.1991/33, 1/10/1991).

30. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı ifade edilirken hâkimlerin görevlerini, yürütme ve yasama organları dâhil her türlü kurum ve kişinin baskısından uzak, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmelerini sağlamak için *bağımsız* olmaları kabul edilmiş; Anayasa'nın 138. ve 140. maddelerinde ise bu konuda anayasal güvenceler getirilmiştir.

31. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun

olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri ifade edilmiştir. Buna göre hâkimlerin görevlerini her türlü baskı ve etkiden uzak, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmeleri sağlanarak yargı yetkisini kullanmaları güvenceye kavuşturulmuştur (AYM, E.2002/100, K.2004/109, 21/9/2004).

32. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" başlıklı anılan maddesinin kurala bağladığı hâkim bağımsızlığının yalın bir biçimde yalnızca lafzıyla yorumlanmaması gerektiğini, hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak *vicdani kanaatlerine* göre hüküm vermelerini engelleyen ya da yargı yetkisinin kullanılmasında emir, talimat, tavsiye veya telkin niteliğini taşıyan dolaylı-dolaysız her türlü düzenlemenin hâkim bağımsızlığı ilkesini zedelediğinin kabul edilmesi gerektiğini vurgulamıştır (AYM, E.1988/37, K.1989/36, 8/9/1989).

33. Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında ise hâkimlerin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri hükme bağlanmıştır. Bu hükmün anlam ve kapsamı, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığının anlam ve amacının belirlenmesiyle açıklık kazanacaktır.

34. Anayasa'nın 9. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığının, 138. ve 140. maddelerinde de hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarının öngörülmesi mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin bağımsızlığı kavramlarının eş anlamlı olduğu izlenimini vermektedir. Mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, yetkilerini kullanmayı, görevlerini yerine getirmeyi açıklar. Hâkimlerin bağımsızlığı ise yasama ve yürütme organlarına bağlı olmadan Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini amaçlar. Mahkemelerin bağımsızlığıyla hâkimlerin bağımsızlığı birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılması imkânsız ilkelerdir. Anayasa'nın mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik 138. maddesinde düzenlenen yasak ve yükümlülükler Anayasa'nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında geçen bağımsızlığın anlamını açıklamaktadır (AYM, E.1988/32, K.1989/10, 28/2/1989). Bu yönüyle Anayasa'nın 9. maddesi ile 138. ve 140. maddeleri arasında bağlantı bulunmaktadır.

35. Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddeleri kanun koyucuya; hâkimin yargı yetkisini kullanarak maddi hakikate ulaşmasında gerekli tedbirleri

almak ve bu yetkinin kullanımını kısıtlayan müdahalelerden kaçınması hususunda yükümlülük öngörmüştür. Bu açıdan kanun koyucunun mahkemenin yargı yetkisini kullanırken yani bağımsız olarak vicdani kanaatine göre hüküm verirken buna müdahale etmek suretiyle takdir yetkisini kaldırması ya da kısıtlaması, yargı yetkisinin kullanılmasına ve mahkemenin bağımsızlığına müdahale edilmesi sonucunu doğurur.

36. Öte yandan hâkimin maddi gerçeğe ulaşarak kesin hüküm niteliğinde *karar verme* yetkisinin tam olarak varlığından söz edilebilmesi bakılan davada gerekli olan tüm unsurların hâkimin vicdan süzgecinden geçirilmesi ile mümkündür. Davada sonuca ulaşmayı sağlayan olguların varlığını, hukuka uygunluğunu son evrede takdir edebilecek yegâne süje hâkimdir. Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddeleri, yargı yetkisinin mahkemelerce serbest, noksansız ve vicdani kanaate uygun olarak kullanılmasını zorunlu kılar. Buna göre hâkimlerin görevlerini bağımsızlık içinde yapmalarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini engelleyen takdir yetkisini ortadan kaldıran ve bu suretle yargı yetkisinin kullanılmasını kısıtlayan düzenlemeler anılan hükümlere aykırılık sonucunu doğurur.

37. İtiraz konusu kurala göre nihai karar makamı olan mahkemenin Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen talepnameyi belirli hususlar yönünden denetlediği, bu konuda eksiklik ya da kanuna aykırı bir durum tespit etmemesi hâlinde talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır.

38. Ceza muhakemesi hukukunun temelini; iddia, savunma ve yargılamayı oluşturan süjelerin belli bir etkileşim süreci içinde gösterdikleri faaliyet sonunda mahkemece verilen ve maddi gerçekliği tespit eden bir hükmün verilmesi oluşturur. Esasen bu faaliyet, ceza adalet sistemlerinin konusunu oluşturmaktadır. Kuşkusuz kanun koyucunun -Anayasa'nın temel ilke ve kurallarına bağlı kalmak koşuluyla- soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi sistemin uygulanacağına belirlenmesinde takdir yetkisi bulunmaktadır.

39. Seri muhakeme usulünde sürecin temel aşamalarından birisi olan talepten sonra mahkemenin işlevinin değerlendirilmesi gerekir.

40. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un 250. maddesinin (9) numaralı fıkrasına göre, mahkemenin seri muhakeme usulündeki

fonksiyonu iki unsurdan ibarettir. Bunlardan birincisi mahkemenin Cumhuriyet savcısı tarafından seri muhakeme usulünün uygulanmasının şüpheliye teklif edilip edilmediği, şüphelinin müdafii huzurunda bu teklifi kabul edip etmediği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında kalıp kalmadığının denetlenmesidir. İkincisi ise bu konuda herhangi bir eksikliğin tespit edilmemesi hâlinde -ki aksi durumda dosya Cumhuriyet başsavcılığına iade edilecektir- talepten belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmasıdır.

41. Mahkemenin süreç sonunda mahkûmiyet kararı vermek istemesi hâlinde cezanın miktarı, seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme gibi cezanın bireyselleştirilmesinde herhangi bir yetkisinin bulunmaması ya da dosyada delilleri takdir etmek suretiyle ulaşacağı kanaate göre farklı bir hüküm (beraat, düşme, vb.) tesis etme imkânına sahip olmaması anlamına gelen *talepten belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurma zorunluluğunun* hukuka aykırılık iddialarının tüm yönleriyle esastan çözümlenerek kesin bir surette karara bağlanması olarak ifade edilen mahkemenin yargı yetkisinin kullanımı ile doğrudan ilgili olduğu anlaşılmaktadır.

42. Kanun'un 250. maddesinin (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarında; şüphelinin aydınlatılmış onamıyla başlatılan seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısına, suçluluğun tespiti, alt ve üst sınırlar içinde cezanın miktarının belirlenmesi, seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbirlerine karar verme hususunda yetki tanındığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle Cumhuriyet savcısının yaptırım belirleme yetkisi aynı zamanda dosyadaki delilleri takdir ederek failin suçluluğunu tespit etme yönündeki takdir ve kanaatini de içermektedir.

43. Dolayısıyla itiraz konusu kuralda mahkemenin Cumhuriyet savcısı tarafından belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurmak zorunda bırakılması, savcının failin suçluluğunu tespit etme, ceza miktarını belirleme (seçenek yaptırıma çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbiri uygulama) gibi faaliyetlerini denetleme, gerektiğinde 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi kapsamında yeniden hüküm tesis etmek suretiyle yaptırıma müdahale etme imkânını ortadan kaldırdığı ve bu durumun mahkemenin yargı yetkisinin kısıtlanması sonucunu doğurduğu açıktır.

44. Bu açıklamalar çerçevesinde mahkemenin yalnızca Cumhuriyet savcısının talepnamele belirlediği yaptırımla bağlı kalarak dosyanın esasına yönelik değerlendirme yapma ve gerektiğinde müdahalede bulunma imkânına sahip olmaması, yargısal yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olan hâkimin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun vicdani kanaatine göre delilleri takdir ederek maddi gerçeğe ulaşma ve nihayetinde kesin hüküm verme faaliyetini sınırlamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerinde düzenlenen yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve hâkimin vicdani kanaatine göre hüküm vermesi ilkelerine aykırıdır.

45. Öte yandan Anayasa'nın anılan maddelerinde düzenlenen yargı yetkisi ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile 38. maddesinde düzenlenen masumiyet (suçsuzluk) karinesi arasında yakın bir ilgi bulunmaktadır. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamaması anlamına gelen masumiyet karinesine göre bir kimsenin suçluluğunun gerçek anlamda sübuta erdiğinin söylenebilmesi için serbest ve etkin olarak yargı yetkisini kullanan bağımsız bir mahkeme tarafından yürütülen ve adil yargılanma hakkı koşullarını sağlayan yargılamada yeterli şüphenin giderilmesi suretiyle maddi hakikate ulaşılarak verilen bir mahkeme hükmünden söz edilmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla bu şartlar sağlanmadan verilen mahkûmiyet kararı ile kişilerin suçlu ilan edilmesi Anayasa'nın 38. maddesi bağlamında masumiyet karinesini zedeleyecektir.

46. 5271 sayılı Kanun'un 2. maddesinde şüpheli, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi; sanık ise kovuşturmanın başlamasından itibaren hüküm kesinleşinceye kadar suç şüphesi altında olan kişi olarak tanımlanmıştır. Ceza muhakemesi, suça konu fiilin işlenip işlenmediği, işlenmişse failin kim olduğu ve faille eylem arasındaki bağın ne olduğunun tereddüde yer bırakılmaksızın tespit edilerek eyleme uygun hangi yaptırımın uygulanacağı sorularının cevaplandığı ve bu surette maddi gerçekliğe ulaşmanın hedeflendiği bir süreçtir. Bu itibarla masumiyet karinesi gereğince maddi gerçekliğe ulaşana kadar yani suçu işlediği iddia edilen kişi hakkında verilen karar kesinleşinceye kadar kişinin şüphe altında olması yani suçlu olduğunun kabul edilmemesi ve buna uygun davranılması asıldır.

47. Anayasa'nın 36. maddesinde ise herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddede

yapılan değişikliğin gerekçesinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber Anayasa'nın suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına dair 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (Adem Hüseyinoğlu, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

48. Anayasa'nın 38. maddesinin gerekçesinde *suçsuzluk karinesi* şu şekilde açıklanmıştır: *"Sanığın, kesin mahkûmiyet hükmüne kadar suçsuz sayılması demek, kendisinin, suçsuzluğunu ispat mükellefiyetinde olmadığı; 'beyyine külfeti'nin iddiacıya ait bulunduğu demektir. Bu karine, iddiacının, suç iddiasını 'makûl şüpheye yer bırakmayacak şekilde' ispat etmesiyle 'çürütülmüş' olacak ve bu halde de mahkeme mahkûmiyet hükmünü verecek; aksi takdirde beraat kararı alacaktır."*

49. Masumiyet karinesi hiçbir şart altında sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak, vazgeçilmez evrensel bir temel haktır. Masumiyet karinesi sonuçları ile birlikte değerlendirildiğinde gerekli ölçütlere dikkat edilmeden yapılan uygulamaların (örneğin suçsuz bir kişinin cezalandırılması hâlinde) toplumun ceza adalet anlayışı üzerinde çok ciddi sonuçlar doğuracağı açıktır. Dolayısıyla masumiyet karinesi, bu karineden faydalanacak olan kişinin (şüpheli/sanık) iradesinden (suçun ikrarı vb.) dahi bağımsız olarak herkesçe uyulması gereken zorunlu çekirdek hak niteliğindedir. Nitekim olağanüstü durumlarda temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinde masumiyet karinesi; savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde dahi madde gerekçesinde ifade edildiği üzere *"...hiçbir sebep ve surette durdurulamayacak, ihlal edilemeyecek hak yahut hürriyetler..."* arasında sayılmıştır. Buna göre olağanüstü durumlarda dahi masumiyet karinesi geçerliliğini koruyacaktır.

50. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait

olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (S.M.[GK] B. No. 2016/6038, 20/6/2019 § 41; *Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

51. Bu çerçevede masumiyet karanesi -kural olarak- hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Suç isnadı kesin hükümle mahkûmiyete dönüşen kişiler açısından ise artık *hakkında suç isnadı olan kişi* statüsünde olmadıkları için masumiyet karanesinin ihlal edildiği iddiasının geçerli bir dayanağı kalmayacaktır (*Uğur Ayyıldız*, B. No: 2012/574, 6/2/2014, § 76).

52. Masumiyet karanesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak ilan edilip yaptırma maruz bırakılabilmesi için suça konu eylemi işlediğine dair hakkındaki her türlü şüphenin yenilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde kişi şüpheden yararlanacak ve cezalandırma yoluna gidilemeyecektir. Başka bir ifadeyle bir kişi hakkında suçu işlediğine yönelik kesin bir kanaat oluşmadığı durumlarda bu şüphe hâli mahkeme tarafından sanık lehine yorumlanarak sanığın suçluluğuna hükmedilemeyecektir. Esasen ceza yargılamasındaki maddi gerçeğe ulaşma hedefi ile masumiyet karanesinden beklenen amaç örtüşmektedir.

53. Bu açıdan yeterli şüphe ile başlayan ceza muhakemesi sürecinde şüphenin yenilmesi, Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanan bağımsız bir mahkeme tarafından delillerin serbestçe tartışılarak vicdani kanaate göre karar verilmesiyle mümkündür. Bu yönüyle mahkemenin suçun fail tarafından işlendiğine yönelik en ufak bir kuşku kalmadan maddi gerçeğe ulaşması ve kesin mahkûmiyet hükmü kurması masumiyet karanesinin bir gereğidir. Bu şartlar sağlanmadan kişinin suçlu ilan edilmesi masumiyet karanesini zedeler.

54. Yukarıdaki tespitler ışığında itiraz konusu kural kapsamında *talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurma* zorunluluğu getirilmek suretiyle Anayasa'nın 9., 138. ve 140. maddelerine aykırı olarak yetkisi kısıtlanan (bkz. §§ 43, 44) mahkeme tarafından verilen karara göre bir kimsenin gerçek anlamda suçluluğunun sübuta erdiği ileri sürülemez. Başka bir ifadeyle itiraz konusu kuralda yer alan “...*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*” ibaresiyle mahkemenin özellikle

vicdani kanaat çerçevesinde suçun sübutuna yönelik değerlendirme yapma yetkisinin kısıtlanması, yargılamada yeterli şüphenin giderilerek maddi gerçeğe ulaşma imkânını ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla seri muhakeme usulünde mahkemece *talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda* verilen karar nedeniyle suçluluğu hükmen sabit olmadan bir kişinin suçlu sayılması sonucu ortaya çıkabilir. Bu açıdan kuralda yer alan “... *talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*” ibaresi masumiyet karinesini de zedeleyecek niteliktedir.

55. Açıklanan nedenlerle kuralda yer alan “...*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*” ibaresi Anayasa’nın 9., 38., 138. ve 140. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 36. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 9., 38., 138. ve 140. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa’nın 37., 90., 139. ve 141. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

2. Kanun’un 250. Maddesinin (4), (5), (6) ve (7) Numaralı Fıkraları ile (9) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin “...*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*” İbaresinin Dışında Kalan Kısımının İncelenmesi

56. İtiraz konusu kurallarda Cumhuriyet savcısının, şüphelinin aydınlatılmış onamıyla başlattığı seri muhakeme usulünde, 5237 sayılı Kanun’un 61. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen hususları gözönünde bulundurarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği temel cezadan yarı oranında indirim uygulamak suretiyle yaptırım belirleme ve tespit edilen hapis cezasını, şartları bulunması hâlinde 5237 sayılı Kanun’un 50. maddesine göre seçenek yaptırımlara çevirme veya 51. maddesi uyarınca erteleme yetkisi düzenlenmiştir. Yine kurallar kapsamında Cumhuriyet savcısının belirlediği yaptırımlar hakkında şartları bulunması hâlinde 5271 sayılı Kanun’un 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile 5237 sayılı Kanun’un 53. maddesinde düzenlenen güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanabileceği hükme bağlanmıştır.

Ayrıca kurallarda Cumhuriyet savcısının talepname düzenleyerek görevli ve yetkili mahkemeye başvurusu üzerine mahkemenin, şüpheliyi müdafî huzurunda dinledikten sonra seri muhakeme usulünün uygulanmasının şüpheliye Cumhuriyet savcısı tarafından teklif edilmesi ve şüphelinin bu teklifi müdafî huzurunda kabul etmesi biçimindeki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında kaldığı kanaatine varması hâlinde hüküm kurması, aksi takdirde talebi reddederek soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına göndermesi öngörülmektedir. Kurallar (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden incelenmiştir.

57. Ceza muhakemesi sisteminde alternatif çözüm yolu olarak öngörülen seri muhakeme usulünde sürecin iddia makamı ve şüphelinin anlaşmasına bağlı olarak başlaması ve yürütülmesi nedeniyle Cumhuriyet savcısının mahkeme evresine kadar şüpheliye teklif edilecek yaptırımı belirlemesi, şartları varsa seçenek yaptırımlara çevirme, erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri uygulaması, *etkili bir yargısal denetimin bulunması şartıyla* Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddeleri kapsamındaki yargı yetkisinin münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri ile masumiyet karinesine aykırılık oluşturmaz.

58. 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya uygunluk denetimi ile ilgili yapılan değerlendirmede, kuralda geçen *"...taleple belirlenen yaptırım doğrultusunda..."* ibaresi, seri muhakeme usulünde mahkemenin, Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında belirlediği yaptırıma müdahale etmesi de dahil olmak üzere yargı yetkisini kısıtladığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararının sonucuna göre, mahkemenin, seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısının tüm faaliyetlerini değerlendirme ve gerekirse bunlara müdahale etme imkanına sahip olacağı açıktır. Dolayısıyla seri muhakeme usulünde Cumhuriyet savcısının suçluluğu tespit ve yaptırım belirleme hususundaki yetkisinin etkin bir yargısal denetime tabi olması sağlandıktan sonra kuralların Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddeleri kapsamındaki yargı yetkisinin münhasıran bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılması ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri ile masumiyet karinesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

59. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN (9) numaralı fıkranın birinci cümlesinin "... *talepte belirlenen yaptırımlar doğrultusunda...*" ibaresi dışında kalan kısmı yönünden bu görüşe katılmamıştır.

Kuralların Anayasa'nın 36. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 9., 38., 138. ve 140. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 37., 90., 139. ve 141.maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 250. maddesinin;

A. (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. (9) numaralı fıkrasının;

a. Birinci cümlesinde yer alan "...*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda...*" ibaresinin (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. Birinci cümlesinin kalan kısmının (1) numaralı fıkranın (a) bendinin (7) numaralı alt bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

31/3/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

A. Genel Olarak Seri Usul ve Karşılaştırmalı Hukuktaki Uygulamalar

1. 5271 sayılı CMK'nın 250. maddesinin başlığıyla birlikte değiştiren 7188 sayılı Kanunun 23. maddesiyle soruşturma evresinde uygulanmak üzere seri muhakeme usulü getirilmiştir. Madde gerekçesinde bazı ülkelerde uygulanan bu kurumun nispeten önemi az suçlarla ilgili olarak hakkında soruşturma yürütülen şüphelinin kabulüyle ceza indirimi öngörülen basit usulün uygulanabileceği belirtilmektedir. Gerekçede ayrıca karşılaştırmalı hukukta bu usulün "süjeler arasında anlaşma" veya "suçluluğun ön kabulü üzerine duruşma" adlarıyla düzenlendiği ifade edilmektedir.

2. Ceza yargılamasında ceza adaleti sisteminin uzun, meşakkatli ve tarafları, hatta yargı sistemini yıpratıcı yargılama sürecinin sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla hukuk sistemlerinde basitleştirilmiş usullerin öngörülmesi yöntemi benimsenebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta benimsenen bu yöntemlerde adil yargılamaya ilişkin kimi

güvencelerden feragat edilmekte ise de ceza yargılamasına ilişkin bazı temel esaslara yer verilmektedir. 7188 sayılı Kanununun seri usulü düzenleyen maddesine ilişkin gerekçede Avrupa ülkelerinden Almanya, Fransa ve İtalya uygulamalarından örnekler verilmiş ve temel esasları alınarak düzenlemenin yapıldığı ifade edilmiştir. Bu nedenle söz konusu ülkelerin hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ile CMK'nın 250. maddesindeki düzenleme arasında fark olup olmadığının belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

3. Almanya Ceza Muhakemesi Kanununun 257/c maddesinde "Mahkeme ve Mahkeme Süjeleri Arasında Anlaşma" başlığı altında 2009 yılında yapılan düzenlemeyle getirilen usulde sanığın ikrarına bağlı olarak mahkemenin makul bir ceza indirimi yapması söz konusudur. Kural Alman Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmiş, Mahkeme bu kuralı masumiyet karinesi, mahkemelerin tarafsızlığı, hukukun üstünlüğü ilkesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkesi ve adil yargılanma hakkı yönleriyle incelemiştir. Alman AYM yaptığı incelemede bu usulün mahkemenin re'sen soruşturma ve maddi gerçeği araştırma ilkesini ortadan kaldırmadığını, mahkeme ile sanık arasında ceza miktarı üzerinden yapılan pazarlığın hiçbir zaman mahkemenin vereceği kararın temelini oluşturmadığını, davanın hukuki değerlendirmesinin hakim tarafından usul kuralları kapsamında yapıldığı, cezanın orantılılığı ve uzlaşmanın şeffaf kurallara bağlı olması nedenleriyle iptal istemini reddetmiştir. (Federal AYM 19 Mart 2013, BvR 2628/10, par. 65-66).

4. İtalyan CMK 444. maddesinde uygulanan dava pazarlığı denilen uygulama da İtalyan AYM tarafından denetlenmiştir. AYM'nin ilk kararında Anayasanın 101/2. maddesi yönünden inceleme yapılmış ve bu usulü uygulayan hakimin İt.CMK'nın 444/2. maddesi kapsamında gerçeği araştırma ve kendi kanaatine dayanarak mahkumiyet kanaatine varması gerektiğine, yine aynı değerlendirme ile beraat kararı da verebileceğine, dolayısıyla bu usulün sanığın suçluluğunu tespit yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme kuralı ayrıca cezanın anayasaya uygunluğu (İt. AY. M. 27/3) ve ölçülülük ilkesi yönünden de incelemiş ve usulü uygulayan hakimin talep edilen cezayı orantısız bulması durumunda reddedebileceğine değinerek iptal talebini reddetmiştir. (İt. AYM 2.7.1990 ve 2.6.1991 tarihli kararlar)

5. Fransa'da Ceza Muhakemesi Kanununun 495. maddesine 2004 yılında eklenen 7-16. Paragraflar ile pazarlık usulü kabul edilmiştir. Savcı

ile sanık avukatı arasında yapılan itiraf pazarlığının sanık tarafından kabulü durumunda sanık mahkeme huzuruna çıkarılmaktadır. Mahkeme sanık ve müşteki tarafları avukatlarıyla birlikte dinledikten, maddi gerçeği ve delilleri inceledikten sonra uygun bulursa savcının ceza teklifini kabul etmektedir. Mahkeme uygun bulmadığında genel usul hükümleri uygulanmaktadır. Bu usulün uygulanmasında mahkeme, savcının nitelemesiyle bağlı kalmaksızın suç niteliğini inceleme, sübutu değerlendirme ve teklifin sanık tarafından sonuçlarını bilerek ve baskı altında olmadan kabul edip etmediğini inceleme yetkilerini haizdir (karşılaştırmalı hukuk için bkz. Hakan Kızıllarslan, 7188 Sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Muhakeme Usulleri, BAU HFD C.14, S. 183-184, 2019, s. 1886 vd.) Görüldüğü üzere Fransa'daki düzenleme uyarınca mahkemeler; isnat edilen olayların gerçekliğini, hukuki sonuçlarını, teklif edilen cezanın gerekçelerini irdeleme ve ulaştığı sonuca göre karar verme yetkisine sahiptir.

B. Kanundaki Şekliyle Seri Muhakeme Usulü, Kapsamı ve Niteliği

6. Kanunda bu usul basitleştirilmiş özel bir yargılama usulü *gibi* düzenlenmiştir. Fakat *gibi* diyorum, çünkü *yargılama usulü* olduğu tartışmalıdır. Sistemin ilk aşaması; şüphelinin, basit usul önerisini kabul etmesi üzerine C. Savcısının yüzde elli indirimli yaptırımı belirleyip, talepname ile seri usulün uygulanmasını Mahkemeden talep etmesi ile tamamlanmaktadır. İkinci aşama ise mahkemedeki değerlendirme aşamasıdır. Düzenlemede mahkemenin yetkisi sınırlandırılmıştır. Mahkeme iki hususu denetleyebilmektedir. Talebin kabul edilebilmesi için ilkin şüpheliyi müdafisi hazır olduğu halde dinleyip, seri usulün şüpheliye müdafisi huzurunda teklif edildiğini ve şüphelinin de özgür iradesiyle hukuki sonuçlarını anlayarak kabul ettiğin tespit etmelidir. İkinci olarak mahkemenin, şüpheliye isnat edilen eylemin seri usul kapsamında olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Bu iki yasal şartın gerçekleştiğini belirleyen mahkemenin, C. Savcısı tarafından kurulan hükmü kabul etmekten başka bir yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme yalnızca, şüphelinin iradesinin geçerliğine ilişkin koşulda veya suçun seri usul kapsamında olmadığı takdirde talebi ret edebilmektedir.

7. Öncelikle, seri usulün niteliği gereği klasik ceza yargılamasındaki gibi bir delil ikamesi ve sonuç çıkarma yöntemlerini kapsamasının beklenmediği söylenebilir. Aksi takdirde genel usulden bir farkı

kalmayacaktır. Fakat şu ifade edilmelidir ki çelişmeli yargılama ilkesinin uygulanmadığı bir muhakeme usulünde ortaya çıkan sonuca ceza mahkemelerinin kesin hükümleriyle aynı hukuki sonucun bağlanması, hukuken büyük sorunlar içermektedir. Kanundaki bu usule göre mahkemenin görevi noterlik işlevinden ibaret kalmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta görülen örneklerinde olduğu gibi mahkemenin, dosyada mevcut deliller kapsamında sübutu değerlendirme veya isnat edilen eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığını belirleyebilme ya da savcının taleplerinde kurulan hükümde yer alan cezanın bireyselleştirilmesi uygulamasını uygun görmediği durumda değiştirebilme gibi hiçbir yetkiye sahip bulunmadığı anlaşılmaktadır.

8. Bu şekilde seri muhakeme usulünde savcı tarafından hükmü kurulan ceza kararı, denetleme ve değiştirme yetkisi bulunmayan hakim tarafından onaylanmasıyla adli sicil kaydına işlenen ve infaz edilen bir ceza mahkemesi kararına dönüşebilmektedir. Mahkemenin, mevcut delillere göre yargılanması halinde daha ağır bir ceza ile karşılaşacağı düşüncesi altında basit usul teklifini kabul eden şüphelinin suçu işlemediğine veya işlemiş olmakla birlikte eylemin aslında suç oluşturmadığına ilişkin kanaati üzerine talepten reddi yetkisinin bulunmadığı görülmektedir. Aksi akademik olarak yorumlanabilirse dahi kuralda bu hususun belirsiz olduğu açıktır. Bu yönüyle kuralın suç ve cezaların kanuniliği ilkesine (AY m. 38/1-3) aykırı olduğu söylenmelidir. Mahkeme savcının kurduğu yaptırım kararının uygunluğu-orantılılığı konusunda da yetkisizdir. Bilindiği üzere orantılılık ilkesi kusur ilkesiyle de bağlantılıdır. Gerek Anayasanın gerek 38. maddesinde yer alan cezaların şahsiliği ilkesinde mündemiç bulunan gerekse hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olan kusur ilkesi, yaptırımın da fiille orantılı olmasını gerektirmektedir. Öte yandan yine talepten konu olayın maddi gerçeğe bağdaşmadığı halde mahkemenin talepten ret yetkisinin bulunmaması ve savcı tarafından kurulan yaptırım kararını onaylamakla yükümlü olması karşısında, bu koşullarda kesinleşerek infaz edilen bir ceza mahkumiyeti kararı Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesi güvencesine de aykırılık oluşturur durumdadır.

C. Ceza Muhakemesi Kanununun 250. Maddesinin 9. Fıkrasının İptal Edilmeyen Kısımına İlişkin Değerlendirmeler

9. Anılan 9. fıkra şöyledir: *“Mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra üçüncü fıkradaki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri*

muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine varırsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurar; aksi takdirde talebi reddeder ve soruşturmanın genel hükümlere göre sonuçlandırılması amacıyla dosyayı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mazeretsiz olarak mahkemeye gelmeyen şüpheli, bu usulden vazgeçmiş sayılır.”

10. Mahkememiz çoğunluğunca fıkra da yer alan “*talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda*” ibaresinin iptaline karar verilmiştir. İptal gerekçesinde belirtildiği üzere savcının kurduğu hükmün onayından ibaret kalan seri usul uygulaması ceza uyumsuzluğunun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından vicdani kanaate göre maddi gerçeği tespitle karar vermeyi güvence altına alan Anayasanın 9., 138. ve 140. maddeleri ile 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesine aykırıdır (bkz. par. 44, 53-54, 58). Çoğunluk gerekçesinde ifade edilen, söz konusu ibarenin iptali ile kuralın anayasaya aykırılığının ortadan kalkacağına ilişkin görüşe katılmamaktayım.

11. 250. maddenin 3. ila 8. fıkraları gereği oluşturulan C. Savcısının talepname sinin kapsamı dikkate alındığında ve iptal edilen ibare 9. fıkra dan çıkartıldığında mahkeme yine; şüpheliyi müdafii huzurunda dinleyip, 3. fıkra da ki şartların gerçekleştiği ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olduğu kanaatine vardığında hükmü kuracak, aksi takdirde talebi reddedecektir. İptal edilen kısımda yer alan, talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kurma ibaresi kalktığı için mahkemenin farklı hüküm kurabileceği söylenebilir. Belki bu anlamda C. Savcısının belirlediği yaptırımı değiştirebileceği de savunulabilir. Fakat bu haliyle dahi 9. fıkra uyarınca mahkemenin denetleyebileceği hususlar iki konuyla sınırlıdır. Maddenin bütünlüğü açısından bakıldığında mahkemenin; 3. fıkra da ki şartların gerçekleşmesi ve eylemin seri muhakeme usulü kapsamında olup olmadığını denetlemekten başka bir yetkisi bulunmamaktadır. Düşüncemize göre iptal edilen ibareye rağmen mahkemenin denetleyemediği hususlara dair hüküm kurması mümkün değildir. Hatta aksini yorumlayanlar bakımından, iptal ile birlikte mahkemenin kuracağı hükmün kapsamına dair yeni bir tartışma alanı çıkmış ve belirsizlik oluşmuştur. Şu halde yukarıda seri muhakeme usulünün anayasaya aykırı olduğuna dair ileri sürülen temel gerekçeler 9. fıkranın kalan kısmı için de geçerlidir. Bu nedenle iptalden sonra yapılabilecek yasa değişikliğinde belirtilen hususların dikkate alınması yerinde olacaktır.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

Sonuç olarak incelenen kuralda basit muhakeme usulünü Anayasaya aykırı kılan hususlar 9. fıkradaki ibarenin iptaliyle giderilemediğinden, fıkranın tümüyle iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2019/13
Karar Sayısı : 2021/31
Karar Tarihi : 29/4/2021
R. G. Tarih-Sayısı : 2/7/2021-31529

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddenin,

B. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının,

C. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." bölümünün,

Ç. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin;

1. Başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesinin,

2. Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasının,

D. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." ibaresinin "...42 nci maddesine..." şeklinde değiştirilmesinin,

E. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkranın,

F. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...on yılı..." ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 17., 20., 27., 36., 38., 48., 49., 56., 70., 118., 130. ve 135. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 5. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen ek 15. madde şöyledir:

"Ek Madde 15- (Ek:15/11/2018-7151/5 md.)

Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden Devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen Devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilirler. Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri bu süreden düşülür."

2. 11. maddesiyle 6023 sayılı Kanun'un yürürlükten kaldırılan;

a. 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Özel kurum ve işyeri tabipleri; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları idare heyetince kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamazlar.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan tabiplere kurumlarınca verilecek ikinci görevler bu hükmün dışındadır.

Tabip odaları idare heyetleri; tâyin hususunda vâki müracaatları, iş hacmi vazifenin tabipler arasında âdilâne bir surette tevzii, hizmetin iyi yapılması ve benzeri sebepler dairesinde tetkik eder ve esbabı mucibeli bir karara bağlar.”

b. Ek 1. maddesi şöyledir:

“Ek Madde 1- 5 inci maddeye göre kayıtlı bulundukları tabip odaları idare heyetinin muvafakatini almadan ek bir tabiplik vazifesi kabul eden veya bu Kanunun yayımı tarihinde uhdesinde birden fazla tabiplik vazifesi olup da üç ay zarfında bir beyanname ile keyfiyeti tabip odalarına bildirmeyen veya gerçeğe aykırı beyanname veren veya bu beyanname üzerine idare heyetinin vereceği karara uymayarak vazifeye devam eden tabipler, Haysiyet Divanınca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının beş katı ile on katı arasında değişen para cezasıyla cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fiillerden dolayı mahkûm olmasına rağmen, beyanname vermeyen veya hakikate uymayacak şekilde beyanname veren veya ek vazifeye devamda ısrar eyleyen veya bu vazifeyi bıraktığı halde idare heyetinin muvafakati olmadıkça başka bir ek vazife kabul eden tabipler hakkında Haysiyet Divanınca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının on katı ile yirmi katı arasında değişen para cezasına hükmolunur.”

3. 17. maddesiyle 2809 sayılı Kanun’un cümlelerin eklendiği ek 158. maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

“Üniversitenin yönetim organları, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşur. (İptal ikinci ve üçüncü cümle: Anayasa Mahkemesinin 2/11/2016 tarihli ve E: 2015/61, K: 2016/172 sayılı Kararı ile.) (...) (Ek cümleler:15/11/2018-7151/17 md.) Mütevelli Heyeti; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur. Mütevelli Heyeti, Rektör başkanlığında ilk toplantısını yapar ve bu toplantıda yapılacak seçim ile Mütevelli Heyeti Başkanı belirlenir. Mütevelli Heyeti, en az dört üye ile toplanır ve salt çoğunlukla karar alır.

Bakan, Yükseköğretim Kurulu ve Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresi dört yıldır. Mütevelli Heyetinin çalışma usul ve esasları, Mütevelli Heyetinin teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenir.”

4. 18. maddesiyle 3224 sayılı Kanun’un başlığı değiştirilen ve birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırılan 42. maddesi şöyledir:

“Bildirim zorunluluğu

Madde 42- Özel kurum ve işyerinde görevli dış hekimlerinin bu görevlerini başka bir yerde de yapmaları, kayıtlı bulundukları Oda Yönetim Kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum veya işyerinin dış hekimliği görevini alamazlar.

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan dış hekimlerine, kurumlarınca verilecek ikinci görevler bu hükmün dışındadır.

Oda Yönetim Kurulları, ikinci görev konusunda başvuruları iş hacmi, ikinci görevlerin dış hekimleri arasında adil şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri hususları da gözönünde bulundurarak inceler ve gerekçeli olarak karara bağlar.

Gerek dış hekimleri ve gerekse bunları istihdam eden bütün özel kurum ve işyerleri tayin, nakil, işten ayrılma ve benzeri değişiklikleri en geç bir ay içinde bulundukları yerin Odalarına bildirmeye mecburdurlar.”

5. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun’un ibare değişikliği yapılan 46. maddesi şöyledir:

“Yasaklara ve bildirim mecburiyetine uymayanlar

Madde 46- (Değişik : 23/1/2008-5728/443 md.)

Bu Kanunun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile 42 nci maddesine uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

6. 26. maddesiyle 5258 sayılı Kanun’un 3. maddesine eklenen on birinci fıkra şöyledir:

“(Ek fıkra:15/11/2018-7151/26 md.) Aile hekimleri ferdan veya müştereken personel çalıştırabilir ve işveren olabilir.”

7. 34. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendi şöyledir:

*“e) (Değişik:15/11/2018-7151/34 md.) Hizmet bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen, beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise **on yılı** geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedeli,”*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 13/2/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 5. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 15. Maddenin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

3. Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti

yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilecekleri, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet sürelerinin bu süreden düşüleceği hüküm altına alınmaktadır.

4. 3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesinde devlet hizmeti yapma yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydıyla ilçelerin sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasında yer alan gruplar için öngörülen süre kadar Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen Milli Savunma Bakanlığı ve diğer kuruluşlarda devlet memuru veya ilgililerin talebi hâlinde 10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler. Buna göre altıncı grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerlerinde 300, beşinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile altıncı grup ilçe merkezlerinde 350, dördüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile beşinci grup ilçe merkezlerinde 400, üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezlerinde 450, ikinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile üçüncü grup ilçe merkezlerinde 500, birinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile ikinci grup ilçe merkezlerinde 550, birinci grup ilçe merkezlerinde 600 gün devlet hizmeti yapma yükümlülüğü öngörülmektedir. 3359 sayılı Kanun'un ek 4. maddesinin üçüncü fıkrasında ise devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

5. Anılan Kanun'un ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresi 450 gündür. Bu bağlamda kural gereğince terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya

gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanlar, ancak çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren 450 gün sonra mesleklerini icra edebilecekler, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet süreleri ise bu süreden düşülecektir. Kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmet yükümlülüğü olmayan tabipler ise dava konusu kural kapsamında olmadığından bunların söz konusu süreyi beklemeksizin özel sektörde mesleklerini icra etmelerine bir engel bulunmamaktadır.

6. Bu itibarla kural kapsamında iki grup tabip bulunmaktadır. Bunlardan ilki terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan devlet hizmeti yükümlüsü tabipler olup bunlar olağanüstü hâlin ilanından sonra doğrudan kanun hükmünde kararnamelerle (KHK) ya da bireysel işlemlerle kamu görevinden çıkarılmış olabilir. Dava konusu kural kapsamında yer alan diğer grup ise güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan devlet hizmeti yükümlüsü tabiplerdir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

7. Dava dilekçesinde özetle; kuralın geçicilik, kısmi olma ve yargı denetimine açık olma özellikleri ile tanımlanan olağanüstü hâl (OHAL) yönetiminin doğasına aykırı olduğu, OHAL yönetiminin neden olduğu tahribatı genişletme, derinleştirme ve kalıcı kılma tehlikelerini beraberinde getirdiği, hukukun genel ilkelerine, bilime ve uzmanlık ilkelerine aykırı olduğu, eşitlik, nesnellik ve soyutluk ilkelerini taşımadığı, öngörülebilir, ulaşılabilir ve anlaşılabilir olma özelliklerini taşımadığı, ayrımcı, kategorize edici, öznel değerlendirmeler ile belirli meslek mensuplarını anayasal haklarından yoksun kıldığı, ceza niteliğinde olduğu, bu itibarla kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu, terörle mücadele ile ilgisinin bulunmadığı, toplumsal barışı ortadan kaldırıcı ve ayrımcı nitelikte olduğu, kuralda yer alan *irtibat* ve *iltisak* kavramlarının soyut ve sübjektif değer yargıları içerdiği, yine kuralda yer alan “... ilgili mevzuat çerçevesinde...” ibaresiyle kurala konu değerlendirmeyi

gerçekleştirecek kişi ve makamın belirsiz olduğu, idareye subjektif ölçütler ve gerekçeler ile kanun önünde eşitlik ilkesini bozucu tutum ve davranışlarda bulunma yetkisinin verildiği, kişilerin herhangi bir yargı kararı olmaksızın, bir OHAL KHK'sı ile ya da subjektif bir güvenlik soruşturması sonucunda suçlu ilan edilmesinin hak mahrumiyetine yol açtığı, bu durumun masumiyet karinesine aykırı olduğu, mağdurun bakmakla yükümlü olduğu kişiler ile yakınlarının da sosyal ve iktisadi bakımdan cezalandırılmasına yol açması nedeniyle *cezaların şahsiliği* ilkesiyle bağdaşmadığı, çalışma hakkı ile kamu hizmetine girme hakkına aykırılık oluşturduğu, Millî Güvenlik Kurulunun icrai nitelikte idari karar almaya yetkili olmayıp sadece tavsiye niteliğinde karar almaya yetkili olduğu, bu itibarla Millî Güvenlik Kurulunun aldığı kararları esas alan kuralın Millî Güvenlik Kurulunun anayasal statüsüyle bağdaşmadığı, kuralda yer verilen güvenlik soruşturması ölçütünün memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ile hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği yolundaki anayasal ilkeyle uyumlu olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10, 13., 17., 20., 36., 38., 48., 49., 70. ve 118. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Maddenin Birinci Cümlesi

8. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*", 49. maddesinin birinci fıkrasında "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir*", ikinci fıkrasında da "*Devlet, ... çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır*" hükümleri yer almaktadır.

9. Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren belirli bir sürenin bitiminin ardından mesleklerini icra edebilecekleri hükmüne bağlanmak suretiyle çalışma hakkına yönelik bir sınırlama getirilmektedir.

10. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

11. Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Anayasa'da devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

12. Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesi ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi imkânsız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alınarak 3359 sayılı Kanun'la tabipler ile uzman tabiplere her eğitimleri için vatandaşlık ödevi kapsamında devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmüş ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerin mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

13. Dava konusu kural uyarınca ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan devlet hizmeti yükümlüsü tabipler yönünden bu yükümlülüğün yerine getirilmesi mümkün değildir. Bu durumda devlet hizmeti yükümlüsü olup meslekten çıkarılmayan veya güvenlik soruşturması sonucu kamu görevine alınmasına engel bulunmayan tabiplerin özel sektörde çalışması için belirli bir süre zorunlu hizmet görevini yapması gerekirken, meslekten çıkarılan veya alınmayan kişilerin doğrudan özel sektörde çalışmaya başlamasının haksızlık duygusunun oluşmasına neden olabileceği söylenebilir. Kanun koyucunun kural kapsamındaki tabiplerin ancak maddede belirlenen devlet hizmeti yükümlülük süresi sonunda mesleklerini icra edebileceklerini düzenlemek suretiyle devlet hizmet yükümlülüğünü ifa eden tabipler ile bu yükümlülüğü belirtilen nedenlerle ifa edemeyen tabipler arasında mesleklerini kamu dışında icra edebilecekleri sürenin

başlangıcı yönünden oluşacak haksızlığın önlenerek çalışma barışının sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

14. Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasında “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre çalışma hayatını koruma bağlamında başka tedbirlerle birlikte *çalışma barışını sağlamak* da devletin ödevleri arasında yer almaktadır. Bu çerçevede çalışma barışının sağlanması amacıyla öngörülen kuralın anayasal bağlamda meşru bir amaca sahip olmadığı söylenemez.

15. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

16. Kuralın kamu hizmetinde çalıştırılması uygun görülmeyen tabipler yönünden ortaya çıkacak lehe sonuçların ortadan kaldırılmasını sağlayacak bir tedbir öngördüğü, böylece kuralla ulaşılmak istenen çalışma barışının sağlanması amacı yönünden kuralın *elverişlilik* ilkesine uygun bir sınırlama getirdiği söylenebilir. Ancak kuralın ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi için *elverişli* bir sınırlama getirmesi yeterli olmayıp sınırlamanın *gereklilik* ve *orantılılık* ilkelerine de uygun olması gerekir.

17. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadı uyarınca Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir hakka sınırlama getirilebilmesi için öngörülen sınırlama olmaksızın sınırlama amacına ulaşamaması gerekir. Bir başka ifadeyle kuralla ulaşılmak istenen amaca ulaşmak için en hafif tedbirin öngörülmesi zorunlu olup aynı amaca daha hafif bir araçla ulaşılmaması mümkün ise daha ağır bir araç seçilmesi *gereklilik* ilkesiyle çelişir ve sınırlamayı ölçsüz hale getirir (AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, § 26-27).

18. Dava konusu kuralın amacı kural kapsamındaki tabiplerin *milli güvenlik* gerekçesiyle özel sektörde çalıştırılmalarının önlenmesi değil çalışma barışının sağlanmasıdır. Dolayısıyla gereklilik ölçütünün karşılanabilmesi ve anılan amaca ulaşmak için kuralda öngörülen tedbirden daha hafif bir sınırlama aracının bulunmaması gerekir. Kurala konu devlet hizmeti yükümlüsü tabipler zorunlu hizmeti ifa etmekten kaçınmamakta, devlet çeşitli gereklerle bu kişileri kamu hizmetinde çalıştırmayı uygun görmemektedir. Ancak kuralda kişilerin bir taraftan kamuda çalışmaları önlenirken öbür tarafta 450 gün gibi uzun bir süreyle özel sektörde de çalışmaları yasaklanmakta, böylece anılan kişilerin belirlenen süre zarfında tabiplik mesleğini icra etmeleri önlenmektedir. Çalışma barışının sağlanması için çalışma hakkını ve başka birçok kamusal yararı etkileyebilecek bu kadar ağır bir tedbire başvurulmadan da anılan sonuca ulaşılmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kural kapsamında kalan tabiplere zorunlu hizmet süresi boyunca sadece zorunlu hizmete tabi bölgelerde özel sektördeki işlerini icra edebilme yükümlülüğü getirilerek de anılan amaca ulaşılması veya benzeri başka tedbirlerin alınabileceği açıktır. Bu yönüyle kural *gereklilik* ölçütünü ihlal etmektedir.

19. Bir an için kuralın gereklilik ölçütünü karşıladığı kabul edilse bile kuralda ulaşmak istenen amaç ile getirilen araç arasında, bir başka ifadeyle sınırlamayla ulaşmak istenen kamu yararı ile kişilerin çalışma hakkı arasında olması gereken makul dengenin bulunduğunu da söylemek mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda milli güvenliği sağlama amacı olmaksızın sırf çalışma barışını sağlamak amacıyla devlet hizmet yükümlülüğü uygulamasının amacına hizmet etmeyecek şekilde kamuda çalışmasına milli güvenlik gerekçesiyle izin verilmeyen tabiplerin 450 gün gibi uzun bir süreyle özel sektörde de mesleklerini icra etmelerinin önlenmesinin öngörülen amaca bakıldığında kişilere aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurduğu anlaşılmaktadır.

20. Diğer yandan belirtmek gerekir ki kural kapsamında bulunan kişilerin özel sektörde çalışmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural normal şartlarda özel sektörde çalışmasına izin verilen kişilerin, amacı ülkedeki tabip eksikliği nedeniyle sağlık hizmetlerinin herkese ulaştırılamaması sorununu çözmek olan devlet hizmet yükümlülüğü uygulaması kapsamında 450 gün gibi uzun bir süre boyunca tabiplik mesleğini icra etmekten alıkonulmasına

neden olmaktadır. Bunun anılan uygulamayla amaçlanan herkesin sağlık hizmetlerinden daha fazla faydalanması amacının tam zıddı yönünde bir sonuca yol açabileceği açıktır. Bu çerçevede kuralın devlet hizmet yükümlülüğü uygulamasının amacının aksine daha az tabibin sağlık hizmeti verebilmesi sorununa da yol açabileceği anlaşılmaktadır. Öte yandan kural kapsamındaki kişilerin mesleğini yapamamalarına bağlı olarak tıp mesleğinin niteliği dikkate alındığında mesleki pratik ve gelişimden yoksun kalacakları, bunun ise kamu sağlığı açısından da istenmeyen sonuçlara yol açabileceği ortadadır. Bu hususların genel olarak menfaatler dengesini bozduğu, bu yönüyle kuralın ölçülülük ilkesini ihlal ettiği neticesine varılmıştır.

21. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 36., 38., 70. ve 118. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

b. Maddenin İkinci Cümlesi

22. Kanun'un ek 15. maddesinin dava konusu birinci cümlesinin iptali nedeniyle dava konusu ikinci cümlesinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle anılan cümle 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu cümle yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

B. Kanun'un 11. Maddesiyle 6023 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkraları ile Ek 1. Maddesinin, 18. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Yürürlükten Kaldırılması ile 19. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 46. Maddesinde Yer Alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." İbaresinin "...42 nci maddesine..." Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

23. Dava konusu kurallarla; 6023 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesi, 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmış; anılan Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." ibaresi "...42 nci maddesine..." şeklinde değiştirilmiştir.

24. 6023 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, özel kurum ve işyeri tabiplerinin; çalıştıkları yerlerin sağlık hizmetlerinin başka bir yerde ikinci bir görev yapmalarına elverişli bulunduğu tabip odaları yönetim kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum ve işyerinin tabipliğini alamayacakları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan tabiplere kurumlarınca verilecek ikinci görevlerin bu hükmün dışında olduğu ve tabip odaları yönetim kurullarının; tâyin hususunda vâki müracaatları, iş hacmi görevin tabipler arasında adil bir şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri sebepler çerçevesinde inceleyeceği ve gerekçeli olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

25. Anılan Kanun'un dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan ek 1. maddesinde ise 5. maddeye göre kayıtlı bulundukları tabip odaları idare heyetinin muvafakatini almadan ek bir tabiplik görevi kabul eden veya bu Kanun'un yayımı tarihinde uhdesinde birden fazla tabiplik görevi olup da üç ay zarfında bir beyanname ile keyfiyeti tabip odalarına bildirmeyen veya gerçeğe aykırı beyanname veren veyahut bu beyanname üzerine idare heyetinin vereceği karara uymayarak göreve devam eden tabiplerin, disiplin kurulunca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının beş katı ile on katı arasında değişen para cezasıyla cezalandırılacağı, yukarıdaki fiillerden dolayı mahkûm olmasına rağmen, beyanname vermeyen veya gerçeğe uymayacak şekilde beyanname veren veyahut ek göreve devamda ısrar eyleyen veya bu görevi bıraktığı hâlde yönetim kurulunun muvafakati olmadıkça başka bir ek görev kabul eden tabipler hakkında disiplin kurulunca o yılki en yüksek yıllık üye aidatının on katı ile yirmi katı arasında değişen para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.

26. 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, özel

kurum ve işyerinde görevli dış hekimlerinin bu görevlerini başka bir yerde de yapmaları, kayıtlı bulundukları oda yönetim kurulunca kabul edilmedikçe her ne suretle olursa olsun, diğer bir kurum veya işyerinin dış hekimliği görevini alamayacakları, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait kadrolarda çalışan dış hekimlerine, kurumlarınca verilecek ikinci görevlerin bu hükmün dışında olduğu, oda yönetim kurullarının, ikinci görev konusunda başvuruları iş hacmi, ikinci görevlerin dış hekimleri arasında adil şekilde dağıtılması, hizmetin iyi yapılması ve benzeri hususları da gözönünde bulundurarak inceleyeceği ve gerekçeli olarak karara bağlayacağı düzenlenmiştir.

27. 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yasaklara ve bildirim mecburiyetine uymayanlar hakkında uygulanacak idari para cezası düzenlenmiştir. Dava konusu kuralla anılan Kanun'un 42. maddesine uymayanlara mahallî mülkî amir tarafından bin Türk Lirası idarî para cezasının verileceği öngörülmektedir. 42. maddede ise gerek dış hekimlerinin ve gerekse bunları istihdam eden bütün özel kurum ve işyerlerinin tayin, nakil, işten ayrılma ve benzeri değişiklikleri en geç bir ay içinde bulundukları yerin odalarına bildirmeye mecbur oldukları hükme bağlanmıştır. Bu itibarla anılan bildirimde bulunmayanlar hakkında kural uyarınca idari para cezası uygulanacaktır.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

28. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kurallarla yürürlükten kaldırılan bildirim yükümlülüğünün yalnızca izin alma hususuyla ilgili olmadığı, Türk Tabipleri Birliği (TTB) ve tabip odalarının halk sağlığıyla ilgili her tür olumsuzluğu gözetip gerekli tedbirleri almak ve uyarıları yapmakla yükümlü olduğu, bildirimde bulunulması üzerine TTB ve Türk Dış Hekimleri Birliğine (TDHB) tanınan yetkinin bir tabibin veya dış tabibinin birden çok yerde çalışması durumunun sağlık hizmetlerine ve dolayısıyla kamu sağlığına olası etkilerinin gözetilmesine hizmet ettiği, buna karşılık Sağlık Bakanlığınca verilen çalışma belgesinde tabiplerin veya dış tabiplerinin birden fazla yerde çalışmalarının sağlık hizmetlerine ve hastalara olası etkilerinin gözetilmediği, kurallarla TTB'nin kontrol mekanizmasının ortadan kaldırıldığı, bu durumun denetimsiz bir alanın ortaya çıkmasına neden olacağı, bu itibarla bir tabibin veya dış tabibinin haftalık çalışma müddetince Türkiye'nin farklı şehirlerinde çalışmaya zorlanabileceği, özellikle cerrahi branşlarda operasyon sonrası oluşabilecek komplikasyonlar karşısında hastaların

operasyon yapan tabibine ulaşmakta güçlük yaşayacağı, ilgili odanın iş hacmi, işin iyi yapılması, ikinci görevlerin meslek mensupları arasındaki dağılımı ve benzeri ölçütlere göre değerlendirme yaparak tabip veya diş tabiplerinin ikinci yerlerdeki çalışmalarının uygun olup olmadığına karar verdiği, tabip ve diş tabiplerinin birden fazla yerde çalışmalarının meslektaşlar arasında yaratacağı rekabet ve mesleğin icrasına etkilerinin ilgili oda tarafından değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu yetkinin ilgili meslek kuruluşlarından alınmasının bu kuruluşların görevlerini yerine getirmelerini güçleştireceği ve bu alandaki denetim fonksiyonunun ortadan kaldırılmasıyla anayasal bir kurum olan meslek odalarının işlevsizleştirildiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

29. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

30. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Sosyal devlet olma niteliğinin gereği olarak devlet, kişilerin gerekli ve en uygun sağlık hizmeti almalarını sağlamakla yükümlüdür.

31. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, *“Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir”,* üçüncü fıkrasında ise *“Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler”* denilmektedir. Anılan madde devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Madde ile devlete verilen bu görevler devletin pozitif yükümlülüklerindendir.

32. Bu çerçevede artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, sağlık hizmetlerini yurt genelinde eşit ve kaliteli olarak sunmak, mesleki olarak yeterli, sayıca kısıtlı yetişmiş insan gücünü dengeli bir şekilde dağıtmak, değişen şartlara göre planlama yapmak,

hizmet kalitesini yükseltmek, etkin, verimli, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, kurumlar arası iş birliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir (AYM, E.2012/103, K.2013/105, 3/10/2013).

33. 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar belirlenmiş olup bunlar; tüm sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımının ve yaygınlaştırılmasının sağlanması, sağlık hizmetlerinin ülke düzeyinde eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanması, koordine edilmesi, mali yönden desteklenmesi ve geliştirilmesi, koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfına ve atıl kapasiteye yol açılmayarak sağlık personelinin ülke genelinde dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılmasının sağlanmasıdır. Anılan maddede ayrıca Sağlık Bakanlığının yerine getireceği sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar; sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinin düzenlenmesi, sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlamasının yapılması, herkesin sağlık durumunun takip edilebilmesi ve sağlık hizmetlerinin daha etkin ve hızlı şekilde yürütülmesi maksadıyla Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca gerekli kayıt ve bildirim sisteminin kurulması, sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve iş birliğinin sağlanması şeklinde belirlenmiştir.

34. Dava konusu kurallarla, özel kurum ve işyerlerinde görevli tabipler ile dış tabiplerinin diğer bir kurum veya işyerinin tabiplik ve dış tabipliği görevini kabul edebilmeleri için kayıtlı bulundukları tabip veya dış tabibi odalarının yönetim kurullarından izin alma uygulaması ile izin alınmaması hâlinde uygulanacak idari para cezası kaldırılmak suretiyle, bu personelin sadece Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan istihdam planlaması çerçevesinde ülke geneline dağılımının sağlanmasının ve bu konuda uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütlerin ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır

35. Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık

hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Kanun koyucunun anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini kullanmak suretiyle nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetlerine artan talebin daha hızlı, yaygın ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla devletin pozitif yükümlölükleri kapsamında söz konusu izni ve bu iznin alınmaması hâlinde öngörölen idarî para cezasının kaldırılması yönünde bir tercih yaptığı görölmektedir. Dava konusu kuralların uygulamada ortaya çıkabilecek tereddüt ve gecikmeleri ortadan kaldırarak söz konusu sağlık personelinin kamu/özel ayrımı yapılmaksızın ölkede genelde daha hızlı dağılımı ile sağlık hizmetlerinin ölkede sathında yaygınlaştırılarak kesintisiz bir şekilde sunumunu sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

36. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenerek bu kuruluşlara anayasal statü kazandırılmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğu ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyetinin aranmayacağı hüküm altına alınarak serbest çalışan meslek mensuplarının meslek kuruluşlarına üye olması zorunlu kılınmıştır.

37. Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, üstlendikleri hizmetler itibarıyla Anayasa'da kamu kurumu niteliğindeki kamu tüzel kişileri olarak yer almışlardır. Bu nitelikleri itibarıyla idari teşkilat bütünü içinde kamu idareleri ile kamu kurumlarının yanında meslek kuruluşları olarak ayrı bir kategoriyi oluşturmaktadırlar. Meslek kuruluşları da idari teşkilat bütünü içinde yer alan kurum ve kuruluşlar gibi devletin gözetim ve denetimine tabidirler.

38. Anayasa'nın kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yönelik yaklaşımı, meslek mensuplarının ortak gereksinimlerinin

karşılanması, çalışmalarının kolaylaştırılması ve meslek disiplini yönünden gözetim ve denetim ağırlıklıdır. Üyelerinin uğraş konuları ve çalışma alanları bakımından bir tür kamu hizmeti yaptıkları gözönünde tutularak bu kuruluşlar *idare* bölümü içinde düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşları gibi belirli bir düzen ve disiplin içinde kamu hizmetini yerine getirmeyi amaç edinmişlerdir.

39. 6023 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Türkiye sınırları içinde meslek ve sanatlarını icraya yetkili olup da sanatını serbest olarak yapan veya meslek diplomasından istifade etmek suretiyle resmi veya özel görev yapan tabiplerin katıldığı TTB'nin, tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluş olduğu ifade edilmiştir. 3224 sayılı Kanun'un 3. maddesinde ise TDHB'nin odalarının, anılan Kanun'da yazılı esaslar uyarınca dış hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve hastaları ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kurulan tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda TTB ve TDHB Anayasa'nın 135. maddesi anlamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıdır.

40. Özel kurum ve işyeri tabipleri ile dış tabiplerinin çalıştıkları yerler dışında başka bir yerde ikinci bir görev üstlenebilmeleri için kayıtlı oldukları odalarından izin alma şartı ile bu iznin alınmaması hâlinde idari para cezası uygulanmasına ilişkin hükümleri yürürlükten kaldıran kuralların Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak şeklindeki görevlerinin yerine getirilmesine engel oluşturacağı söylenemez. Ayrıca Anayasa'da meslek kuruluşlarına, üyelerinin diğer bir kurum veya işyerinde ek görev ifa edebilmeleri için bağlayıcı nitelikte izin verme görevi ve yetkisi verilmediği gibi bu şekilde bir izin rejiminin belirlenmemesinin meslek kuruluşlarının anılan amaçlarının gerçekleşmesini önleyeceğini söylemek de mümkün görünmemektedir. Dava dilekçesinde dava konusu kurallarla

Anayasa uyarınca verilmiş olan işlevlerin kısıtlanarak bu alandaki denetim fonksiyonunun ortadan kaldırılmasının meslek odalarının işlevsizleştirilmesine neden olacağı ileri sürülmekte ise de belirtilen hususlar yerindelik kapsamında olup anayasal denetimin konusu dışında kalmaktadır.

41. Öte yandan sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar çerçevesinde tabiplerin ve dış tabiplerinin mesleklerini icra edebilmeleriyle ilgili usul ve esaslar 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin üçüncü fıkrasında tabiplerin, dış tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamaları çerçevesinde ve ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilecekleri düzenlenmiştir. Anılan fıkra "...Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamaları çerçevesinde ve..." ibaresinin eklendiği 26/7/2018 tarihli ve 7146 sayılı Kanun'un gerekçesinde düzenlemeyle sağlık personelinin adil ve dengeli dağılımının sağlanması, atıl kapasiteye meydan verilmemesi ve Sağlık Bakanlığınca yapılan istihdam planlamasının uygulanabilmesi için 1219 sayılı Kanun'a göre birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışmada Sağlık Bakanlığı planlamalarının esas alınacağı ifade edilmiştir.

42. 1219 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelerin yanı sıra bu Kanun'a dayanılarak kabul edilen yönetmeliklerde de tabiplerin ve dış tabiplerinin çalışma usul ve esasları, kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmaksızın ülke düzeyinde dengeli, verimli ve kaliteli sağlık hizmetinin sunulmasını sağlamak üzere ayakta teşhis ve tedavi yapılan özel sağlık kuruluşlarının yapılandırılmaları, ruhsatlandırma işlemleri, faaliyetleri, faaliyetlerine son verilmesi, denetimleri ve diğer hususlar ile sağlık kuruluşlarının ve personelinin çalışma usul ve esasları ile etkin, verimli ve kaliteli sağlık hizmeti sunulmasını sağlamak üzere, bütün özel hastanelerin tesis, hizmet ve personel standartlarının tespit edilmesine, sınıflandırılmasına, sınıflarının değiştirilmesine, amaca uygun olarak teşkilatlandırılmasına ve bunların açılmalarına, faaliyetlerine, kapanmalarına ve denetlenmelerine ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

43. Bu çerçevede mevzuatta çeşitli hukuki tedbirlere yer verilmek suretiyle sağlık hizmetlerinin anılan anayasal kurallar çerçevesinde

işlemesini sağlayacak hükümlere yer verilmediği ve ülke çapında daha kaliteli bir sağlık hizmetinin sağlanmasına yönelik tabip ve diş tabiplerinin çalışma şartlarına ilişkin kontrol mekanizmasının bulunmadığı veya denetimsiz bir alanın ortaya çıktığı söylenemez.

44. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 56. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

C. Kanun'un 17. Maddesiyle 2809 Sayılı Kanun'un Ek 158. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

45. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarından biri olan Mütevelli Heyetine siyasal iktidarın temsilcileri konumundaki Sağlık Bakanı Yardımcısı ile Sağlık Bakanının seçtiği bir üyenin dahil edildiği, bu durumun üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 27. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

46. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere toplam beş üyeden oluşacağı hükme bağlanmış olup anılan cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

47. Anayasa'nın yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesinin birinci fıkrasında "*Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur.*"; üçüncü fıkrasında "*Kanun, üniversitelerin ülke sathına dengeli bir biçimde yayılmasını gözetir.*";

dördüncü fıkrasında *"Üniversiteler ile öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilirler. Ancak, bu yetki, Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunma serbestliği vermez."*; dokuzuncu fıkrasında *"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, ... öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, ... kanunla düzenlenir."* hükümleri yer almakta ve madde gerekçesinde kanuna bırakılan konuların *bilimsel özerklik* ilkesinin gözönünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

48. Bilimsel özerklik, bilimsel çalışmaların üniversite ortamında yürütülebilmesinin olmazsa olmaz koşulu olup üniversite mensuplarının ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı, yönlendirmesi olmadan ve toplumda hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme imkânlarına sahip bulunmalarını ifade etmektedir (AYM, E.2017/33, K.2019/20, 10/4/2019, § 70). Üniversitelerin bilimsel özerkliği; üniversitelerde yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarıncaya serbestçe alınabilmesini gerektirmektedir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, § 43).

49. Yukarıda yer alan tanımdan da anlaşılacağı üzere bilimsel özerklik, idari ve mali özerklikle birlikte üniversitelerin özerkliği için olmazsa olmaz nitelikte bir bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu unsurlardan herhangi birine yapılacak müdahale diğer unsurların da olumsuz şekilde etkilenmesine sebebiyet verecektir. Bu bağlamda, üniversite yönetim organlarının, merkezi idarenin müdahalesine imkân verecek şekilde yapılandırılması, diğer bir ifadeyle üniversitelerin, merkezi idare tarafından doğrudan atanan kişiler tarafından yönetilmesi, bu kurumların bilimsel özerkliğini de doğrudan etkileyecektir. Üniversite mensuplarının, bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapılması için bunlara her türlü dış

etkiden uzak kalacak bir ortamın sağlanması gerekir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, § 45).

50. Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak devlet tarafından kanunla kurulabileceklerinin hükme bağlanması ile güdülen amacın siyasal çevrelerin ve değişik baskı gruplarının üniversite çalışmaları ile eğitim ve öğretimi etki altında tutabilme yolunu kapatmak ve bu çalışmaların bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

51. 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinin dava konusu kuralın da yer aldığı ikinci fıkrasında Sağlık Bilimleri Üniversitesinin yönetim organlarının, 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öngörülen organlar ile Mütevelli Heyetinden oluşacağı, Mütevelli Heyetinin; Rektör, eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının (Bakan) seçtiği bir üye, Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip iki üye olmak üzere, toplam beş üyeden teşekkül edeceği, en az dört üye ile toplanıp salt çoğunlukla karar alacağı ile Bakan ve Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen üyelerin görev süresinin dört yıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında ise Mütevelli Heyetinin görevleri; Üniversitenin stratejik planı ve bütçe teklifi üzerinde görüş bildirmek, kamu kurum ve kuruluşları ve gerçek ve özel hukuk tüzel kişileriyle iş birliği yapılmasına ve ortak projeler yürütülmesine katkı vermek, Rektör tarafından gündeme alınması önerilen konularda karar vermek şeklinde belirlenmiştir.

52. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2015/61, K.2016/172 sayılı kararıyla 2809 sayılı Kanun'a 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ek 158. maddesinin ikinci fıkrasının *"Mütevelli Heyeti; Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, Rektör, Sağlık Bakanının seçeceği iki üye ile Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen profesör unvanına sahip bir üye olmak üzere, toplam beş üyeden oluşur."* şeklindeki ikinci cümlesini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında, Mütevelli Heyetinin üniversite yönetimine ilişkin mevcut yetkileri ile en az dört üyeyle toplanıp salt çoğunlukla karar alabildiği gözönünde bulundurulduğunda, heyet üyelerinin çoğunluğunun Sağlık Bakanlığı Müsteşarı ile Sağlık Bakanının seçeceği iki üyeden oluşmasının, merkezi idareye, Mütevelli Heyeti

kanalıyla üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde belirleyici olacak şekilde söz hakkı tanındığını, merkezi idareye, üniversite üzerinde denetim ve gözetim yetkisini aşan nitelikte bir yetkinin verildiğini, bu nedenle anılan cümlelerin Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklik ilkesiyle bağdaşmadığını belirtilmiştir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, §§ 46-48).

53. Anılan iptal kararı sonrasında kanun koyucu 7151 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle 2809 sayılı Kanun'un ek 158. maddesinde yer alan Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin oluşumunu yeniden belirlemiş; bu kapsamda Bakanın seçeceği üye sayısını ikiden bire indirmiş, diğer üyenin ise Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulunca Sağlık Bilimleri Üniversitesi dışından belirleneceğini düzenlemiştir. Söz konusu cümlede 11/11/2020 tarihli ve 7256 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle yapılan değişiklikle Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı Yönetim Kurulunca Sağlık Bilimleri Üniversitesi dışından bir üye belirlenmesinden vazgeçilerek Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilecek üye sayısı birden ikiye çıkarılmıştır.

54. Bunun yanında ek 158. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan Mütevelli Heyetinin görevlerinde 7256 sayılı Kanun'la değişikliğe gidilerek bu fıkranın (a) bendinde yer alan "...planını ve bütçe teklifini onaylamak." ibaresi "...planı ve bütçe teklifi üzerinde görüş bildirmek.", (b) bendinde yer alan "...karar..." ibaresi "...katkı..." şeklinde değiştirilmiş ve (c) bendinde yer alan "Yurt içinde ve yurt dışında Üniversiteye ait birimlerin ve bölümlerin kurulmasını teklif etmek." şeklindeki görevine son verilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun Anayasa Mahkemesinin gerekçesi doğrultusunda Sağlık Bilimleri Üniversitesi Mütevelli Heyetinin oluşumunu ve görevlerini yeniden belirlediği ve Heyetin icrai yetkilerini danışma niteliğine dönüştürerek üniversite yönetimine ilişkin karar alma sürecinde merkezi idarenin belirleyici olmayacak şekilde temsil edilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mütevelli Heyetinin oluşumunda eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı ile Bakanın seçtiği bir üyenin bulunmasını öngören kuralın Heyetin görevlerinin çoğunlukla danışma niteliğinde olduğu da dikkate alındığında Anayasa'nın 130. maddesiyle güvence altına alınan bilimsel özerklik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

55. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi gözetilmek suretiyle düzenlenen kuralın üniversitelerin bilimsel verileri yaymak,

ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesini engellediği söylenemeyeceği gibi üniversitelerin bilimsel özerkliği kapsamında yürütülen eğitim, araştırma, yayın ve benzeri etkinliklerin planlanması, düzenlenmesi ve icra edilmesi aşamalarında yönetim yetkisinin serbestçe kullanılabilmesini, belirtilen faaliyetlerle ilgili üniversite kaynaklarının kullanımına yönelik kararların üniversite yönetim organlarınca serbestçe alınabilmesini engellediği de ileri sürülemez. Ayrıca kuralın üniversitelerin bilimsel özerkliği kapsamında üniversite mensuplarının ekonomik ve siyasi yönden nüfuz sahibi bulunan kişi ve kurumların baskısı veya yönlendirmesi olmadan ya da toplumda hâkim olan düşünce ve kabuller doğrultusunda sonuçlara varmak gibi bir zorunluluk hissetmeden sadece bilimsel ölçütler ve etik kurallar çerçevesinde eğitim, öğretim, araştırma ve yayın yapabilme imkânlarını kısıtladığından da söz edilemez.

56. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 130. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 27. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususlar Anayasa'nın 130. maddesi kapsamında ele alınmış olduğundan Anayasa'nın 27. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Ç. Kanun'un 18. Maddesiyle 3224 Sayılı Kanun'un 42. Maddesinin Başlığının “Bildirim zorunluluğu” Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

57. 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığı “İkinci görev yasağı ve bildirim zorunluluğu” şeklinde iken, 7151 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle “Bildirim zorunluluğu” şeklinde değiştirilmiştir.

58. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yetkisinin kapsamına Anayasa değişikliği, kanun, kanun hükmünde kararname, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve TBMM İçtüzüğü adı verilen normlar (kurallar) girmektedir. Söz konusu düzenlemeler, Anayasa'nın yetkili kıldığı organlar tarafından yazılı bir şekilde ve bu adlar altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut hukuk normlarıdır. Norm ise insan davranışını yönlendirmek amacıyla belirli bir şeyin yapılmasını yasaklayan ya da belirli bir şeyin yapılmasına izin veya yetki veren ve cebirle desteklenmiş irade açıklamalarıdır. Dolayısıyla hukuk normları

daima emir, yasak, izin veya yetki içeren önermelerden oluşur. İnsan davranışını yönlendirmeyi hedeflemeyen yani emir vermeyen, yasak koymayan, izin veya yetki vermeyen bir önerme, normatif nitelikte olmadığından hukuk kuralı sayılmaz.

59. Bu itibarla madde başlıkları da başlı başına bir yargı ifade etmediğinden denetlenebilir norm niteliğinde değildir. Anılan niteliği sebebiyle madde başlıklarının iptal davasına konu edilmesi mümkün değildir (aynı yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2014/146, K.2015/31, 19/03/2015; E.2017/162, K.2018/100, 17/10/2018, § § 63-65).

60. Açıklanan nedenlerle 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığının 7151 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine yönelik iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

D. Kanun'un 26. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkranın İncelenmesi

1. Genel Açıklama

61. 5258 sayılı Kanun'un 2. maddesinde aile hekimi, "*...kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip...*", aile sağlığı çalışanı, "*...aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı...*" şeklinde tanımlanmıştır.

62. Anılan Kanun'un personelin statüsü ve mali haklarını düzenleyen 3. maddesinin birinci fıkrasına göre Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanı olarak çalıştırılacak sağlık personelinin, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelinin aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye veya aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir.

63. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre aile sağlığı çalışanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakati verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi hâlinde Sağlık Bakanlığı, personeli bu hizmetler için görevlendirebilir. İhtiyaç duyulması durumunda Türkiye’de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Kanun’un 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Hazine ve Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere hekimleri ve aile sağlığı çalışanları altmış beş yaşına kadar çalıştırılabilir.

64. Görüldüğü üzere kanun koyucu aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanlarının istihdamında üç farklı istihdam usulü öngörmüştür. Buna göre Sağlık Bakanlığı, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı çalışanlarını kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine sözleşmeli olarak çalıştırabilmeye veya bu nitelikteki Bakanlık personeli aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkili kılınmıştır. Ayrıca ihtiyaç duyulması hâlinde Sağlık Bakanlığı Hazine ve Maliye Bakanlığının da uygun görüşünü alarak 657 sayılı Kanun’da aranan niteliklere sahip kamu görevlisi olmayan kişileri sözleşmeli olarak aile hekimi ve aile sağlığı çalışanı olarak istihdam edebilir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

65. Dava dilekçesinde özetle; aile hekimliği hizmetinin birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla düzenlendiği, aile hekiminin devletin görevi olan sağlık hizmetinin sunulmasında görev yaptığı, bu anlamda yapılan işin kamu hizmeti, aile hekiminin ise kamu görevlisi olduğu, aile hekimlerinin sözleşme hükümlerinin, çalışma şartlarının, çalışacakların nitelikleri ile ücretlerinin Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) tarafından belirlendiği, aile hekimliğine dönüştürülen ya da yeni kurulan işyerinin 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında bir

işyeri olduğu, ancak bu işyerinin sözleşme imzalanan aile hekimine mi, yoksa yasal koşulları belirleyen Bakanlığa mı ait olduğunun çözülemediği, ticari ve mesleki faaliyette bulunmanın amacının bu yolla gelir elde etmek olduğu, aile hekimlerinin çalışmaları sırasında sağlık hizmeti verdikleri kişilerden ücret almadığı, o nedenle işveren olarak nitelendirilmeyeceği, aile hekimliğinin 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu yönünden ayrı bir işyeri olmadığı, bu işyerinde çalışan aile sağlık elemanlarının sevk ve idare yönünden aile hekimlerine bağlı olmakla birlikte çalışma koşullarının Bakanlık tarafından belirlendiği, ücretlerini aile hekimlerinden değil, aile hekimi gibi sağlık müdürlerinin onayı ile devletten aldıkları, bu anlamda aile hekiminin işveren vekili konumunda olduğu, işverenin Bakanlık olduğu, Bakanlığın işveren konumunda olmasının sağlık gibi yaşamsal önemi olan bir hakka yönelik ihlallerin veya ihmallerin önüne geçilmesini sağladığı, her bir aile hekiminin ferden veya müştereken personel çalıştırabilme yetkisinin sağlık alanında yeni bir taşeronlaşma anlamına geldiği, dava konusu kuralla sağlık hakkının en önemli unsurlarından biri olan aile hekimlerinin işveren hâline getirildiği, bu durumun kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmadığı, kamu hizmetlerinin düzenli şekilde yürütülmesine engel oluşturacağı ve bu nedenle kamu yararı taşımadığı, belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

66. Kuralla aile hekimlerinin ferden veya müştereken personel çalıştırabileceği ve işveren olabileceği hüküm altına alınmıştır.

67. En geniş tanımı ile kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir ve toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir (AYM, E.2004/114, K.2007/85, 22/11/2007).

68. Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif bir yükümlülük yüklemiş, devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla sorumlu kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık

hizmetinin sunulmasında en geniş ölçekli uygulamalardan yararlanılması gerekir.

69. Bu bağlamda sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamının, niteliği itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez özelliği devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu da doğurmaktadır. Aile hekimlerinin personel istihdamına ve işveren olabilmesine imkân sağlayan kuralın, aile hekimliği uygulamasında ortaya çıkabilecek personel ihtiyacının daha hızlı, yerinde ve gecikmeksizin temin edilmesi suretiyle insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkına yönelik sağlık hizmetinin kesintisiz bir şekilde devam etmesini ve aile hekimliği uygulamasının etkinlik ve verimliliğinin artırılmasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararı dışında bir amaç güttüğü söylenemez.

70. Öte yandan 5258 sayılı Kanun ve bu Kanun'a dayanılarak kabul edilen ikincil mevzuatta aile hekimlerinin, kullanmak zorunda oldukları teknik, tıbbi cihaz, bilgisayar donanımları ile gezici sağlık hizmetlerinin sunumu için gerekli olan motorlu araçları esas olarak kendilerinin temin edeceği; aile sağlığı merkezinde yangına karşı alınması gereken tedbirleri alacağı; üç ve üzeri aile hekimliği birimi bulunan aile sağlığı merkezlerinde, aile hekimlerince aile sağlığı merkezi girişinin, bekleme alanlarının ve oda girişlerinin görüntülendiği güvenlik kamera sisteminin kurulacağı, aile hekiminin, birlikte çalıştığı aile sağlığı elemanlarını yönlendirme ve denetleme yetkisine sahip oldukları belirtilmiştir. Bu bağlamda aile hekimlerinin, aile sağlığı merkezlerinin güvenli ve teknik olarak yeterli bir seviyede sağlık hizmeti verebilmeleri için gerekli tedbirleri alma ve birlikte çalıştığı sağlık elemanlarını yönlendirme, denetleme görev ve sorumluluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın aile hekimlerinin mevzuatta yer alan yetki ve sorumlulukları kapsamında aile sağlığı merkezlerinde fiziki ve teknik donanım, güvenlik ve insan gücü yönünden ihtiyaç duyulan personelin ihtiyacın ortaya çıktığı anda gecikmeksizin temin edilmesine ve daha kaliteli, güvenli ve etkin bir sağlık hizmetinin sunulabilmesini sağlama amacına yönelik olduğu sonucuna varılmıştır.

71. Ayrıca anılan mevzuatta aile hekimleri ile aile sağlığı çalışanlarının performans değerlendirmesi, hizmet kalite standartlarının oluşturulması ve geliştirilmesi hakkında ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Aile hekimlerinin görev ve sorumlulukları ile aile sağlığı

merkezlerinin fiziki yapısı, donanımı, fonksiyonelliği, personel durumu ve hizmetin niteliği gibi hizmet sunum esaslarının açıkça belirlenerek güvenli, etkili ve kaliteli bir sağlık hizmeti verilmesini sağlamaya yönelik alınmış ve alınabilecek hukuki tedbirlerin varlığı da dikkate alındığında, kuralın sağlık hizmetlerinde ihlallerin ve ihmallerin ortaya çıkmasına neden olacağı ve sağlık hizmetlerinin düzenli sürdürülmesine engel teşkil edeceği söylenemez.

72. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E. Kanun'un 34. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen (e) Bendinde Yer Alan "...on yılı..." İbaresinin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

73. 6428 sayılı Kanun, kamu özel iş birliği (KÖİ) modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı (Bakanlık) ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektedir.

74. Anılan Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belirli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.

75. KÖİ modelinde bazı kamu hizmetleri idare tarafından özel sektöre özel hukuk hükümlerine göre gördürülmekle birlikte idare bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kendisi de bazı hizmetlerini

bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin) sorumluluğuna, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Bakanlığın) sorumluluğuna bırakılmaktadır. Bu uygulamada, idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi bir sözleşme imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynaklarından olmak üzere gerekli finansmanın tamamını kendisi sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlüdür. Yine yüklenici yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir.

2. Anlam ve Kapsam

76. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinde *hizmet bedeli*, bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen, beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise on yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedel şeklinde ifade edilmiş olup anılan bentte yer alan "...on yılı..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

77. Söz konusu fıkranın (c) bendine göre *bedel*, yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamı olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda KÖİ modelinde bedelin, *kullanım bedeli* ve *hizmet bedeli* olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Kullanım bedeli söz konusu fıkranın (j) bendine göre bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedeli ifade etmektedir.

78. Anayasa Mahkemesinin 1/4/2015 tarihli ve E.2013/50, K.2015/38 sayılı kararında 6428 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *bedel* tanımında yer alan "...*belli hizmetler...*" kavramının kapsamının tespit edilmesinde KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerektiği, anılan Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin özel sektörün sorumluluğuna bırakıldığı, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edildiği, *belli hizmetlerin*, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesinin ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılmasının gerekli olmadığı belirtilmiştir.

79. Hizmet bedelinin tanımının yapıldığı (e) bendinde 7151 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedelde ikili bir ayrıma gidilmiş ve beş yıl ve ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı, tıbbi destek hizmetlerinde ise on yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedelin hizmet bedeli olduğu ifade edilmiştir.

80. Bu bağlamda hizmet bedeli tanımında yer alan unsurlar bakımından zorunlu hizmetler ve ihtiyari hizmetler şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin sözleşme süresi boyunca karşılanacak zorunlu hizmetler olup bunların hizmet bedellerinde sözleşmede kararlaştırılan fiyatların dikkate alınacağı anlaşılmaktadır.

81. İlgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek ihtiyari hizmetler ise miktara bağlı olmayan hizmetler ile miktara bağlı hizmetlerden oluşmaktadır. Miktara bağlı olmayan hizmetler hastane doluluk oranı, ihtiyaç, tüketim ve/veya kullanıma bağlı olarak ihtiyaç hacminin değişmeyeceği, güvenlik, temizlik, ilaçlama, otopark, hasta yönlendirme ve refakat ile resepsiyon gibi hizmetlerdir. Bu hizmetlerin

bedeli mutabık kalınan fiyatlara göre ödenmekte ve her beş yılda bir dönemsel piyasa testi ile güncellenmektedir.

82. Miktarla bağlı olan hizmetler ise hastane doluluk oranı, ihtiyaç, tüketim ve/veya kullanım oranına bağlı olarak ihtiyaç hacminin değişiklik göstereceği laboratuvar, sterilizasyon ve dezenfeksiyon, rehabilitasyon, görüntüleme, atık yönetim, çamaşır ve çamaşırhane ile yemek hizmetleri olup, bu hizmetlerin ödemeleri ihale döneminde verilen garanti miktarları dikkate alınmak suretiyle gerçekleşen miktarlar üzerinden yapılacaktır.

83. Dava konusu kuralla miktara bağlı olan hizmetler kapsamında bulunan tıbbi destek hizmet bedelleri (laboratuvar, sterilizasyon ve dezenfeksiyon, rehabilitasyon, görüntülemeyle ilgili olan ve uygulamada MR, tomografi, robotik/tam/yarı otomatik ilaç hazırlama üniteleri, laboratuvar otomasyon hattı, fizik tedavi yürüme robotu ve havuzları gibi cihaz ve ünitelerin yerine getirdiği faaliyet bedelleri) dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresi on yılı geçmemek üzere düzenlenmektedir.

84. 6428 sayılı Kanun'a dayanılarak kabul edilen ve 9/5/2014 tarihli ve 28995 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliğin 4. maddesinin (aa) bendinde *"Piyasa testi: Teknolojik gelişmeler ve yeni ihtiyaçlar gözönüne alınmak, rekabet ve saydamlık sağlanmak suretiyle, yüklenicinin üstlendiği tıbbi ekipman da dahil her türlü donanım, mefruşat ve hizmetlere ilişkin olarak, belirli dönemlerde ekonomik açıdan en avantajlı fiyatı seçme işlemi"* şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik'in 56. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise piyasa testine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiş olup buna göre yapılacak teklifler çerçevesinde en uygun teklif veren üç firma ile fiyat ve kalite değerlendirmesi yapılarak nihai pazarlık anlaşmasının düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre idare, en uygun fiyat teklifini yükleniciye bildirir. Yüklenici, bildirim aldığı tarihten itibaren beş işgünü içinde belirlenen uygun fiyatla bu hizmeti veya donanımı temin etme hususundaki ön alım hakkını kullanabilir. Ön alım hakkını kullanması hâlinde hizmet veya donanım yüklenici tarafından temin edilir; ön alım hakkının kullanılmaması durumunda yüklenici, en uygun fiyat teklifini veren alt yüklenici ile usulüne uygun düzenlenmiş yeni sözleşmenin onaylı bir suretini idareye teslim eder.

3. İptal Talebinin Gerekçesi

85. Dava dilekçesinde özetle; tıbbi destek hizmetlerinde en geç beş yılda bir yapılması gereken piyasa testi süresini on yıla çıkaran dava konusu kuralla, hâlihazırda ihaleyi alan firmalara pozitif ayrımcılık yapıldığı, onlara işletmecilik anlamında beş yıllık ek sürenin kazandırılarak kârlılıklarını bu süre boyunca maksimize etme imkânının verildiği, bu durumun işletmeciye garanti olarak verilmiş olan hastaların sağlık harcamalarını kümülatif bazda artırdığı, bu nedenle kuralın kamu yararını gözetmediği, ihaleyi kazanamamış olan firmaların beş yılda bir testlerin yenileneceği öngörüsüyle hareket ettiği ve ona göre teklif verdiği, ihalelerin tamamlanmasının ardından kârı artırıcı düzenleme yapan kuralın belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğu, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmadığı, hâlihazırda ihaleyi kazanmış firmalara yönelik haksız bir ayrıcalığın sağlandığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

86. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereğince kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesince kamu yararı konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya sadece belirli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan istisnai hâl dışında bir kanun hükmünün gereksinimlere uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

87. Doğrudan yaşam hakkıyla ilgili olması nedeniyle niteliği gereği diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetlerine artan talebi en doğru şekilde karşılamak, bu hizmetlerin yerine getirilmesi sırasında gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek suretiyle cihaz-ekipman-

sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini en aza indirmek, ihtiyaçlara göre hizmet planlama ve sunumu ile kaynak kontrolü sağlamak devlet için kamusal bir zorunluluk olup aynı zamanda sosyal devlet olmanın gereğidir.

88. Tıbbi destek hizmetleri, uygulamada MR, tomografi, robotik/ tam/yarı otomatik ilaç hazırlama üniteleri, laboratuvar otomasyon hattı, fizik tedavi yürüme robotu ve havuzları gibi cihaz ve ünitelerin yerine getirdiği faaliyetler olup, tıbbi hizmetlerin verimliliğini ve kalitesini doğrudan etkileyen ve bunların teknik bakımdan yerine getirilmesini sağlayan destek hizmetlerdir. Başlangıç maliyetleri yüksek olan bu hizmetler temelde inşaat şirketi olan yükleniciler tarafından yeterli deneyim ve bilgi birikimine sahip olunmadığından genellikle alt yükleniciler vasıtasıyla ifa edilmektedir. Bu hizmetleri sunan cihaz ve ünitelerin tedariki, bunların tesis içinde konumlandırılacakları alanın inşası, hizmet ekipmanlarının satın alınması, garanti ve yazılım güncelleme anlaşmaları ile alt yapı planlama ve uygulamalarının beş yıllık hizmet süresi sonunda pazar testi ile ihaleye çıkılıp yenilenmeleri bu hizmetlerin sunum maliyetini artırmaktadır. Dolayısıyla ihaleye katılan şirketlerin bu maliyeti ihale döneminde sundukları fiyat tekliflerine yansıtmak suretiyle idarenin hizmet karşılığı vereceği bedeli artıracığında kuşku yoktur.

89. Dava konusu kuralın gerekçesinde 6428 sayılı Kanun kapsamında gerçekleştirilen entegre şehir hastanelerinde yüklenici şirketin sözleşme kapsamında yer alan miktara bağlı tıbbi destek hizmetlerinde bulunan hizmetlerinin piyasa testinin on yılın sonunda gerçekleştirilmesi hususunun düzenlendiği ifade edilmiştir.

90. Kanun koyucunun, kuralla, ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek ihtiyari hizmetlerde sözleşmede yer alan miktara bağlı tıbbi destek hizmet sunumlarında idare tarafından yükleniciye ödenen bedelin dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresini on yıla kadar çıkarılmasına imkan sağlamak suretiyle bu hizmet sunumlarında söz konusu teçhizat ve alt yapı maliyetlerini zamana yayarak azaltmak suretiyle idarenin ihale sürecinde bu hizmetler için ödeyeceği bedeli düşürmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Tıbbi destek hizmeti sunan söz konusu cihaz ve ünitelerin normal kullanım sürelerinin beş yıldan fazla olabileceği de dikkate alındığında kuralın KÖİ sözleşmelerinde her beş yıllık ya da sözleşme koşullarına göre daha

kısa bir dönem için gereksiz cihaz tedariki ile buna bağlı oluşacak yeni alt yapı gereksinimlerinin önüne geçmek suretiyle kaynak kullanımında kontrolü sağlamayı ve tıbbi destek hizmet maliyetlerini düşürmeyi hedeflediği açıktır. Kuralda öngörülen on yıla kadar olan güncelleme süresinin azami süre olduğu ve sözleşme koşulları çerçevesinde bu süre beklenmeksizin dönemsel piyasa testi ile güncellenmenin yapılabileceği de dikkate alındığında tıbbi destek hizmet maliyetini düşürmeye yönelik kuralda kamu yararı bulunmadığı söylenemez.

91. Öte yandan 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, *"Mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde sözleşmenin uygulanabilirliğini veya anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, sözleşme bedelini artırmamak kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Bu kapsamdaki sözleşme değişikliklerinde, sözleşme bedelinin artırılmaması kaydıyla kullanım bedeli veya hizmet bedeli artırılmak veya azaltılmak suretiyle değiştirilebilir. Sözleşme bedeli, net bugünkü değer dikkate alınarak belirlenir ve net bugünkü değer hesaplanmasına ilişkin esaslara yönetmelikte yer verilir. İdare tarafından gerekli görülmesi hâlinde yükleniciye ödenecek kullanım bedeli ödemelerine ilişkin Türk lirası veya döviz cinsinden alt ve üst limitler sözleşme değişikliği düzenlemelerine uygun olarak belirlenebilir."* hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin kararında da belirtildiği üzere anılan fıkranın birinci cümlesinde geçen *"...sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması..."* ya da *"...sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi..."* ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hâl kavramlarının dışında zaman içinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar gözonüne alınarak, sağlık hizmetlerinin kaliteli şekilde sürdürülebilmesi için finansman ihtiyaçlarının alternatif kaynaklardan karşılanması zorunluluğu nedeniyle geliştirilen KÖİ modelinin hayata geçmesi ve sorunsuz çalışabilmesi için oldukça karmaşık ve geniş kapsamlı olarak yapılan sözleşmelerin sürekli değişmesi ve güncellenmesi amacıyla düzenlendiği belirtilmiştir. Mücbir sebep niteliği taşımayan ancak sağlık hizmetinin yerine getirilmesini zorlaştıran nedenlerin hepsinin önceden öngörülmesinin mümkün olmadığından

hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemenin de bu kapsamda mümkün olmadığı, bunun yanında zaman içinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesinin yeni ihtiyaçları ortaya çıkarabileceği, böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişme sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğabileceği, dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinde kamu yararı bulunmaktadır (AYM, E.2014/92, K.2016/6, 28/1/2016, § 82).

92. Bu bağlamda ihale sürecinde tıbbi destek hizmetleri için beş yıllık hizmet süresi öngörüsüyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi alan ve hâlihazırda hizmet sunumu veren yükleniciler yönünden oluşabilecek haksız kazanç ve bu bağlamda idare yönünden oluşabilecek kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin bulunduğu da dikkate alındığında kuralın belirli kişiler yararına özel çıkar sağlama amacına yönelik olduğu söylenemez. Bu itibarla kuralın objektif anlamından, kurala ilişkin yasama belgelerinden ve gerekçesinden kuralın kamu yararı dışında bir amaç taşıdığına dair bir sonuca ulaşamadığı da dikkate alındığında KÖİ sözleşmelerinde tıbbi destek hizmet bedellerinin dönemsel piyasa testi ile güncellenme süresini on yılı geçmemek üzere belirlenmesine ilişkin kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

93. Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

94. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı

tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

95. Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılıp yapılmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve nihayetinde farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

96. Kuralla değiştirilen, bedelin beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenmesi şartı hem ihaleyi kaybedenlere hem de kazananlara uygulanmıştır. Bu bağlamda ihaleyi kazanan ve kaybedenlerin kıyaslanabilir birer kategori olduğu söylenebilir. Zira taraflar ihaleye bedelin beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenmesi şartı ile girmişlerdir.

97. Kuralda anılan beş yılı geçmemek üzere ibaresi on yılı geçmemek üzere şekline dönüştürülmüştür. Ancak bu değişiklik anılan on yıllık sürenin mevcut sözleşmelere doğrudan etkili olacağı anlamına gelmemektedir. Sözleşme teklif verilen çerçevede devam edebilir. Zira kuralda otomatik bir uygulama söz konusu değildir. Yukarıda detayları açıklanan 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası çerçevesinde idare ile yüklenici anlaşarak bu süreyi arttırabilirler; ancak idare böyle bir uygulama yapmak durumunda olmadığı gibi karşı taraf da böyle bir değişikliği kabul etmek zorunda değildir.

98. Öte yandan sürenin arttırılması yukarıda izah edildiği üzere idare ve dolayısıyla kamu lehine avantajlı durumlar oluşmasına da imkân sağlamaktadır. Bu yönüyle kuralla benzer durumda bulunan kişilere göre farklı bir muamele yaratıldığı söylenebilirse de bunun objektif ve makul bir nedene dayandığı ve bu nedene dayalı yapılan

ayrımın ölçüsüz bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kural eşitlik ilkesini de ihlal etmemektedir.

99. Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

100. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

101. 1219 sayılı Kanun'un ek 15. maddesinin birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin ikinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

102. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına,

2. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." bölümüne,

3. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasına,

4. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." ibaresinin "...42 nci maddesine..." şeklinde değiştirilmesine,

5. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkraya,

6. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...on yılı..." ibaresine,

yönelik iptal talepleri 29/4/2021 tarihli ve E.2019/13, K.2021/31 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkraya, bölüme, ibareye, ibare değişikliklerine ve yürürlükten kaldırılmalara ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 18. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 42. maddesinin başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine ilişkin iptal talebi hakkında 29/4/2021 tarihli ve E.2019/13, K.2021/31 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu madde başlığı değişikliğine ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

29/4/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddenin;

1. Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ile İrfan FİDAN'ın karşıoyları ve

30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2. İkinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 11. maddesiyle 23/1/1953 tarihli ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nun 5. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile ek 1. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 17. maddesiyle 28/3/1983 tarihli ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'nun ek 158. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin "...eğitim ve araştırma konusunda görevlendirilmiş Sağlık Bakanı Yardımcısı, Sağlık Bakanının seçtiği bir üye..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 18. maddesiyle 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 42. maddesinin;

1. Başlığının "*Bildirim zorunluluğu*" şeklinde değiştirilmesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

2. Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yürürlükten kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 19. maddesiyle 3224 sayılı Kanun'un 46. maddesinde yer alan "...42 nci maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hükümlere..." ibaresinin "...42 nci maddesine..." şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 26. maddesiyle 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesine eklenen on birinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. 34. maddesiyle 21/2/2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının değiştirilen (e) bendinde yer alan "...on yılı..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

29/4/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

15/11/2018 tarihli ve 7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a eklenen ek 15. maddesi Mahkememiz çoğunluğu tarafından iptal edilmiştir.

Dava konusu kuralla, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 3. maddesinin birinci fıkrasında üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezleri için belirlenen devlet hizmeti süresinin sonunda mesleklerini icra edebilecekleri, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirirken kamu görevinden çıkarılanların hizmet sürelerinin bu süreden düşüleceği hüküm altına alınmaktadır. Bu süre 3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesine göre dörtyüzelli gündür.

3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesine göre ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ilçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan gruplar hakkında öngörülen süre kadar Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen Milli Savunma Bakanlığı ve diğer kuruluşlarda devlet memuru veya ilgililerin talebi halinde 10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanuna tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler. 3359 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin son fıkrasında ise devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir"*, 49. maddesinin birinci fıkrasında *"Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir"* ikinci fıkrasında *"Devlet, ... çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."* hükmü yer almaktadır.

Dava konusu kural, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerden devlet hizmeti yükümlüsü olanların, çıkarılma veya göreve alınmama kararının verildiği tarihten itibaren dörtyüzelli gün müddetle mesleklerini icra edememeleri sonucunu doğurmak suretiyle bunların söz konusu süre kadar çalışma hakkını sınırlandırmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmiştir. Buna göre çalışma hürriyeti ve hakkına sınırlama getiren düzenlemelerin, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması, kanunla yapılması ve ölçülü olması gerekir.

Tabipler ile uzman tabipler için vatandaşlık ödevi kapsamında her eğitimleri için ayrı ayrı öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğünün terör örgütüyle veya Milli Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabipler tarafından yerine getirilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte devlet hizmet yükümlülüğünün yerine getirilememesinin söz konusu tabipler yönünden bir *"muafiyet"* niteliğinde olduğu söylenemeyeceğinden bunlar lehine sonuç doğuracak bir uygulamaya sebebiyet vermemesi de gerekir. Nitekim söz konusu yapı, oluşum ve gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisak yahut irtibatı olmayan tabip ve uzman tabiplerin devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeksizin mesleklerini kamuda ve özelde icra etmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun devlet hizmet

yükümlülüğünü yerine getirmeksizin mesleğini icra edemeyen bu tabipler yönünden çalışma barışını sağlamak amacıyla kabul ettiği dava konusu kuralla, devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getiremeyen tabiplerin maddede belirlenen hizmet yükümlülük süresi sonunda mesleklerini icra edebilmelerini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu suretle devlet hizmet yükümlülüğünü ifa etmek zorunda olan tabipler ile bu yükümlülüğü belirtilen nedenlerle ifa edemeyen tabipler arasında mesleklerini kamu dışında icra edebilecekleri sürenin başlangıcı yönünden hakkaniyetsizliğin önlenmesi ve mesleklerini icra etme süresine ilişkin adaletin temin edilmesi mümkün olabilecektir. Bu durumun her iki tabip grubu arasında hakkaniyetin sağlanarak çalışma barışının temin edilmesine, dolayısıyla kamu yararına hizmet edeceği de kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan *ölçülülük* ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

Tabiplerin mesleklerini icra edebilmeleri için öngörülen devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeleri zorunludur. Dava konusu kuralla maddede belirtilen terör örgütü, yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve ilgili mevzuat çerçevesinde kamu görevinden çıkarılan veya güvenlik soruşturması sonucuna göre kamu görevine alınmayan tabiplerin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmemelerinin kendileri yönünden bir muafiyete yol açmamasını sağlamak amacıyla çalışma hakkına getirilen sınırlamanın bu amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

Öte yandan dava konusu kural aynı zamanda devlet hizmet yükümlülüğünü yerine getiremeyen söz konusu tabiplerin maddede belirlenen süre sonunda mesleklerini özel sektörde icra edebilmelerine olanak sağlamaya yönelik olduğundan kuralla bireylerin çalışma hakkına orantısız bir müdahale yapılmadığı da açıktır. Bu bağlamda söz konusu tabiplerin öngörülen süre boyunca mesleklerini icra edememeleri

sonucunu doğuran kuralın orantılı, dolayısıyla ölçülü bir sınırlama öngördüğü sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu kuralın Anayasa'nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal talebinin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

6428 sayılı Kanunun 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının 7151 sayılı Kanunla değiştirilen (e) bendindeki "...on yılı..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red gerekçesinde; yapılan değişiklikle ihale sürecinde tıbbî destek hizmetlerinin maliyetinin ve bunlar için idarece ödenecek bedelin düşürülmesinin amaçlandığı, anılan güncelleme süresinin azamî süre olduğu ve ihtiyaç hâlinde bu süre beklenmeksizin de güncellenmenin yapılabileceği, bu sebeple dava konusu kuralda kamu yararı bulunmadığının söylenemeyeceği, ihale sürecinde beş yıllık hizmet süresi öngörüsüyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi almış olan yükleniciler yönünden oluşabilecek haksız kazancı ve idare bakımından ortaya çıkabilecek kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin de bulunduğu dikkate alındığında, kuralın belli kişiler yararına özel çıkar sağlama amacına yönelik olduğundan söz

edilemeyeceği, kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönünün bulunmadığı; ayrıca ihaleyi kazanarak sözleşme imzalayan yükleniciler ile ihaleye katılan diğer isteklilerin ihale safhasında aynı hukukî durumda oldukları söylenebilirse de değişiklikte ortaya çıkan farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayandığı ve ölçüsüz olmadığı için eşitlik ilkesini de ihlal etmediği belirtilerek, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Red gerekçesinde belirtildiği üzere, mezkûr değişiklikte tıbbî destek hizmetlerinde idare tarafından yükleniciye ödenen hizmet bedelinin dönemsel piyasa testi ile güncelleme süresinin beş yıldan on yıla çıkarılması suretiyle hizmet sunumlarında teçhizat ve altyapı maliyetlerinin düşürülmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece anılan kural, ihaleye katılan şirketlerin beş yıllık bir dönemsel piyasa testini dikkate alarak sundukları fiyat tekliflerini belirleyen hizmet sunum maliyetinde önemli miktarda azalmaya imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

Kararda, bu değişikliğin yukarıda belirtilen nedenlerle kamu yararı amacına yönelik olduğu, kuralın yasama organının takdir yetkisi kapsamında kaldığı ve hukukî belirsizlik oluşturduğunun da söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmekte ise de bu görüşlere katılmak mümkün değildir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti, diğer şartların yanında, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı tutumlardan kaçınan, hukuku devletin bütün organlarına hâkim kılan, Anayasa ve hukuk kuralları ile kendini bağlı sayan devlet olarak tanımlanmakta; hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi de, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, nesnel, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

Öncelikle, incelenen hükmün sadece bundan sonra yapılacak ihalelere katılacak olanları değil, daha önce yapılan ihaleleri kazanarak sözleşme imzalamış olan yüklenicileri de kapsayacak genişlikte olduğunu vurgulamak gerekir.

Yapılan düzenleme ile “hizmet bedeli” tanımı değiştirilerek ve bu değişikliğin, yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ihalelerle sınırlı olarak uygulanmasını sağlayacak bir hüküm öngörülmeyle, ihaleyi daha önce almış olan ve hâlen hizmet sunan yüklenicilerin de maliyetlerinin düşmesine ve haksız kazanç sağlamalarına imkân verebilecek bir sonuca yol açılmış, böylece anılan modelin uygulanmaya başlaması için 6428 sayılı Kanunla yapılan tanımın ve başlangıçta belirlenen ihale ilkelerinin anlamsız ve gereksiz hâle getirildiği, sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarının, hatta konuyla ilgili bütün usul ve esasların da belirsizleştirildiği, keyfî uygulamalara açık bir durum ortaya çıkmıştır.

Üstelik çoğunluğun gerekçesinde belirtildiği şekilde on yıllık güncelleme süresinin azamî süre olduğu ve bu süre beklenmeden de güncellenmenin yapılabileceği kabul edildiğinde söz konusu belirsizlik daha da artmakta ve bu kabul aynı hükmün farklı yüklenicilere objektif bir şekilde uygulanmamasına yol açacak ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu önlemler içermeyen bir müphemlik taşıdığı görüşünü güçlendirmektedir.

Kısaca söz konusu değişiklik, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerde ve sözleşmelerde etki doğuracak ve objektif bir şekilde uygulama yapılmasını engelleyecek genişlikte ve belirsizliktedir. Çoğunluğun gerekçesinde belirtilenin aksine, anılan sürenin iki katına çıkarılması suretiyle ihale tarihinde öngörülen teçhizat ve altyapı maliyetlerinin önemli ölçüde azaltılmasına imkân sağlanan yüklenicilerin haksız kazanç sağlamalarını engellemeye yönelik hangi güvencenin getirildiği de Kanunun herhangi bir hükmünden anlaşılamamaktadır.

Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net ve anlaşılır olduğundan ve keyfî uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

Kuşkusuz, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması da hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu sebeple yasama organının kanunî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözönünde tutarak kullanması zorunludur.

Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamakla birlikte kanun koyucu, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere ve bu Kanuna göre yapılacak ihaleler için belirlediği kendi ilkelerine uymalıdır.

Yasama organının 6428 sayılı Kanunu da kamu yararı amacıyla çıkardığı ve Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında, Mahkememizin önceki kararlarında vurgulanan şeffaflık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik ve kamuoyu denetimi gibi ihale esaslarını bu amacın gerçekleştirilmesi için zorunlu ilkeler olarak belirlediği görülmektedir.

Red kararının gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacına dönük olduğu belirtilmekte ve -yerleşik içtihadımıza göre- Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığının Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

Yine vurgulanmalıdır ki, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükme bağlanmakla birlikte, bu sözleşmeler idare ile yükleniciler arasında sözleşme serbestisi kapsamında değil, Kanunun 3. maddesinde belirlenen “İhale ilke, usul ve esasları” çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin sonunda yapılmakta ve 4. maddesinde belirlenen şartlara da tâbi bulunmaktadır.

Bu sebeple, maliyetleri belirleyen “hizmet bedeli”nin tanımındaki değişiklik de dahil olmak üzere Kanunda yapılan değişikliklerin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekir. Hizmet bedelinin hesaplanma yönteminin değiştirilmesi suretiyle, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde de yüklenicinin maliyetinin azaltılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı belirsizliğin ise, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olduğu görülmektedir. Böyle bir belirsizliğin yargı yoluna başvurularak giderilmesi mümkün olmadığından, oluşabilecek haksız

kazancı ve kamu zararını engellemeye yönelik güvencenin yargı yoluna başvurmamak olduğu da söylenemez.

Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle öncelikle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Diğer taraftan red gerekçesinde, anılan hükmün, ihale sürecinde tıbbî destek hizmetleri için beş yıllık bir süre öngörülmesi nedeniyle daha yüksek maliyet bedeli göstermek suretiyle ihaleyi alan yükleniciler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiş, ancak ihaleyi kazanarak idare ile sözleşme imzalayan yükleniciler bakımından ortaya çıkan farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayandığı ve ölçüsüz olmadığı belirtilerek kuralın eşitlik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

İhaleyi kazanarak idare ile sözleşme imzalayan yüklenici de dahil olmak üzere ihaleye katılan bütün istekliler ihale safhasında aynı hukukî durumda olduklarından, eşitlik ilkesi uyarınca kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmaları, bunlar arasında ayırım yapılmaması ve ihaleden sonra da maliyetlerde değişiklik olması sonucunu doğuracak ayrıcalıklar tanınmaması gerekir.

Oysa, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kural ihale öncesinde aynı hukukî durumda bulunan yüklenici lehine, diğer istekliler aleyhine bir duruma yol açmakta ve Kanunun yürürlükteki hükmü uyarınca hizmet bedelinin belirlenmesinde daha yüksek bir maliyet öngörülmesini gerektiren beş yıllık süreye göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri karşısında yükleniciye haklı ve nesnel bir sebebe dayanmayan bir avantaj sağlamaktadır.

Çoğunluğun red gerekçesinde; yapılan değişikliğin, on yıllık yeni güncelleme süresinin mevcut sözleşmelere doğrudan etkili olması sonucunu doğurmayacağı, sözleşmenin teklif verilen çerçevede devam edebileceği, bu sürenin idare ile yüklenicinin anlaşmasıyla artırılabilceği, sürenin artırılmasının idare lehine avantajlı bir durum oluşmasına da imkân sağladığı ve değişiklikle, benzer durumda bulunan kişilere göre farklı bir muamele yaratıldığı söylenebilirse de bunun objektif ve makul

bir nedene dayandığının anlaşıldığı belirtilmekle birlikte, bu argümanlar, daha önce sözleşme imzalamış olan yükleniciye ihaleyi kazanamayan diğer isteklilere göre -kural değişikliğiyle- sağlanan ayrıcalığın objektif ve makul bir nedene dayandığını ve ölçüsüz olmadığını değil, idare ile yüklenicinin anlaşmalarına (yani uygulamaya) bağlı olarak böyle bir ayrıcalığın fiilen sağlanamayabileceğini açıklamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, Kanunun herhangi bir hükmünde ise keyfi uygulamalara karşı koruyucu tedbirleri içeren bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu itibarla, yükleniciye makul ve nesnel bir sebebe dayanmayan ve haksız bir avantaj sağlayan dava konusu kuralla yapılan değişiklik Anayasanın 10. maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle anılan hükümlerin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun aksi yöndeki görüşlerine katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2020/71
Karar Sayısı : 2021/33
Karar Tarihi : 29/4/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 16/6/2021-31513

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri
Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 134 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27/7/2020 tarihli ve (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste'de yer alan kadroların ihdas edilerek 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki (III) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 6., 7., 8., 11., 104. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ KURALI

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin (CBK) iptali talep edilen 1. maddesi şöyledir:

"MADDE 1- Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin eki (III) sayılı Cetvelin ilgili bölümlerine eklenmiştir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılımlarıyla

1/10/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu CBK kuralı, dayanan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Çerçevesi ve Yargısal Denetimi

3. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişikliklerle yeni bir hükûmet sistemine geçilmiş ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna ait olduğu ifade edilmekte iken maddede yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu kaldırılarak yürütme yetkisi ve görevi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Anayasa'da Bakanlar Kuruluna verilen görev ve yetkilere ilişkin maddelerde de aynı doğrultuda değişiklik yapılarak daha önce Bakanlar Kuruluna ait olan görev ve yetkilerin Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür.

4. Yeni hükûmet sisteminin en önemli özelliklerinden biri Cumhurbaşkanı'na "*Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*" adı altında düzenleme yapma yetkisinin tanınmasıdır. CBK'ların en belirgin özelliği ise Cumhurbaşkanı'na belirli konularda ilk elden düzenleme yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır. Yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı olarak Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirlenen yetki çerçevesinde herhangi bir kanuna dayanmadan ya da yasama organının onayı olmadan CBK'lar yoluyla düzenleme yapabilecektir.

5. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabileceği hüküm altına alınmıştır. Düzenlemeyle *yürütme yetkisine ilişkin* olmak kaydıyla CBK çıkarma konusunda Cumhurbaşkanı'na

genel bir yetki verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, yeni hükûmet sistemi gözetilerek Cumhurbaşkanı'nın genel siyasetin yürütülmesinde yürütme yetkisi ile ilgili olarak ihtiyaç duyduğu konularda CBK çıkarabilmesine imkân tanımak amacıyla ilk elden düzenleme yapma yetkisinin tanındığı ifade edilmiştir.

6. Cumhurbaşkanı'na yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarma yetkisinin genel olarak verilmesinin yanı sıra Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde belirtilen kimi konuların da CBK ile düzenleneceği ayrıca ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların; 106. maddesinin on birinci fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının; 108. maddesinin dördüncü fıkrasında Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işlerinin; 118. maddesinin altıncı fıkrasında Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerinin CBK'larla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya CBK ile kurulacağı belirtilmiştir.

7. Anayasa'nın 148. maddesinde CBK'ların şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi öngörülüş, yargısal denetim görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesine verilmiştir.

8. Anayasa'da Cumhurbaşkanı'na CBK çıkarma yetkisi verilmekle birlikte bu yetki sınırsız değildir. Kanunlardan farklı olarak Anayasa'da CBK'yla düzenlenecek konular sınırlandırılmıştır. Konu bakımından yetki yönünden getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının ilk dört cümlesinde düzenlenmiştir.

9. Anılan fıkranın birinci cümlesinde Cumhurbaşkanı'nın *yürütme yetkisine ilişkin konularda* CBK çıkarabileceği ifade edilmiştir. Buna göre yürütme yetkisine ilişkin konular dışında CBK ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

10. Fıkranın ikinci cümlesinde *“Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin”* CBK'yla düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca belirtilen alanlarda CBK ile düzenleme

yapılamaz.

11. Fıkranın üçüncü cümlesinde de Anayasa'da *münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda* CBK çıkarılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Anayasa'da hangi konuların münhasıran kanunla düzenleneceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında anayasa koyucunun kanunla düzenlenmesini öngördüğü konuların bu kapsamda görülmesi gerektiği kabul edilmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57; E.2016/180, K.2018/4, 18/1/2018, § 17; E.2017/51, K.2017/163, 29/11/2017, § 13; E.2016/139, K.2016/188, 14/12/2016, § 9; E.2013/47, K.2013/72, 6/6/2013). Buna göre Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen alanlarda Cumhurbaşkanı'nın CBK çıkarma yetkisi bulunmamaktadır.

12. Fıkranın dördüncü cümlesinde ise *kanunda açıkça düzenlenen konularda* CBK çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. Anılan hükme göre Cumhurbaşkanı'nın yürütme yetkisine ilişkin konularda CBK çıkarabilmesi için CBK'yla düzenlenecek konunun kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olması gerekir.

13. CBK'ların yukarıda belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygun olarak çıkarılması gerekmektedir. Aksi takdirde içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bu düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Dolayısıyla CBK'ların yargısal denetiminde öncelikle Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında belirtilen konu bakımından yetki kurallarına uygunluğunun ele alınması gerekir. Anılan fıkra yönünden herhangi bir aykırılık tespit edilmemesi durumunda ise bu defa CBK'ların içerik yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılmalıdır.

B. İptal Talebinin Gerekçesi

14. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın yetki yönünden Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırlarını aştığı, kuralın üniversitelerin merkez teşkilatında genel idare esaslarına göre yürütülmekte olan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden doktor öğretim üyesi, doçent, profesör ve araştırma görevlisi unvanlı akademisyen personele ilişkin olduğu ve bu kadroların iptaline veya ihdasına ilişkin hükümlerin de kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 6., 7., 8.,

11., 104. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. Dava dilekçesinde konu bakımından yetki yönünden kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 6., 7., 8., 11. ve 128. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de CBK'ya ilişkin konu bakımından yetki kuralları Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasında düzenlendiğinden bu husustaki inceleme anılan fıkra kapsamında yapılacaktır.

16. Dava konusu kural ekli (1) Sayılı Liste'de yer alan kadroların ihdas edilerek (2) numaralı CBK'nın eki (III) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesini öngörmektedir. Kural uyarınca ihdas edilen kadrolar ise çeşitli unvan ve üniversitelere ilişkin öğretim elamanı kadrolarıdır.

17. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesinde Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir. Bu kapsamda Anayasa bir konunun kanunla düzenleneceğini öngörmüşse bu konuda CBK çıkarılamaz. Bununla birlikte Anayasa'da CBK'larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda CBK'larla düzenleme yapılabilir (AYM, E.2019/105, K.2020/30, 12/6/2020, § 19).

18. Anayasa'nın 130. maddesinde üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiştir. Yine üniversitelerin devlet tarafından kanunla kurulacağına aynı maddede yer verilmiştir. Maddenin dokuzuncu fıkrasında *“Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elamanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar,*

üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı malî kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir.” hükmü yer almaktadır.

19. Buna göre öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, mali işleri ve özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Dava konusu kuralda üniversitelerin öğretim elemanları kadrosu düzenlenmekte olup Anayasa Mahkemesi bir kararında “Kadro ünvanı, personelin niteliğini ifade etmenin yanında, o personelin yerine getireceği görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük haklarını da ifade etmektedir. Kadro derecesi ile personelin özellikle aylık ve ödenekleri ve diğer özlük hakları bakımından sıkı bir bağ bulunmaktadır.” değerlendirmesinde bulunmuştur (AYM, E.2005/139, K.2007/33, 22/3/2007). Dava konusu kuralda da öğretim üyesi kadroları düzenlendiğinden kuralın kadro düzenlemesiyle birlikte öğretim elemanlarının görev ve yetkileriyle özellikle özlük haklarını etkilediği, bu çerçevede Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken konuda düzenleme yaptığı açıktır. Anayasa’nın 130. maddesinde üniversitelerin kanunla kurulacağı vurgulanmış olup dava konusu kuraldaki üniversite öğretim elemanlarının kadrolarının düzenlenmesine ilişkin husus Anayasa’da CBK’larla düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin de değildir. Bu itibarla kuralda Anayasa’nın 130. maddesi bağlamında 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı anlaşılmaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırıdır. İptali gerekir.

21. Kural Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca anılan fıkranın birinci, ikinci ve dördüncü cümleleri yönünden incelenmemiştir.

Kural konu bakımından yetki yönünden Anayasa’nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca içerik yönünden incelenmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

22. Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “Kanun,

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” denilmekte; 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete’de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

23. (65) numaralı CBK’nın 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste’de yer alan kadroların ihdas edilerek (2) numaralı CBK’nın eki (III) Sayılı Cetvel’in ilgili bölümlerine eklenmesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

24. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

27/7/2020 tarihli ve (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste’de yer alan kadroların ihdas edilerek 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin eki (III) Sayılı Cetvel’in ilgili bölümlerine eklenmesine yönelik iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ihdas ve eklemeye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 29/4/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

27/7/2020 tarihli ve (65) numaralı Bazı Yükseköğretim Kurumlarına Kadro İhdas Edilmesine İlişkin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

1. maddesiyle ekli (1) Sayılı Liste’de yer alan kadroların ihdas edilerek 10/7/2018 tarihli ve 30474 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (2) numaralı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin eki (III) Sayılı Cetvel’in ilgili bölümlerine eklenmesinin konu bakımından yetki yönünden Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 29/4/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2020/9
Karar Sayısı : 2021/37
Karar Tarihi : 3/6/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 5/10/2021-31619

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri
Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ve Engin ÖZKOÇ ile birlikte 127 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24/10/2019 tarihli ve 7190 sayılı
Gümrük Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında
Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve
Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin
birinci fıkrasının;

A. (3) ve (5) numaralı bentlerinin,

B. (7) numaralı bendinin “...ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik
Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar
verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut
bunlarla irtibatı olanlar...” bölümünün Anayasa'nın 2., 10., 17., 20. ve
38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin
durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı 18. maddesiyle
6136 sayılı Kanun'un değiştirilen 7. maddesi şöyledir:

“Madde 7- (Değişik:24/10/2019-7190/18 md.)

Ateşli silahları ancak;

*1. Cumhurbaşkanı, Başbakan, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Bakanlar,
Yasama Organı üyeleri ve Bakan yardımcıları ile bu görevlerde bulunmuş
olanlar,*

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

2. Özel kanunlarına göre silah taşıma yetkisine sahip bulunanlar,

3. Cumhurbaşkanlığı kararı ile silah taşıyabileceklerine karar verilen Devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensupları,

4. A) Mahkeme kararı ile ya da haklarında verilen mahkûmiyet kararının sonucu olarak Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından tart ve ihraç edilenler, rütbesinin geri alınmasına hükmolunanlar ile 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu hükümleri uyarınca ayırma işlemine tabi tutulanlar, 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının mülga (c) bendi, 18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrası ve 28/5/1988 tarihli ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununun mülga 15 inci maddesi uyarınca disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle ayırma işlemine tabi tutulanlar, 3269 sayılı Kanunun 12 nci maddesi uyarınca başarısız görülenler ile 3466 sayılı Kanunun 13 ve 16 ncı maddeleri uyarınca ilişkileri kesilenler veya mülga 13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2 nci maddesi uyarınca emekli edilenler ile 31/1/2018 tarihli ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun gereğince meslekten veya Devlet memurluğundan çıkarılanlar hariç olmak üzere; emekli subay, astsubay, uzman jandarma ve uzman erbaşlar ile mecburi hizmetini tamamlayarak istifa etmek suretiyle Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ayrılan subay, astsubay ve uzman jandarmalar ile en az on yıl görev yapıp sözleşmelerinin uzatılmaması sonucu veya kendi isteğiyle Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ayrılan uzman erbaşlar ile en az on yıl görev yapmış olmak kaydıyla istifa etmek veya kurum değiştirmek suretiyle Emniyet Genel Müdürlüğünden ayrılan emniyet hizmetleri sınıfı personeli,

B) Disiplin kurulları veya mahkeme kararıyla meslekten veya Devlet memurluğundan çıkarılanlar ya da haklarında verilen mahkûmiyet kararı sonucu memuriyetle ilişkisi kesilenler veya sicil en az on yıl mülga 1402 sayılı Kanunun 2 nci maddesi gereğince emekli edilenler hariç olmak üzere,

a) Vali, vali muavini, kaymakam ve bucak müdürlüğünden veya mülki idare amirliği hizmetlerinden,

b) Hakim ve Cumhuriyet savcısı ile bu meslekten sayılanlardan,

c) Emniyet hizmetleri sınıfına dahil kadrolarda çalışan personelden,

d) MİT hizmetleri mensuplarından,

e) Büyükelçi unvanlarından,

f) Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında Cumhurbaşkanı Özel Kalem Müdürü ve Cumhurbaşkanlığına bağlı kurum ve kuruluşların en üst yöneticileri ile Cumhurbaşkanı başkanışmanlarından,

g) Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünde Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, Daire Başkanı ile merkez ve taşra teşkilatında görevli Kaçakçılık ve İstihbarat Müdürü, Bölge Amiri, Kısım Amiri ve Gümrük Muhafaza Memuru unvanlarından,

ğ) Ceza İnfaz Kurumu başkontrolörleri ve kontrolörleri, birinci ve ikinci müdürleri, idare memurları, infaz ve koruma başmemurları ve memurları ile denetimli serbestlik müdür ve müdür yardımcılarında,

h) Orman muhafaza memurları ve orman bölge şeflerinden,

emekli olanlar.

5. Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını alanlar,

6. 18/3/1924 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanununun 74 üncü maddesine göre görevlendirilen güvenlik korucularından hâlihazırda görevde bulunanlar ile aynı Kanunun mülga ek 16 ncı maddesinin birinci fıkrasına ve 27/5/2007 tarihli ve 5673 sayılı Köy Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun geçici 1 inci maddesine göre görevleriyle ilişkisi kesilenler,

7. Yapılan soruşturma sonucu veya kesinleşmiş yargı kararı üzerine görevine son verilenler ile **terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar hariç olmak üzere, en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış bulunanlar,**

taşıyabilirler veya mesken ya da işyerinde bulundurabilirler.

Birinci fıkranın (4) numaralı bendinin (A) alt bendinden istifade edenler ilgili Kuvvet Komutanlıkları, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı veya Jandarma Genel Komutanlığının kayıtlarına geçmek ve bu

makamlarca verilen belgelere işlenmek şartıyla ateşli silah taşıyabilirler veya bulundurabilirler. Bu şekilde düzenlenen belgeler, taşıma veya bulundurma izin belgesi yerine geçer.

Birinci fıkranın (1), (2), (3) ve (4) numaralı bentlerinde sayılan kişilere ait silahların, (6) ve (7) numaralı bentlerde sayılan kişilerin edinecekleri en fazla bir adet silahın, 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun mülga 64 üncü maddesine, 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna, 23/4/1981 tarihli ve 2453 sayılı Yurt Dışında Görevli Personele Nakdî Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna, 18/12/1981 tarihli ve 2566 sayılı Bazı Kamu Görevlilerine Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna, 28/2/1982 tarihli ve 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanununa, 24/2/1968 tarihli ve 1005 sayılı İstiklâl Madalyası Verilmiş Bulunanlara Vatanî Hizmet Tertibinden Şeref Aylığı Bağlanması Hakkında Kanuna ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa göre aylık bağlananlara ait silahların, barışta veya olağanüstü hallerde iç güvenlik ve asayişin sağlanmasına yönelik her türlü faaliyet, eğitim, tatbikat ve manevralar ile birlik veya grup halinde intikaller sırasında veya bu hareket ve hizmetlerin sebep ve etkileri ile hayatlarını kaybedenler ve silah ruhsatı alamayacak derecede malul olanların ana, baba, eş ve çocuklarına bu kişilerden intikal eden ateşli silahlar ile yukarıda sayılan kanunlara göre aylık bağlanmamış olsa bile bu şekilde yaralananlara ait ateşli silahların taşınmasına veya bulundurulmasına yetki veren kayıt ve belgeler her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır. Barışta veya olağanüstü hallerde iç güvenlik ve asayişin sağlanması amacıyla yürütülen her türlü faaliyet, eğitim, tatbikat ve manevralar ile birlik veya grup halinde intikaller sırasında bu hareket ve hizmetlerin sebep ve etkileriyle vefat edenlerden (şehit, er, erbaş ve malûl gaziler dahil) intikal eden silah bulunmaması durumunda; bunların ana, baba, eş ve çocuklarından sadece birinin, bir ateşli silahla sınırlı olmak kaydıyla, silah taşınmasına veya bulundurulmasına yetki veren kayıt ve belgeler her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

Silah taşımaya yetki veren kimlik kartları ile belgelerin düzenlenmesi ve gerektiğinde yenilenmesi ya da geri alınmasına ilişkin usul ve esaslar Milli Savunma Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığınca müştereken hazırlanacak bir yönetmelikte düzenlenir.

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan

suçlar ile 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlara affa uğramış olsalar bile ateşli silah taşıma ve bulundurma izni verilemez. Ateşli silahla işlenen suçlardan hükümlü bulunanlar ile taksirli suçlar hariç olmak üzere bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olanlara, mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren beş yıl geçmedikçe ve haklarında yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar verilmedikçe, ateşli silah taşıma ve bulundurma izni verilemez.

8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında haklarında tedbir kararı verilenlere tedbir kararı süresince ateşli silahları taşıma ve bulundurma izni verilmez, varsa ruhsat verilmesine ve yenilemesine ilişkin işlemler bekletilir. Bunların ruhsata bağlanmış silahları ise tedbir kararı kalkıncaya kadar genel kolluk kuvvetleri tarafından muhafaza altına alınır.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü gereğince Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in katılımlarıyla 22/1/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 18. Maddesiyle 6136 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 7. Maddesinin Birinci Fıkrasının (3) Numaralı Bendinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla yaşam hakkına doğrudan tehdit oluşturan ateşli silahlar ve bireysel silahlanma

konusunda Cumhurbaşkanı'na silah taşıyabilecek kişilerin belirlenmesi konusunda ucu açık, kullanım esasları öngörülmemiş, sınırları belirli olmayan bir yetkinin tanındığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Dava konusu kural Cumhurbaşkanlığı kararı ile silah taşıyabileceklerine karar verilen devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silah taşıyabilmelerini veya mesken ya da işyerinde bulundurabilmelerini öngörmektedir.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Hukuk devletin temel ilkelerinden biri belirliliktir. Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2015/72, K.2016/44, 26/5/2016, § 7).

7. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur (AYM, E.2008/31, K.2011/94, 9/6/2011). Buna göre Anayasa'da düzenlenmemiş bir konuda kanuni düzenleme yapıp yapmama hususunda kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

8. 6136 sayılı Kanun ateşli silahların, mermilerinin ve bıçakların bulundurulması ve taşınmasını izne bağlamış; bu izine aykırı olarak anılan unsurların bulundurulması ve taşınmasına çeşitli yaptırımlar

öngörmüştür. Ateşli silah taşıma ve bulundurma yetkisine kimlerin sahip olduğu, bu yetkinin hangi şartlarda geri alınacağı ve yenilenmeyeceği hususlarının Kanun'un çeşitli maddelerinde hem bireyler hem de idare yönünden açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlendiği görülmektedir (bkz. Kanun'un 7., 9., ve ek 7. maddeleri). Bu bağlamda Kanun'un dava konusu kuralın da yer aldığı 7. maddesinde ateşli silah bulundurma ve taşıma iznine sahip olacak kamu görevlileri de sayma yoluyla belirlenmiştir.

9. Kural, Kanun'da sayma suretiyle belirtilen kamu görevlilerinden başka diğer kamu görevlilerinin de ateşli silah bulundurma ve taşıma iznine sahip olması hususunda Cumhurbaşkanı'na takdir yetkisi tanımaktadır. Anayasa'da ateşli silahların bulundurulması ve taşınması yetkisine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ateşli silahların bulundurulması ve taşınması izninin verilmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirindedir.

10. Öte yandan ateşli silahları bulundurma ve taşıma izninin verilmesi Anayasa gereği münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir alana ilişkin olmadığı gibi kuralın ateşli silah sahibi olmayı değil de ateşli silah bulundurma ve taşıma iznini düzenlediği gözetildiğinde temel hak ve özgürlüklerle bir bağlantısının da bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kural gereğince söz konusu iznin verilebilmesi iki şartın bir arada gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlardan ilki kişinin devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memuru veya mensubu olmasıdır. Dolayısıyla belirtilen niteliklerde olmayanlara ateşli silah bulundurma veya taşıma izni verilemeyecektir. Diğer şart ise bu kişilere ateşli silah bulundurma veya taşıma izninin verilmesi konusunda Cumhurbaşkanı kararı alınmasıdır.

11. Bu itibarla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olan kural hangi memur ve mensuplara ne şekilde ateşli silah taşıma veya bulundurma yetkisinin verileceğini hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde düzenlediğinden kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

12. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 17. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 18. Maddesiyle 6136 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 7. Maddesinin Birinci Fıkrasının (5) Numaralı Bendinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

13. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın valilere, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre ateşli silah taşıma veya bulundurma imkânı sağlayan izin vesikası verme yetkisini düzenlediği, bu suretle hukuk devleti ilkesine aykırı şekilde ucu açık, kullanım esasları öngörülmemiş, sınırları belirli olmayan ve keyfî biçimde kullanılabilecek bir yetkinin Cumhurbaşkanlığı'na tanındığı, bireysel silahlanmanın yaşam hakkını doğrudan tehdit eden bir durum olduğu, silah taşımanın veya bulundurmanın anayasal bir hak olmadığı, yaşam hakkını tehdit eden silah taşıma ve bulundurma imkânının genişletilmesi konusunda Cumhurbaşkanlığı'na tanınan esasları ve sınırları belirlenmemiş karar alma yetkisinin yaşam hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

14. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

15. Kural, Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını alanların ateşli silah taşıyabilmelerini veya bulundurabilmelerini öngörmektedir.

16. Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması "*demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum*" olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca gerekçe "*Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki*

devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır" denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir.

17. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir.

18. Bununla birlikte çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları vb. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmenin türevsel nitelikli düzenleyici işlemlerine bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir.

19. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunda çok genel ifadelerle düzenleme yapılarak, ayrımının yürütmenin türevsel nitelikli düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülme-yen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilir-se de yasamanın asliliği ve cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışında yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden 8. maddesi, gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten 124. maddesi bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin türevsel nitelikli düzenleyici işlemlerine bırakılabilir (aynı yönde bkz. AYM, E.2011/42, K.2013/60, 09/05/2013).

20. Kuralla ateşli silah taşımaya veya bulundurmaya imkân tanıyan izin vesikasının valilerce verilme esaslarının Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenmesi hükme bağlanmaktadır. Buna göre kuralla düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılan hususun temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmadığı ve münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olmadığı açıktır. Dolayısıyla Anayasa gereği münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bu konunun düzenlenmesinin kanuni bir çerçeve ve dayanak bulunmak kaydıyla yürütmenin türevsel nitelikli düzenleyici işlemlerine bırakılması mümkündür.

21. Dava konusu kuralda silah ruhsatının kim tarafından ve hangi esaslar gözetilerek verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre anılan izin valiler tarafından ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre verilebilecektir. Bu itibarla Kanun'da çıkarılacak yönetmeliğin genel çerçevesinin ve kanuni dayanağının belirlenmediği söylenemeyeceği gibi kuralın belirsiz olduğu da söylenemez.

22. Kuralda ruhsatın hangi esaslara göre verileceği bir başka ifadeyle ruhsatın hangi şartları taşıyan kişilere verileceği belirlenmeyip bunun yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmakta ise de silah ruhsatı hususu münhasıran kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olmadığından bunun mutlaka kanun koyucu tarafından belirlenmesi zorunluluğundan söz edilemez. Kanun koyucunun bu hususu idare tekniğine ilişkin bir uzmanlık alanı olarak görüp yasamanın ağır işleyen yapısını da gözетerek bu hususun yürütme tarafından genel düzenleyici işlemlerle düzenlenmesini öngördüğü anlaşılmaktadır.

23. Kaldı ki Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğinde bu hususlar belli kişiler bağlamında bireysel işlemler şeklinde değil genel ve soyut düzenleyici işlemler konulmak suretiyle belirlenecektir. Çıkarılan bu yönetmeliğe karşı yargı yoluna gidilmesi de mümkündür.

24. Bu itibarla kanun koyucunun münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konuda kanuni çerçeveyi açıkça belirledikten sonra bu çerçevenin içinde kalacak hususların düzenlenmesini idareye bırakmasında hukuki belirlilik ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

25. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 17. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 18. Maddesiyle 6136 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 7. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin "...ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar..." Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

26. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralda yer alan kavramların belirsiz ve öngörülemez olduğu, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca (MGK) devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliğin, mensubiyetin veya iltisakın yahut bunlarla irtibatın nasıl ve hangi esaslara göre kimler tarafından yapılacağının belirsiz olduğu, kuralın kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için gerekli olan açıklık ve anlaşılabilirlikten uzak olduğu, bu durum itibarıyla keyfilğe neden olabileceği, MGK'nın Anayasa gereğince herhangi bir icrai karar alma yetkisinin bulunmadığı, böyle bir yetkinin MGK'ya tanınmasının ise eşitlik ilkesini ihlal ettiği, suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve masumiyet karinesiyle çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 20. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Dava Konusu Bölümde Yer Alan " ...Millî Güvenlik Kurulunca..." İbaresini

27. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 118. maddesi yönünden incelenmiştir.

28. 6136 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi, en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış bulunan kişilerden, yapılan soruşturma sonucu veya kesinleşmiş yargı kararı üzerine görevine son verilenler ile terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı

faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanların ateşli silah taşıyamamasını ve bulunduramamasını öngörmekte olup anılan bentte yer alan “...Millî Güvenlik Kurulunca...” ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

29. Anayasa’nın 118. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir.*” denilmektedir.

30. Bu bağlamda MGK’nın başlıca görevleri, devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili tavsiye kararları almak ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini bildirmektir. MGK’nın devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararları Cumhurbaşkanlığınca değerlendirilir.

31. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve Genelkurmay Başkanı’nın önerileri dikkate alınarak Cumhurbaşkanınca gündemi düzenlenen MGK’nın kararlarının hukuki niteliği Anayasa’nın anılan maddesinde açıkça belirlenmiştir. Buna göre MGK’nın alacağı kararlar *tavsiye* niteliğinde olup bu kararlar Cumhurbaşkanı’na bildirilir.

32. Nitekim Anayasa’nın 104. maddesinde devletin başı olan Cumhurbaşkanı’nın millî güvenlik politikalarını belirleyeceği ve bu kapsamda gerekli tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Yine Cumhurbaşkanı’nın millî güvenliğin sağlanmasından sorumlu olduğu Anayasa’nın 117. maddesinde hükme bağlanmıştır.

33. Bu itibarla istişari nitelikte bir danışma organı olan MGK’nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığı gözetildiğinde Cumhurbaşkanınca ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK kararlarına hukuki sonuç bağlanamayacağı ve bu kararların kendiliğinden icra edilemeyeceği açıktır.

34. Dava konusu ibarenin de yer aldığı kural MGK’ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı oluşum veya

gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış kişilerin ateşli silah taşımamasını ve bulundurmamasını düzenlemektedir. Millî güvenliğe karşı tehditlerin belirlenmesi ve bu tehditlerin hangi kaynak, kişi ya da yapıdan geldiğinin tespit edilmesinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan MGK'nın tavsiye niteliğinde karar alamayacağı söylenemez.

35. Bununla birlikte dava konusu "...*Millî Güvenlik Kurulunca...*" ibaresi, tavsiye niteliğindeki MGK kararına kendiliğinden hukuki bir sonuç bağlamaktadır. Şüphesiz MGK'nın tavsiye niteliğindeki kararlarının yürütme organı tarafından dikkate alınması ve hukuk aleminde hayata geçirilmesi mümkündür. Ancak MGK'nın kararları hakkında başkaca icrai bir karar alınmadan bu kararlara hukuk aleminde sonuçlar bağlanması Anayasa'nın lafzıyla bağdaşmamaktadır.

36. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 118. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 118. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 20. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. Dava Konusu Bölümün Kalan Kısım

37. 6136 sayılı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin dava konusu bölümün kalan kısmında en az bir dönem köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış bulunan kişilerden terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanların ateşli silah taşıyamaması ve bulunduramaması öngörülmekte olup anılan bölümün "...ile terör örgütlerine veya ... Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar..." kısmı dava konusu oluşturmaktadır.

38. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme

içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır (AYM, E.2017/21, K.2020/77, 24/12/2020, § 247).

39. Kuralla terör örgütleriyle veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla irtibatlı veya iltisaklı bulunan köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış kişilerin ateşli silah taşıma ve bulundurma yetkisinin olmadığı öngörülmekte olup kuralda geçen *iltisaklı* kavramı kavuşan, bitişen, birleşen; *irtibatlı* kavramı ise bağlantılı anlamına gelmektedir. Anılan ibareler genel kavram niteliğinde olmakla birlikte hukuki niteliği ve objektif anlamı yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumda olup bu kavramların kategorik olarak belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, §§ 30, 33). Dolayısıyla kuralın belirlilik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

40. Dava konusu kuralın terör örgütleriyle ya da devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla bağlantılı olanlara ateşli silah taşıma ve bulundurma yetkisini vermeyerek kamu düzeni ve millî güvenlik üzerinde oluşacak tehdit ve riskin önüne geçilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kuralla hedeflenen kamu yararı gözetildiğinde kuralda belirtilen kişilere ateşli silah bulundurma ve taşıma izninin verilmemesinin bu yönden de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

41. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 20. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

42. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

24/10/2019 tarihli ve 7190 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının;

A. (7) numaralı bendinde yer alan “...*Milli Güvenlik Kurulunca...*” ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. (3) ve (5) numaralı bentlerine,

2. (7) numaralı bendinin “...*ile terör örgütlerine veya ... Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar...*” bölümüne,

yönelik iptal talepleri 3/6/2021 tarihli ve E.2020/9, K.2021/37 sayılı kararla reddedildiğinden bu bentlere ve bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE

3/6/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

24/10/2019 tarihli ve 7190 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun’un değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının;

A. (3) ve (5) numaralı bentlerinin Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. (7) numaralı bendinin “...*ile terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar...*”;

1. Bölümünde yer alan “...*Milli Güvenlik Kurulunca...*” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Bölümünün kalan kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3/6/2021 tarihinde karar verildi.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Üye Yıldız SEFERİNOĞLU
Üye Selahaddin MENTEŞ	Üye Basri BAĞCI	Üye İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un (Kanun) 7. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü ve beşinci bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. İptali istenen kurallar, silah ruhsatının 7. maddede sayılanlar dışında, kimlere ve nasıl verileceğine dair düzenlemeler öngörmektedir. Buna göre *"Cumhurbaşkanı kararı ile silah taşıyabileceklerine karar verilen Devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensupları"* (m. 7/1-3) ile *"Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını alanlar"* (m.7/1-5) da ateşli silah bulundurabilecek veya taşıyabileceklerdir.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki ateşli silahların taşınması veya bulundurulması, mülkiyet hakkı ve yaşam hakkı başta olmak üzere birçok hak ve hürriyetin kullanımını doğrudan veya dolaylı

şekilde etkileyebilecek bir konudur. Bu nedenle bu hayati konunun düzenlenmesine ilişkin yasal hükümler, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devletinin vazgeçilmez unsurları olan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine uygun olmalıdır.

4. Belirlilik ilkesi yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E. 2013/39, K. 2013/65, 22/5/2013; İ.K. [GK], B.No: 2019/20904, 15/4/2021, § 47). Hukuki belirliliğin sağlanması, hukuk kurallarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını ifade eden hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçirilmesi bakımından da son derece önemlidir (AYM, E.2020/14, K. 2020/58, 15/10/2020, § 16).

5. Bu çerçevede dava konusu kurallarda Cumhurbaşkanının hangi ilke ve esaslara göre silah ruhsatı verilecek olanları belirleyeceği ya da konuya ilişkin yönetmelik çıkaracağı hususlarının belirli olduğunu söyleme imkânı bulunmamaktadır. Kanun'un iptali istenen kuralları da içeren 7. maddesinin birinci fıkrası kimlerin ateşli silah taşıyabileceğini veya bulundurabileceğini sayma yoluyla düzenlemektedir. Bununla birlikte iptali istenen kurallarla, fıkranın diğer bentlerinde sayılanlar ve özel kanunlarına göre silah taşıma yetkisine sahip olanlar dışında, neredeyse ülkede yaşayan nüfusun tamamını kapsayacak şekilde geniş bir alanda silah ruhsatı verilebilecek kişilerin Cumhurbaşkanı kararıyla ve Cumhurbaşkanının esaslarını belirleyeceği yönetmelik gereğince valilerce belirlenmesi öngörülmektedir.

6. Çoğunluğa göre *“silah taşıma ve bulundurma yetkisine kimlerin sahip olduğu, bu yetkinin hangi şartlarda geri alınacağı ve yenilenmeyeceği hususlarının Kanun'un çeşitli maddelerinde hem bireyler hem de idare yönünden açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlendiği görülmektedir (bkz. Kanun'un 7., 9., ve ek 7. maddeleri)”* (§ 8). Bu maddelere bakıldığında ise iptali istenen kuralları belirli kılacak hususlara yer verilmediği görülmektedir. Somut kurallarla ilgili belirsizlik ateşli silah ruhsatının *“hangi şartlarda geri alınacağı”* değil, *“hangi şartlarda verileceği”* hususunda ortaya çıkmaktadır. Bu konuda da Kanun'un ne çoğunluğun atıf yaptığı maddelerinde ne de diğer maddelerinde herhangi bir düzenlemeye rastlanmaktadır.

7. Dolayısıyla kurallarla silah taşıma veya bulundurma ruhsatı alabilecek kişilere ilişkin olarak yapılan işin mahiyeti, mesleğin özelliği ve bulunması gereken şartlar gibi hususlar hiçbir şekilde belirlenmeden Cumhurbaşkanına sınırları belirsiz geniş bir yetki verildiği görülmektedir. Bu durumda kuralların hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

8. Diğer yandan hukuki belirlilik ilkesiyle birlikte değerlendirildiğinde kuralların Anayasa'nın 7. maddesinde güvence altına alınan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu anayasal ilke kanun koyucunun bir konuya ilişkin genel çerçeveyi, ilkeleri ve esasları belirlemeden konunun düzenlenmesini yürütmeye bırakmasına izin vermez. Bununla birlikte bir konuda temel esaslar kanunla belirlendikten sonra uygulamaya ve idare tekniğine ilişkin hususların yürütmeye bırakılması yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

9. Bu noktada belirtilmelidir ki kanunla düzenlenmesi gereken hususların kapsamına ve çerçevesine ilişkin değerlendirme, konunun Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konu olup olmadığına göre değişebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin uzun süredir benimsediği içtihat uyarınca Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanun koyucunun konuya ilişkin temel ilke ve esasları daha kapsamlı bir şekilde düzenleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşılık Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen konularda kanun koyucu daha genel ifadelerle bir düzenleme yaparak, idare tekniğine ve uzmanlığa dair meselelerin düzenlenmesini idareye bırakabilecektir (AYM, E.2011/42, K. 2013/60, 9/5/2013; AYM, E.2020/80, K. 2021/34, 29/4/2021, §§ 14, 15).

10. Anayasa Mahkemesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ilişkin bu içtihadının 2017 Anayasa değişikliği sonrasında yeniden değerlendirilmesi ve güncellenmesi gerekmektedir. Mahkemenin içtihadı, yasamanın asliliği karşısında yürütmenin türevsel olduğu, bu bağlamda yürütmenin bir konuyu düzenleyebilmesi için her durumda mutlaka bir kanunun bulunması ve yapılan düzenlemenin kanuna aykırı olmaması gerektiği kabulüne dayanmaktadır. 2017 Anayasa değişikliğiyle yürütmenin türevselliğine ilişkin anayasal durum belli ölçüde değişmiş, yürütmeye herhangi bir kanuna dayanmadan da anayasal sınırlar içinde doğrudan düzenleme yapma yetkisi verilmiştir.

11. Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrası, diğer şartlar yanında, Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülmeyen

konularda herhangi bir kanunun yetkilendirmesine gerek olmadan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) çıkarılabileceğini öngörmektedir. Burada anayasa koyucunun iki asli düzenleyici irade olarak yasama ve yürütmenin, ilkinde belirli bir üstünlük tanımakla birlikte, yetki çatışmasına girmesini engellemek istediğini, bunu da CBK çıkarılabilecek konuları sınırlandırmak suretiyle yaptığını söylemek mümkündür.

12. Bu açıklamalar ışığında 2017 Anayasa değişikliğinden sonra en az iki nedenle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin daha katı yorumlanması gerektiği söylenebilir. Birincisi Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülmemiş konularda yürütme organının *doğrudan* düzenleme yapmasının önünde artık herhangi bir engel kalmamıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini yorumlarken -daha önce yürütme alanının genişletilmesine duyulan pratik ihtiyacın da sonucu olarak başvurduğu- Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen/öngörülmemiş konular ayırımına başvurmasına gerek kalmadığı söylenebilir.

13. İkincisi, anayasa koyucu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama organının alanına müdahale etmesini kesin bir dille yasaklamıştır. Bu durumda kanun koyucunun da söz konusu yasağı işlevsiz kılacak şekilde davranmaması, normalde kanunla belirlenmesi gereken hususları yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakmaması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kanunla düzenleme yapılırken CBK hükümlerinin saklı tutulmasının Anayasa ile bağdaşmayacağını belirtmiştir (AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 21).

14. Diğer yandan yeni hükümet sisteminin etkili şekilde işleyebilmesi büyük ölçüde kanun-CBK ilişkisinin sağlıklı bir şekilde kurulmasına ve hayata geçirilmesine bağlıdır. Bu nedenle CBK ile düzenlenebilecek konularda düzenleme yapan kanun koyucunun uzmanlık ve idare tecrübesini aşacak şekilde geniş bir alanın düzenlenmesini yürütmeye bırakması durumunda bu ilişki zarar görebilir. Kanunla düzenleme yapıldıktan sonra aynı konuda CBK çıkarılamayacağı için kanun koyucunun normalde kanunla düzenlenmesi gereken bir konuyu yönetmelik veya yönerge gibi daha alt düzenleyici işlemlere bırakması sakıncalı sonuçlara yol açabilir. Böyle bir yaklaşım, her şeyden önce, uygulamada kanun ve CBK hükmü ile yönetmelikleri aynı düzeye çıkarma, diğer yandan da aynı mahiyette olması gereken kuralların denetim yerlerini değiştirme sonucunu ortaya çıkarabilecektir.

15. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi bağlamında kanunla düzenlenmesi gereken hususların neler olduğu son tahlilde bir derece meselesidir. 2017 Anayasa değişiklikleri sonucunda yürütmeye tanınan CBK çıkarma yetkisi de dikkate alındığında bir konunun düzenlenmesini yürütmeye bırakan kuralların denetiminde iki temel kriter kullanılabilir. Bunlardan ilki düzenleme sonucunda kanun ile idari düzenleyici işlemler arasındaki farkın fiilen ortadan kalkıp kalkmadığıdır. İdari düzenleyici işlemleri kanunla aynı düzeye taşıma sonucunu doğuran düzenlemeler yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İkinci olarak kanun koyucu, bir konunun düzenlenmesini idareye bırakırken, kanuna dayalı olarak yapılacak işlem ve düzenlemelerin etkili yargısal denetimini mümkün kılacak ölçüde konuya ilişkin temel esasları, şartları, sınırları ve benzeri hususları belirlemelidir. Etkili yargısal denetimi imkânsız kılacak mahiyetteki düzenlemeler yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal edecektir.

16. Bu ölçütler çerçevesinde değerlendirildiğinde silah ruhsatı verilmesi gibi hayati bir konunun hiçbir kriter belirlenmeden Cumhurbaşkanlığı kararına ve/veya yönetmeliğine bırakılmasını öngören dava konusu kuralların yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmadığı görülmektedir. Evvela kuralların kanun ile idari işlemleri eşitlemeye yönelik bir sonuç doğurup doğurmadığı, dolayısıyla bir anlamda kanuni düzenlemeyi anlamsız ve işlevsiz hale getirip getirmediği incelenmelidir. Kuşkusuz silah ruhsatı verilebilecek kişilerin tamamını kanunda tek tek saymak mümkün olmayabilir. Böylesine geniş bir alanda sayma yöntemiyle belirleme durumunda birilerinin mutlaka dışarıda kalması ya da her defasında kanuna ekleme yapılma zorunluluğunun ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirttiği gibi *“sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır”* (AYM, E.2012/94, K.2013/89, 10/7/2013).

17. Bununla birlikte kanun koyucu silah ruhsatı verilebileceklerin bir kısmını açıkça belirtip, kalanlara idare tarafından bu ruhsatın verilebilmesine imkân tanıdığına konunun esaslarını, sınırlarını ve şartlarını da belirlemelidir. Aksi takdirde idareye tıpkı kanun koyucu gibi hiçbir esasa bağlı kalmadan düzenleme yapma yetkisi verilmiş olacaktır. Bu durum da bir anlamda kanun koyucu ile idarenin aynı düzeyde işlem yapması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla kuralların maddede sayılanlara ilave olarak hiçbir şart, sınır ve esas koymadan

kimlere silah ruhsatı verileceğini belirleme yetkisini yürütmeye/idareye bırakması yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir.

18. Diğer yandan, silah ruhsatı verme konusunda hiçbir kriter belirlenmeden bu işin tamamen idareye bırakılması, idarenin bu işlemlerinin yargısal denetimini de zorlaştırmaktadır. Bu durum bilhassa yönetmelikle düzenleme yapılmasını öngören yasal düzenlemeler için geçerlidir. Anayasa'nın 124. maddesine göre Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilirler. Kısacası, yönetmelik (a) kanunun uygulanmasını sağlamak ve (b) kanuna aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir.

19. Dava konusu kurallarda idareye bırakılan husus, kişilerin silah ruhsatlarının *nasıl* verileceğine, dolayısıyla kanunun uygulanmasına yönelik değildir. Kanun koyucu hiçbir sınırlama getirmeden kendi koyduğu kurallarla fiilen *aynı içeriğe ve işleve sahip* kuralları/kararları ihdas etme yetkisini idareye bırakmaktadır. Kuralların kanuna aykırı olmama şartı bakımından da sıkıntılı sonuçlara yol açabileceği açıktır. Kuşkusuz Cumhurbaşkanı kararları ve yönetmelikleri idari yargının denetimine açıktır. Bu durumda idari yargı anılan kararların/düzenlemelerin kanuna uygunluk denetimini nasıl yapacaktır? Kanun'un hiçbir esas, kriter ve ilke belirlemeden yetkiyi idareye bıraktığı durumlarda bu denetimin etkili bir şekilde yapılması mümkün değildir.

20. Sonuç olarak temel ilkeleri, esasları, sınırları ve şartları belirlemeden silah taşıma ve bulundurma ruhsatı verebilme bakımından yürütmeye sınırsız bir takdir yetkisi tanıyan kurallar, belirsizlik nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesine, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaşmadığından da 7. maddesine aykırıdır.

21. Açıklanan gerekçelerle kuralların iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümünden redde yönelik çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6136 sayılı Kanunun, 7190 sayılı Kanunun 18. maddesiyle değişik 7. maddesinin 3. fıkrasında; “Cumhurbaşkanı kararı ile silah taşıyabileceklerine karar verilen Devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensupları,” ve 5. fıkrasında ise “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını alanlar,” için silah taşıma yetkisi verilebilmektedir. Anılan iki kuralın iptali istemi Mahkememiz sayın çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.

2. Anayasanın 7. maddesi uyarınca TBMM tarafından kullanılan yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkeleri gereği yasama organı açık anayasal bir yetki verilmesine gerek kalmaksızın herhangi bir konuda kanun çıkarabilir. Fakat yasama organının bu konudaki takdir yetkisini kamu yararı, adalet ve hakkaniyet ilkeleri ve anayasadaki diğer kurallar çerçevesinde kullanması gerekir. Bu anlamda kanunla yapılan düzenlemelerin keyfililiği önleyici, belirliliği ve hukuk güvenliğini sağlayıcı güvenceler içermesi gerekir (AYM 4.5.2017, 2015/41 - 2017/98, par. 153-154). Nitekim yasama organı ateşli silahların bulundurulması ve taşınmasına ilişkin usul ve esasları 6136 sayılı Kanunla düzenlemiştir. Ne var ki Kanunda kimlerin silah taşıyabileceklerine ilişkin genel esaslar belirlenmemiş, bunun yerine sayma yöntemiyle hangi meslek mensuplarının silah taşıma yetkisini haiz olacakları belirtilmiştir. Buna ek olarak iptali istenen kurallarda Cumhurbaşkanına karar ve yönetmelik oluşturma usulüyle bazı kamu görevlileri veya KİT mensuplarına ya da yönetmelikle belirlenecek esaslara göre bazı kimselere silah taşıma yetkisinin verilmesi konusunda düzenleme yetkisi verilmektedir. Bu nedenle konunun kanunla idari mercie verilecek düzenleme yetkisine ilişkin anayasal ilkeler bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

3. Bilindiği gibi yasama yetkisinin asliliğine karşın, Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleri için verilen istisnai yetki dışında idarenin düzenleme yetkisi türevseldir. İdare düzenleme yetkisiyle kanunun kapsamını daraltamaz veya genişletemez, fakat kanuna aykırı olmamak üzere CBK, yönetmelik ve genelge gibi düzenleyici işlemler tesis edebilir. Kanun koyucu da idareye yönetmelik çıkarma yetkisi şeklinde düzenleme yetkisi verebilir. Bu takdirde hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleri gereği, verilen düzenleme yetkisinin temel esasları ile kapsamının kanunda belirtilmesi gerekir. Ancak bu şekilde

idarenin takdir yetkisini hukuka uygun olarak kullanacağını ve hukuki güvenliğin sağlanacağını güvencesi sağlanabilir. Nitekim Mahkememiz kararlarında kanunla düzenleme yetkisi verilirken temel çerçevenin belirlenmiş olması zorunluluğuna ilişkin çok sayıda örnek karar bulunmaktadır. Anayasada kanunla düzenlenmesi gerekli görülen hususlara ilişkin düzenleme yetkisi verilmesinde Mahkememiz daha sıkı şartlar aramış, diğer hususlarda ise asgari temel esasların kanunda belirlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir (örn. AYM 9.5.2013, 2011/42 – 2013/60).

4. Kanunun 7/3. maddesinde idari mercie; “...Devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensupları”ndan bazılarına silah taşınması konusunda yetki verilmekle birlikte, bunlardan bazılarına hangi ölçütlere göre taşıma yetkisinin verileceğinin, diğer bazılarına ise hangi nedenle verilmeyeceğine ilişkin herhangi bir kıstas açıklanmamaktadır. Belirtelim ki buna ilişkin temel esaslar 6136 sayılı Kanunda da yer almamaktadır. Bu durum, aynı kurumlardaki diğer görevlilerin silah taşıma talepleri bakımından bir belirsizliğe neden olacağı gibi kanun koyucunun amacını aşar biçimde yetkinin çok geniş şekilde uygulanması ihtimalini de kapsamaktadır. Benzer durum aynı maddenin 5. fıkrasındaki yönetmelik çıkarma yetkisi yönünden de söz konusudur. Kanunda, aynı maddede özel olarak belirtilenler dışında valilerce silah taşıma yetkisi verilebilecek olanların hangi durum, özellik veya esaslara dayalı olarak yönetmelikte belirleneceğine dair en küçük bir kıstas dahi öngörülmemiştir. Dolayısıyla her iki düzenleme de hukuk devletinin hukuki güvenlik, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırıdır. Öte yandan ayrıca kuralda öngörülen yönetmelik çıkarma yetkisi yönünden yasama yetkisinin devri de söz konusudur.

Açıklanan gerekçeler karşısında kuralların Anayasanın 2 ve 7. maddelerine aykırı bulunması nedeniyle iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

A) 7190 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin; Birinci Fıkrasının (3) Numaralı Bendi Yönünden

1. İptali istenen kural, Cumhurbaşkanlığı kararı ile devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silah taşıyabilmelerini düzenlemektedir.

2. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir (E. 2016/136, K. 2017/9, 18/01/2017).

3. Hukuk devletin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. 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 öngörülebilir 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 (E.2013/67, K.2013/164, 26/12/2013). Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

4. Dava konusu kural, Cumhurbaşkanlığı kararı ile devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silahları taşıyabilmelerinin veya mesken ya da işyerinde bulundurabilmelerini düzenlemektedir. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanın kanun koyucunun takdirine bırakıldığı, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, bu konudaki tercihin kanun koyucunun takdiri kapsamında kaldığı kabul edilmelidir. Bu kapsamda ateşli silahların bulundurulması ve taşınması kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir.

5. Kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Esasen bu durum Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. (E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154).

6. Dava konusu kural hangi koşullar altında kuralda sayılan memur ve mensuplara ateşli silah taşıma veya bulundurma yetkisinin verileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemektedir. Diğer bir ifade ile devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silahları taşıma veya bulundurma yetkisi kararı almaya yetkili makamın takdirine bırakılmış bu yetkinin sınırlarına ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. Bu durum da ucu açık, kullanım esasları belli olmayan bir yetki ilgili makama verilmiş olmaktadır. Kuralda sayılan görevlilere hangi ölçütlere göre ateşli silahları taşıma veya bulundurma yetkisinin verileceğinin kural kapsamında açık ve net olarak öngörülmemesi belirsizliğe neden olmaktadır.

7. Dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık taşıdığı düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

B) 7190 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin; Birinci fıkrasının (5) Numaralı Bendi Yönünden

8. Dava konusu kural, Kanunda belirtilen kişi ve gruplar dışında Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek silah taşıma izinlerini düzenlemektedir. Bir önceki kuralla ilgili karşıoy gerekçemin (A) bölümünde Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgili olan değerlendirmem, bu kural için de geçerli olduğundan burada sadece Anayasa'nın 7. maddesi çerçevesinde iptali istenen kuralla ilgili inceleme yapılacaktır.

9. Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede *"Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır."* denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir. Yasama yetkisinin devredilemezliği, temelde kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması, kanun yapma yetkisinin devredilmemesi anlamına gelmektedir.

10. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında temel esasların kanunda belirlendiği ancak konuyla ilgili hususların bir bölümünün yönetmelikle düzenlenmesinin idareye genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi vermediğini kabul etmektedir (örnek olarak, AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, 4/5/2017, §§ 214, 215).

11. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak yönetmelikle tespit edilecek esaslara göre valilere ateşli silah taşıma ve bulundurma imkânı sağlayan izin vesikasını verme yetkisini öngören kural, ilgili kişi ya da grupların hangi ölçütlere göre, nasıl, ne şekilde belirleneceği hususunda sınırları ve çerçevesi belli olmayan bir yetkilendirmeyi olanaklı hale getirmektedir.

12. Tamamen takdire bağılı olarak verilen yetkinin sınırlarına ve çerçevesine dair bir belirleme öngörülmediğinden kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle çoğunluk kararına katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

6136 sayılı Kanunun 7190 sayılı Kanunla değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının (3) ve (5) numaralı bentlerinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Çoğunluğun red gerekçesinde; Anayasanın kanunla düzenlenmesini açıkça öngörmediği konularda kanunda çok genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılmasının mümkün olduğu, böyle bir konunun kanunî bir çerçeve ve dayanak bulunmak kaydıyla yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakılabileceği, kanun koyucunun bu konuda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu, dava konusu her iki bentte belirtilen hususların ise temel hak ve hürriyetlere ilişkin olmadığı gibi Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen diğer konulardan da olmadığı, anılan bentlerin yürütme organına verilen düzenleme yetkisinin kanunî dayanağını oluşturduğu ve Kanunun çeşitli maddelerinde silah taşıma ve bulundurma ruhsatına ilişkin hususların açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olarak düzenlendiği belirtilerek, söz konusu hükümlerin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 1. maddesinde ateşli silahlarla mermilerinin ve bıçaklarla salt saldırıda ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış olan diğer aletlerin memlekete sokulması, yapılması, satılması, satın alınması, taşınması ve bulundurulmasının bu Kanun hükümlerine tâbi olduğu hükme bağlanarak izleyen maddelerde bunlara ilişkin yasaklar ve istisnaları sayılmış; taşıma ve bulundurma ruhsatlarıyla ilgili usul ve esaslar tespit edilmiş ve 13. maddesinde bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alanlar veya taşıyanlar ya da

bulunduranlar hakkında hapis ve adli para cezalarına hükmolunacağı belirtilmiştir.

İptali talep edilen (3) ve (5) numaralı bentlerin de yer aldığı 7. maddede ise ateşli silahları taşıyabilecek veya mesken ya da işyerlerinde bulundurabilecek kişilere ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Böylece, Kanunla -diğer hususların yanında- ateşli silahların taşınması ve bulundurulması yasaklanıp ruhsata bağlanırken bu yasağın istisnaları 7. maddenin birinci fıkrasında- (3) ve (5) numaralı bentler hariç olmak üzere- tek tek sayılarak belirlenmiş; anılan bentlerde ise Cumhurbaşkanı kararıyla silah taşıyabileceklerine karar verilen idarelerin memur ve mensupları ile Cumhurbaşkanıınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valiler tarafından verilecek izin vesikasını (ruhsatı) alanların da ateşli silah taşıyabilecekleri veya bulundurabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Red kararının gerekçesinde belirtilmemekle birlikte, incelenen bentlerin hak sahipliğini daraltmadığı, aksine genişlettiği, bu sebeple de temel haklara sınırlama getirmediği düşünülebilirse de, temel haklarla ilgili bir düzenleme öngördüğü açıktır.

Bilindiği gibi, düzenleme sınırlamayı da kapsayan daha geniş ve genel bir kavramdır (Fazıl Sağlam, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları/ Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.268; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2.bs., Bursa 2018, s.311-312). Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sadece sınırlanması bakımından kanun zorunluluğundan söz edilmesine karşılık, Anayasanın 104. maddesinin onyedinci fıkrasında Anayasanın İkinci Kısımının Birinci ve İkinci Bölümleri ile Dördüncü Bölümündeki hakların ve ödevlerin CBK'larla (mülga 91. maddede de KHK'larla) düzenlenemeyeceği ilkesine yer verilmesi ve (mesela 18., 20., 22., 26., 27. maddelerin son fıkraları gibi) Anayasanın temel haklarla ilgili birçok hükmünde temel hakların kanunla düzenleneceğinin hükme bağlanması sebebiyle, bu haklara ilişkin sınırlama öngörmeyen düzenlemelerin de kanunla yapılması gerekir.

Dolayısıyla yukarıda belirtilen temel hak ve hürriyetlerle ilgili bütün düzenlemelerin kanunla yapılması ve sınırlama getirmese de kanunlara

ilişkin anayasal ilkelere uygun olması zorunludur.

Bu çerçevede, taşıma ve bulundurma ruhsatının, ekonomik bir malvarlığı değeri ifade eden silah üzerinde tasarruf etme yetkisi sağladığı dikkate alındığında, silah taşıma ve bulundurma yetkisine sahip olacak kişilerin ve buna imkân sağlayan ruhsatın verilmesine ilişkin şartların belirlenmesi yetkisini yürütme organına bırakan söz konusu bentlerin, Anayasanın 35. maddesi kapsamında mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeler getirdiği tartışmasızdır (bkz. 24/6/2021 tarihli ve E.2018/81, K.2021/45 sayılı kararımız, § 177).

Anılan Kanunla esasen mülkiyet hakkına ilişkin bir konuda Anayasanın 35. maddesine uygun olarak kamu yararı amacıyla sınırlamalar öngörülürken, silahların izinsiz olarak yurda sokulması, satılması ve satın alınması yanında taşınması ve bulundurulmasının da yasaklanarak ruhsata bağlandığı; buna uygun olmayan davranışların Anayasanın 38. maddesi uyarınca suç olarak belirlenip bunlar için yaptırımlar getirildiği; silah taşımalarına ve bulundurmalarına izin verilenlerin ise Kanunun 7. maddesinde (anılan bentler dışında) hâlen ve daha önce bulundukları görevlere göre tek tek sayılarak, söz konusu sınırlamalarla ilgili istisnaların da tespit edildiği gözönünde bulundurulduğunda mezkûr hükümlerin de temel haklara ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Başka bir anlatımla, yasama organının anılan konuda kanunla, kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkıyla ilgili sınırlamalar öngördüğü; kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için kanunla yasaklar getirerek bunlara uymayanlar bakımından yeni suçlar ve cezalar ihdas ettiği; konunun öneminden dolayı kimlerin silah taşıyabileceklerini veya bulundurabileceklerini tek tek saymak suretiyle bu yasakların istisnalarını da kanunla sayarak belirlediği, incelenen kuralların da bu nedenle temel haklara ilişkin olduğu açıktır.

Kuşkusuz, bir konunun Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesinin zorunlu olduğundan söz edilebilmesi için, mutlaka anılan konunun (mesela silah taşıma ve bulundurma ruhsatı ile ilgili hususların) kanunla düzenleneceğinden Anayasada özel olarak söz edilmesi gerekmekte, temel haklara ve hürriyetlere veya Anayasada yer verilen ilkelere ilişkin olup olmadığı gözönünde bulundurulmaktadır.

Dolayısıyla söz konusu iki bentte düzenlenen hususların temel haklar ve hürriyetlerle ilgisi bulunmadığı gibi Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gereken diğer konulardan da olmadığı yönündeki çoğunluk görüşünün isabetli olduğu söylenemez.

Diğer taraftan, kuralların, özellikle de kanun hükümlerinin -aşağıda açıklanacak sebeplerle- belli bir ölçüde soyutluk içermesinin kaçınılmaz olduğu tartışmasızdır. Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken konularda bile sadece “tahdidî hükümler”in tercih edilmesi -bütün durumların ve kişilerin kanunda tek tek sayılmasının neredeyse imkânsız olması ve özellikle, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi nedeniyle kanunlarda sık sık değişiklik yapılmasının zorluğu da dikkate alındığında- acil ihtiyaçların karşılanması bakımından pratik olmayan sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple, kanunda tek tek sayılan kişilerle aynı veya benzer durumda olanların da düzenleyici idarî işlemlerle belirlenmesine imkân sağlayan bir hükme ihtiyaç bulunmakla birlikte, söz konusu düzenleyici işlemlerin yapılmasına yetki veren kanun hükümlerinin Anayasanın 2. maddesi uyarınca belirlilik ilkesinin ve 7. maddesine göre yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin gereklerine uygun olması zorunludur.

Aksi takdirde, yasama organının, bazı kriterleri gözönünde bulundurmak suretiyle tahdidî olarak belirlediği kuralları (mesela incelenen Kanunun dava konusu hükümlerin de yer aldığı maddesinde ayrıntılı şekilde belirlenen görev unvanları ve nitelikleri ile hiçbir ilgisi bulunmayan, benzer durumda da olmayan çok sayıdaki kişinin anılan sınırlamalardan istisna tutulması sonucunu doğuran ve ayrıntılı düzenlemeleri) anlamsız hâle getiren idarî düzenlemelerle karşılaşılabilir.

Bu kapsamda, Anayasanın 2. maddesinde teminat altına alınan hukuk devletinin gereklerinden olan “belirlilik ilkesi” ile 7. maddesinde düzenlenen “yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi”nin -bazen birlikte ele alınması gerekse de- farklı iki anayasal ilke olduğunu ve belirlilik ilkesinin Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülme konularda çıkarılan kanunlar için de geçerli olduğunu vurgulamak gerekir. Buna göre, incelenen kuralların Anayasanın kanunla düzenlenmesini öngördüğü konulara ilişkin olmadığı yönündeki çoğunluk görüşü isabetli olmamakla birlikte, bu görüşün doğru olduğu kabul edilse dahi, Anayasada öngörülme veya açıkça yasaklanmayan konularda kanun koyucunun düzenlemenin çerçevesini belirleme konusunda mutlak bir

takdir yetkisinin bulunduğu ve esaslarını belirlemeden bu hususların düzenlenmesi yetkisini yürütme organına bırakabileceği söylenemez. Aksinin kabulü Anayasanın 2. maddesinde öngörülen demokratik hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmaz (Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, 15. bs., İstanbul 2012, s. 241).

Yukarıda belirtildiği üzere, incelenen hükümler Anayasanın İkinci Kısımının İkinci Bölümünde yer alan temel haklarla ilgili olup Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gereken konulara ilişkindir. Ancak aksi kabul edilse de, yasama organının takdir yetkisini Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konuyu kanunla düzenleme yönünde kullanması hâlinde, bu düzenlemede de hukuk devleti ilkesinin gereklerine uyması; başka bir deyişle bu kanunun da hukuk devletinin şartlarına uygun olması ve bu bağlamda kanun hükümlerinin belirlilik ve hukukî güvenlik ilkeleriyle çelişmemesi zorunludur.

Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, anılan konu hiç düzenlenmeseydi herkese açık olacak bazı imkânların, aynı veya benzer hukukî durumda bulunan bazı kişilere tanınmaması, bazı kişilere imtiyazlar sağlanması ve bunların denetimsiz kalması gibi, yasama organının iradesine aykırı sonuçlarla karşılaşılabilir.

Şüphesiz yukarıda belirtilen ilkelere ilişkin şartların aranması, bunlara uygun bir kanunî düzenleme yapılmadığı takdirde yürütme organının mutlaka keyfî düzenlemeler yapacağı anlamına gelmediği gibi, kanun hükmündeki bir belirsizlik hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmayan sonuçlar da doğurmayabilir. Ancak Anayasaya uygunluk denetiminde, Anayasanın 2. maddesinde teminat altına alınan hukuk devleti ilkesinin gereği olan söz konusu ilkeler, uygulamadan ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan düzenlemelerden bağımsız olarak, yani sadece kanun hükmü üzerinden değerlendirilir ve bu değerlendirmeye göre sonuca varılır.

Bu itibarla, Anayasa uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği için veya Anayasada öngörülmediği hâlde çıkarılan kanunların tamamı bakımından geçerli olan belirlilik ilkesi de, Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi zorunlu olduğu için çıkarılan kanunlar bakımından geçerli olan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi de esasen yasama organının kanunla ortaya konulan iradesinin anlamsız hâle gelmesine yol açabilecek ikincil düzenlemelere imkân verilmemesini gerektirir.

Bilindiği gibi Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti -kararlarımızda birçok defa ifade edilen diğer niteliklerinin yanında- adaletli bir hukuk düzeni kurarak bunu sürdüren, hukukî güvenliği sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi de, Mahkememizin yerleşik içtihadına göre, kanunî düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, nesnel ve sınırlarının belirli olmasını, ayrıca keyfiliğe yol açmayacak bir içeriğinin bulunmasını gerektirmekte; hukukî güvenlik ilkesiyle bağlantılı olarak da normların öngörülebilir olmasını ve kanunda belirli bir kesinlik içinde hangi somut olgulara hangi sonuçların bağlandığının görülebilmesini zorunlu kılmaktadır (örn. olarak bkz. 18/3/2021 tarihli ve E.2018/127, K.2021/18 sayılı; 31/3/2021 tarihli ve E.2020/8, K.2021/25 sayılı kararlarımız).

Hukukun temel fonksiyonlarından biri olan düzenin sağlanması, kuralların ve bunlara konu olan hakların sahiplerinin önceden belirlenmesine ve bilinmesine bağlı olduğundan, aslında kural koymanın amacı da bir konuyu düzenleyerek belirsizliği gidermektir (Yusuf Karakoç, Hukuka Dair (Yazılar), Ankara 2021, s. 30-31). Bu nedenle, belirsizliği gidermeyen (veya konuyu, düzenlenmeden öncekinden daha belirsiz hâle getiren) bir kanun hükmünün, Anayasaya uygun bir kanunî düzenleme olduğu söylenemez.

Nitekim, temel haklara ilişkin olarak yapılan Anayasaya uygunluk denetiminde ve özellikle bireysel başvuruda gözönünde bulundurulan kanunîlik ilkesi de -diğer şartların yanında- kanunun açıklığını, bir başka ifadeyle belirlilik ilkesine uygun olmasını gerektirir ve anayasal hakların sınırlandırılmasıyla ilgili temel düzenlemelerin alt düzenleyici işlemlerde değil, kanunun kendisinde yer alması gerektiği görüşünün temelinde hukuk devleti ilkesiyle birlikte kuvvetler ayrılığı ve demokrasi ilkeleri yer alır (Aharon Barak, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, New York 2012, s. 106, 112). Bu görüş, Anayasanın yukarıda aktarılan hükümleri uyarınca, temel haklara ilişkin (sınırlama getirmeyenler de dahil olmak üzere) bütün düzenlemeler için geçerlidir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, aşağıda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ilişkin olarak belirtileceği üzere, yürütme organının hareket alanını gösteren parametrelerin yasama organı tarafından belirlenmiş

olmasını; hukuk devleti ilkesi, yürütme organının detaylarını belirleyeceği düzenlemelerin ilkelerinin yasama organı tarafından tespit edilmesini; demokrasi ilkesi de temel belirlemelerin yasama organındaki seçilmiş temsilcilerce yapılmasını gerektirir (Barak, age., s. 113).

Kanunî düzenlemenin konusu ile temel haklara müdahale oranının da (örneğin sınırlama getirip getirmediğinin) düzenlemenin belirliliği bakımından aranması gereken ölçüyü etkileyeceğinde şüphe bulunmamakla birlikte, kanunla belirlenme şartının karşılanması için kanunun yeterince açık olması (Barak, age., s. 116) ve yürütme organının düzenleyeceği ayrıntıların tespitinde yol gösterecek nitelikte bulunması gerekir.

Belirlilik ilkesi, yasama organının takdir yetkisini, Anayasanın 2. maddesinde teminat altına alınan hukuk devleti ilkesine uygun şekilde anayasal sınırlar içinde adalet ve hakkaniyet ölçütlerini gözönünde tutarak kullanıp kullanmadığının belirlenmesi bakımından da önemlidir.

Anayasanın 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği hükme bağlanmakta, ancak yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmeyen bu ilke, Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle değil, kanunla temel kuralları ve esasları belirlendikten ve konunun çerçevesi çizildikten sonra ayrıntıların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasını gerektirmektedir (örn. olarak bkz. 29/11/2017 tarihli ve E. 2017/51, K. 2017/163 sayılı kararımız, § 13).

Bu şartlara uyulmadan sınırsız ve belirsiz bir alanın idarenin düzenlemesine bırakılması ve yürütme organına keyfî uygulamalara yol açabilecek çok geniş bir takdir yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturur (örn. olarak bkz. 13/6/1985 tarihli ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı; 19/4/1988 tarihli ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararlarımız. Ayrıca geniş bilgi için bkz. Gözler, age., s. 614-615; Teziç, age., s. 21-30; Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 7. bs., Ankara 2002, s. 192-195; Ali D. Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, 2. bs., Ankara 2019, s. 118-122).

Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının incelenen (3) ve (5) numaralı bentlerinin Anayasanın 35. ve 38. maddeleriyle ilgili olduğu ve dolayısıyla yürütme organına verdiği düzenleme yetkisinin çerçevesinin

kanunla belirlenmesi gerektiği de açıktır. Başka bir ifadeyle, kanun hükümlerinin belli bir ölçüde soyutluk içermesi tek başına yukarıdaki ilkelere aykırı görülemezse de, anılan bentlerde belirtilen hususların -yukarıda açıklandığı gibi- kanunla temel ilkelerin düzenlenmesinden ve çerçevenin çizilmesinden sonra Cumhurbaşkanı kararına ve yönetmeliğe bırakılması gerekir.

Mahkememizin yerleşik içtihadına göre de kanunla düzenleme, bir konudan sadece kavramsal veya kurumsal olarak bahsedilmesi değildir. Kuşkusuz konuya ilişkin bütün ayrıntılara kanunda yer verilmesi gerekmemektedir. Esasen devlet faaliyetlerinin yayıldığı alanın genişliği nedeniyle bu alanın tamamının yasama organı tarafından düzenlenmesine imkân da bulunmamaktadır (bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku Dersleri, 6. bs., Bursa 2007, s. 399 ve dn. 10-12’de atıf yapılan eserler). Ancak, Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konunun temel kuralları, esasları, çerçevesi ve kapsamı kanunda belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar yürütmeye bırakılabilir. Bu durumda, kanun koyucunun tespit edeceği temel kurallar ve çizeceği çerçeve, yürütme organının düzenleyeceği ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterici nitelikte olmalıdır.

İncelenen bentlerde ise, yasama organının özel bir önem vererek “Cumhurbaşkanı, Başbakan, Cumhurbaşkanı yardımcıları, Bakanlar, Yasama Organı üyeleri ve Bakan yardımcıları ile bu görevlerde bulunmuş olanlar” başta olmak üzere Kanunda tek tek saydığı kişilere, görevlere ve bunların niteliklerine ilişkin hiçbir atıfta bulunulmadan ve hangi kişilere veya meslek gruplarına, hangi şartlarla ve hangi kıstaslara göre ateşli silah taşıma ve bulundurma izni verileceği konusunda bir hükme yer verilmeden, başka bir ifadeyle ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterecek nitelikte bir çerçeve çizilmeden, bunları belirleme yetkisi yürütme organının işlemlerine bırakılmaktadır.

Çoğunluğun gerekçesinde, taşıma ve bulundurma yetkisine sahip olanlar ile bu yetkinin geri alınmasına ve yenilenmemesine ilişkin şartların, Kanunun ilgili hükümlerinde herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak düzenlendiği belirtilmekte ise de (§ 8), (3) ve (5) numaralı bentlerle yürütme organının düzenlemesine bırakılan hususlarda 7. maddede de Kanunun diğer maddelerinde de herhangi bir ilkeye yer verilmediği veya bu konularda başka bir kanun hükmüne de atıf yapılmadığı görülmektedir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gereken mezkûr konuda kanunla temel ilkeler herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde ve belli bir kesinlik içinde açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirlenmeden ve keyfî uygulamalara engel olacak tedbirler öngörülmeden, belirtilen hususların yürütme organınca düzenleneceğini hükme bağlayan dava konusu kuralların belirli ve öngörülebilir olduğu söylenemeyeceği gibi düzenlemenin yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle bağdaştığından da söz edilemez.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, anılan kuralların Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa Mahkemesi çoğunluğunun 24/10/2019 tarihli ve 7190 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının (3) ve (5) numaralı bentlerinin iptal isteminin reddi biçimindeki görüşüne dava konusu bentlerin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiği kanaatinde olduğum için katılmamaktayım.

2. Dava konusu (3) numaralı bent Cumhurbaşkanlığı kararı ile devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silah taşıyabilmelerini hüküm altına alırken, (5) numaralı bent Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre valilere ateşli silah taşıma ve bulundurma imkânı sağlayan izin vesikasını verme yetkisini düzenlemektedir.

3. Mahkememiz çoğunluğu (3) numaralı bendin hangi memur ve mensuplara ne şekilde ateşli silah taşıma veya bulundurma yetkisinin verileceğini hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde düzenlediğinden Anayasa'nın 2. maddesi bağlamında hukuki belirlilik ilkesine aykırı olmadığını belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir.

4. Burada öncelikle ifade etmek gerekir ki Cumhurbaşkanının Devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarına ateşli silah taşıma veya bulundurma izni vermesi mümkündür. Ancak bu bahsedilen kamu görevlisi kesiminin çok büyük bir sayıyı teşkil ettiği de aşîkardır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına tanınan bu yetkinin şartları ve sınırlarının da Kanunda belirlenmesi gerekmektedir.

5. Oysa dava konusu (3) numaralı bent Cumhurbaşkanlığı kararı ile devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silah taşıyabilmelerini hüküm altına alırken, hangi şartlar dahilinde kuralda sayılan kamu görevlilerine ateşli silah taşıma veya bulundurma yetkisinin verileceğine ilişkin hususlara ne iptali talep edilen bentte ne de Kanun'un başka bir hükmünde yer verilmektedir. Bundan dolayıdır ki burada devlet, belediye, özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri memur ve mensuplarının ateşli silahları taşıma veya bulundurma yetkisi yetkili makamın takdirine bırakılmış ve bu yetkinin sınırlarına ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir.

6. Nitekim Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan "belirlilik" ilkesinin gereği olarak yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir. Bu bağlamda belirlilik ilkesinin gereği olarak hukuksal güvenlikle bağlantılı biçimde bireylerin kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilebilmeleri gerekir. Zira birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlölükleri öngörebilir ve davranışlarını buna göre ayarlayabilir (E.2015/41, K.2017/98, 04/05/2017, § 153).

7. Dava konusu (3) numaralı bentte ise bu anlamda bir belirlilik sağlanamamıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere hangi şartlar dahilinde bu kamu görevlilerine silah ruhsatı taşıma ve bulundurma yetkisi verileceğine dair bir düzenlemeye yer verilmediği için bu anlamda Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığın ortaya çıktığı görölmektedir.

8. Dava konusu (5) numaralı bent ise valilerce ateşli silah taşıma ve bulundurma imkânı sağlayan izin vesikasının Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte belirlenecek esaslara göre verilebileceğini hüküm altına almaktadır.

9. Elbette ki valiler tarafından verilecek silah taşıma izinleri ile ilgili hususlar Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenebilir. Cumhurbaşkanı tarafından çıkarılacak bu kapsamdaki bir yönetmeliğin yetki yönüyle Anayasa'ya aykırılığından bahsedilemez. Ancak bu bağlamda önemli bir husus bu konu ile ilgili çıkarılacak yönetmelikte dikkate alınacak ilke ve esasların Kanun'da belirlenmiş olması ve çıkarılacak yönetmeliğin de bu ilke ve esaslara uygun bir düzenleme yapmasıdır. Oysa ne dava konusu kuralda ne de Kanunun başka bir yerinde valilerce ateşli silah taşıma ve bulundurma imkânı sağlayan izin vesikasının Cumhurbaşkanınca çıkarılacak yönetmelikte hangi şartlar dahilinde verileceğine dair bir hükme yer verilmiştir.

10. Dolayısıyla dava konusu (5) numaralı bentle Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle valiler tarafından verilecek izin vesikası konusunda hangi kişi veya grupların hangi kriterlere göre belirleneceği konusunda bir belirleme yapılmadığından bu kuralın sınırlarının kanunla belirlenmediği ve tamamen idari takdire bağlı biçimde gerçekleştirileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla (5) numaralı bent Anayasa'nın 2. maddesindeki belirlilik ilkesine aykırıdır.

11. Sonuç olarak yukarıda sıralanan gerekçelerle 24/10/2019 tarihli ve 7190 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının (3) ve (5) numaralı bentlerinin belirlilik ilkesine aykırı yönleri barındırdığı için Anayasa'nın 2. maddesi gereğince iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan Mahkememiz çoğunluğunun aksi yöndeki kararına katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2019/114
Karar Sayısı : 2021/36
Karar Tarihi : 3/6/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 14/7/2021-31541

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 128 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesinin (A) fıkrasına eklenen dördüncü paragrafın "*...haklarında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması kaydıyla...*" bölümünün,

B. 2. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'a eklenen ek 7. maddenin bentlerini bağlayan;

1. Hükmün "*...haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmayla yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,...*" bölümünün,

2. Hükmünde yer alan "*...kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre...*" ibaresinin,

3. Hükmünde yer alan "*...verilebilir.*" ibaresindeki "*...lebi...*" hecesinin

Anayasa'nın 2., 9., 10., 13., 14., 17., 20., 23., 38., 48., 49. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 1. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'un 14. maddesinin (A) fıkrasına eklenen dördüncü paragraf şöyledir:

“(Ek paragraf:17/10/2019-7188/1 md.) Baro levhasına yazılı olan ve en az on beş yıl kıdemi bulunan avukatlara, haklarında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması kaydıyla hususi damgalı pasaport verilebilir. Buna ilişkin usul ve esaslar, Dışişleri Bakanlığı ile Adalet Bakanlığının olumlu görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.”

2. 2. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'a eklenen ek 7. madde şöyledir:

“Ek Madde 7- (Ek:17/10/2019-7188/2 md.) Millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle;

A) 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ilan edilen olağanüstü hal kapsamında kabul edilen kanunlar uyarınca kamu görevinden çıkarılmaları veya rütbelerinin alınması nedeniyle pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlardan,

B) 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 5 inci maddesi ve 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 35 inci maddesi uyarınca pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlardan,

C) Mahkemelerce yurt dışına çıkmaları yasaklananlar hariç olmak üzere bu Kanunun 22 nci maddesi uyarınca pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlardan,

haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere, başvurmaları hâlinde kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre İçişleri Bakanlığınca pasaport verilebilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İctüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Recep KÖMÜRCÜ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahattin MENTEŞ'in katılımlarıyla 22/1/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör İsmail Emrah PERDECİOĞLU tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 1. Maddesiyle 5682 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin (A) Fıkrasına Eklenen Dördüncü Paragrafın "...haklarında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması kaydıyla..." Bölümünün İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

3. 5682 sayılı Kanun'un 14. maddesinin (A) fıkrasına göre baro levhasına yazılı olan ve en az on beş yıl kıdemi olan avukatlara hususi damgalı pasaport verilebilir. Kural uyarınca bu kapsamdaki avukatlara

hususı damgalı pasaport verılebılnesi ilgili avukat hakkında 26/0/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması durumunda mümkündür. Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde düzenlenen suçlardır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

4. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın masumiyet karinesine aykırı olarak soruşturma veya kovuşturmanın varlığına sonuç bağladığı, avukatlar için hususi damgalı pasaport hamili olunması bakımından birtakım şartlar öngörmek suretiyle seyahat hürriyetini sınırladığı, bu sınırlamanın meşru bir amaç taşımadığı, kuralda öngörülen şartların makul temellerinin bulunmadığı, bu durumun avukatlar arasında ayrımcılık yarattığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 13., 14., 23. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

5. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” denilmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan *suçsuzluk karinesi*, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Suçsuzluk karinesine göre bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında cezai müeyyidelerin uygulanabilmesi için adil bir yargılanma sonucunda kesin hükümle mahkûm olması gerekir. Suçsuzluk karinesi uyarınca kişi hakkında her türlü şüphe bertaraf edilmediği sürece mahkûmiyet kararı verilemez.

6. Bununla birlikte suçsuzluk karinesi, kişileri peşinen suçlu ilan etmeden bazı tedbirlerin uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu bağlamda suçsuzluk karinesinin tanımı ve gerekleri anayasal sınırların ötesine geçecek şekilde genişletilerek soruşturma ve kovuşturma gibi süreçlere bağlı hukuki sonuçları işlevsiz kılacak şekilde yorumlanamaz.

7. Dava konusu kural, haklarında belirli suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunan avukatlara soruşturma veya kovuşturma süresiyle sınırlı olarak hususi damgalı pasaport verilmemesini öngörmektedir. Kuralda hususi damgalı pasaport alabilmenin gereklerinden biri olarak gösterilen belirli suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunmaması şartının varlığı ilgili kişiye cezai anlamda bir yaptırımın uygulandığı anlamına gelmez.

8. Açıklanan nedenle kuralda öngörüldüğü üzere hakkında belirli suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunduğu gerekçesiyle ilgili kişiye hususi damgalı pasaport verilmemesinin kişinin suçlu olarak nitelendirilmesi ve hakkında cezai müeyyide uygulanması yönünde sonuç doğurmadığı açıktır.

9. Anayasa'nın 23. maddesinde *"Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir"* denilerek yerleşme ve seyahat hürriyeti güvence altına alınmaktadır. Anılan maddede bu hürriyetin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

10. Bununla birlikte anayasa koyucunun seyahat hürriyetinin bir boyutu olan yurtdışına çıkma hürriyeti için sınırlama rejimini özel olarak düzenlediği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın anılan maddesinin üçüncü fıkrasında *"Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir"* denilmek suretiyle vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sadece suç soruşturması veya kovuşturması sebebine bağlı olarak ve ancak hâkim kararıyla sınırlandırabileceği belirtilmiştir.

11. Ancak Anayasa'nın yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılması bakımından öngördüğü sınırlama sebebi ile teminatın gündeme gelebilmesi için öncelikle yurtdışına çıkma hürriyetine yönelik bir sınırlama bulunmalıdır. Bu bağlamda anayasal anlamda bir temel hak veya özgürlüğün sınırlandırıldığından bahsedilebilmesi için belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan imkânların daraltılması yönünde bir düzenlemenin ihdas edilmesi gerekir (AYM, E.2003/40, K.2007/96, 12/12/2007; AYM, E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015).

12. 5682 sayılı Kanun'a göre bir kişinin yurt dışına çıkabilmesi için kural olarak pasaport hamili olması gereklidir. Zira kişinin yurt dışına çıkma hürriyetini kullanması hem vatandaşı olduğu ülkeyi hem de

seyahat ettiği ülkeyi yükümlülük altına sokabildiğinden pasaportlar aracılığıyla kişilerin kimliklerinin hukuki olarak tespiti sağlanmaktadır.

13. Anılan Kanun'da yabancılar için düzenlenecek pasaportlar ayrı olmak üzere Türk vatandaşları için dört farklı türde pasaporta yer verilmiştir. Bunlardan umuma mahsus pasaportlar, Kanun'da yazılı şartları sağlamak kaydıyla hiçbir ayırım bulunmadan tüm vatandaşlar için düzenlenebilmektedir. Umuma mahsus pasaport hamili kişiler gitmek istedikleri ülkenin vize rejiminin gereklerini sağlayarak o ülkeye seyahat edebilmekte ayrıca taraf olunan anlaşmalar uyarınca Türk vatandaşlarına tanınan vize bağışıklığı neticesinde belirli ülkelere vize koşulu aranmadan da gidebilmektedir.

14. Hususi damgalı pasaportlar ise dava konusu kuralın da yer aldığı 5682 sayılı Kanun'un 14. maddesinde düzenlenen bir diğer pasaport türüdür. Anılan maddeye göre bu tür pasaportlar maddede sayılan diğer şartları sağlamak kaydıyla devlet memurlarına, bazı kamu görevlilerine, belediye başkanlarına, ihracatçı firma yetkililerine ve avukatlara verilebilmektedir.

15. Hususi damgalı pasaportlar için 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 85. maddesi uyarınca pasaport harcı ödenmemektedir. Ayrıca taraf olunan anlaşmalar uyarınca hususi damgalı pasaport hamilleri umuma mahsus pasaport hamillerine göre daha fazla sayıda ülke bakımından vize muafiyetinden yararlanmakta, dolayısıyla daha fazla sayıda ülkeye vizesiz seyahat edebilmektedir. Bu çerçevede hususi damgalı pasaport hamili kişiler umuma mahsus pasaport hamillerine kıyasla hem maddi hem manevi olarak daha az külfete katlanmaktadır.

16. Ancak kanun koyucunun hususi damgalı pasaportlardan yararlanabilecek kişilere ilişkin düzenleme yaparken birtakım şartları öngörmesi yalnızca bu tür pasaportların elde edilmesine yönelik bir sınırlamadır. Zira 5682 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca kural olarak her Türk vatandaşının umuma mahsus pasaport hamili sıfatıyla yurt dışına çıkabilmesi mümkündür.

17. Buna göre hususi damgalı pasaport hamili olarak yurt dışına çıkabilmenin sağladığı imkânlarla ulaşabilmede birtakım şartların öngörülmesi şeklinde özetlenebilecek dava konusu kuralın Anayasa'nın

23. maddesinde güvence altına alınan yurt dışına çıkma hürriyetini sınırlandıran bir yönü bulunmamaktadır.

18. Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

19. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

20. Avukatlara hususi damgalı pasaport verilme bakımından haklarında belirli suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunan avukatlar aleyhine bir istisna öngörülmesi durumuna ilişkin olarak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelenin öngörülen objektif amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir.

21. Bu bağlamda haklarında belirli suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunan ve bulunmayan avukatların karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları söylenebileceğinden kuralla bunlar arasında bir farklılık yaratıldığı söylenebilir.

22. Kural uyarınca hususi damgalı pasaport verilmesine engel soruşturma veya kovuşturmaların 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar olduğu, bu kapsama ise devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, casusluk ve terör suçlarının girdiği görülmektedir. Bu çerçevede anılan suçların ağırlığı ve niteliği gözetildiğinde haklarında bu suçlardan soruşturma veya kovuşturma yürütülen avukatlar bakımından hususi damgalı pasaport alınabilmesine ilişkin koşullarda farklılık yaratılmasının nesnel ve makul bir nedene dayanmadığı söylenemez.

23. Dava konusu kural bir tedbir niteliğinde olup haklarında söz konusu suçlardan soruşturma veya kovuşturma bulunan avukatlara hususi damgalı pasaport verilmesini geçici olarak engellemektedir. Bu çerçevede kural kapsamında yer alan avukatların hususi damgalı pasaport alamamalarının sürekli nitelikte olmayıp haklarındaki anılan suçlardan yürütülen soruşturma veya kovuşturmaların devamı süresiyle sınırlı olduğu gözetildiğinde hususi damgalı pasaport edinme imkânının kazanılmasına ilişkin koşullarda anılan farklılığın öngörülmesiyle güdülen amaç ile kuralla öngörülen araç arasında uygun bir dengenin kurulduğu, bu bağlamda kuralla getirilen söz konusu farklılığın öngörülme amacına göre kural kapsamındaki avukatlara aşırı bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralda eşitlik ilkesine aykırı bir yönün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

24. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 23. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 14. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 2. Maddesiyle 5682 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 7. Maddenin Bentlerini Bağlayan;

- Hükmün "...haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma

bulunmayanlara, kovuşturmaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,...” Bölümünün,

– **Hükmünde Yer Alan “...kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre...” İbaresinin,**

– **Hükmünde Yer Alan “...verilebilir.” ibaresindeki “...lebi...” hecesinin,**

İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

25. Dava konusu kurallar; çeşitli sebeplerle pasaportları iptal edilenler ve haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlara, yine kurallarda belirtilen kıstasları sağlamaları ve başvuruda bulunmaları hâlinde kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre İçişleri Bakanlığınca pasaport verilebileceğini öngörmektedir.

26. 5682 sayılı Kanun’un dava konusu kuralların da yer aldığı ek 7. maddesinde (A), (B) ve (C) bentlerine ilişkin ortak bir hüküm olarak “*Millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle;*” denildikten sonra kuralların kapsamına giren kişiler üç grup hâlinde gösterilmiştir.

27. Maddenin (A) bendi uyarınca 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında kabul edilen kanunlar uyarınca kamu görevinden çıkarılmaları veya rütbelerinin alınması nedeniyle pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlar kuralların kapsamına girmektedir.

28. (B) bendine göre de 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 5. maddesi uyarınca pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlar kuralların kapsamına alınmaktadır. Anılan Kanun’un 5. maddesinde millî

güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle haklarında idari işlem tesis edilenler ile aynı gerekçeyle haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yürütülenlerin pasaportlarının iptal edilebileceği hükme bağlanmıştır.

29. (B) bendinde belirtilen bir diğer grup da 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 35. maddesi uyarınca pasaportları iptal edilenler ve haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlardır.

30. Son olarak (C) bendinde ise mahkemelerce yurt dışına çıkmaları yasaklananlar hariç olmak üzere 5682 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlara yer verilmiştir. Anılan maddede yurt dışına çıkmaları; mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmalarda genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere ve terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlenen yurtdışındaki her türlü eğitim, öğretim ve sağlık kuruluşları ile vakıf, dernek veya şirketlerin kurucu ve yöneticisi olduğu veya bu yerlerde çalıştığı İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere pasaport veya seyahat vesikasının verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

31. Söz konusu (A), (B) ve (C) bentlerinde belirtilen bu kişiler millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyelikleri veya iltisakları ya da bunlarla irtibatları nedeniyle pasaportlarının iptal edilmiş olması ya da haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olmaları hâlinde dava konusu kuralların kapsamında olacaklardır.

32. İçişleri Bakanlığınca bu kapsamda yer alan kişilere pasaport verilebilmesi ise dava konusu kurallar uyarınca haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturmanın bulunmaması, kovuşturmaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilmiş olması, mahkûmiyet kararı bulunanların ise cezalarının tümüyle infaz edilmiş veya ertelenmiş olması ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olmasının yanı sıra kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna bağlanmıştır.

Tüm bu koşulların gerçekleşmesi durumunda dahi pasaport verilmesi konusunda İçişleri Bakanlığına takdir yetkisi tanınmıştır.

33. Bu itibarla kurallar, (A), (B) ve (C) bentlerinde belirtilen kişilerin tamamına değil bu kişilerin arasından yalnızca dava konusu kuralların öngördüğü şartları sağlayanlara pasaport verilebilmesine imkân tanımaktadır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

34. Dava dilekçesinde özetle; kuralların Anayasa'nın açıkça hâkim kararı öngördüğü bir alanda idareye yetki tanıdığı, masumiyet karinesine aykırı olduğu, vatandaşlar arasında temeli olmayan bir ayrımcılık yarattığı, belirlilik taşımadığı, maddi anlamda kanun niteliğinde olmadığı, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirmelerine engel teşkil ettiği, kişilerin yurt dışında çalışma imkânlarını ortadan kaldırdığı, özel yaşamlarına ölçsüz bir müdahale oluşturduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 9., 10., 13., 14., 17., 20., 23., 38., 48., 49. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

35. Anayasa'nın 23. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise seyahat hürriyetinin özel görünümü olan yurt dışına çıkma hürriyeti güvence altına alınmıştır.

36. Dava konusu kurarlarda genel olarak millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle pasaportları iptal edilenler ve haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilmiş olanlara, kurarlarda belirtilen şartları sağlamaları kaydıyla kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre İçişleri Bakanlığınca pasaport verilebileceği düzenlenmiştir.

37. Hukukumuzda yurt dışına çıkışa ilişkin düzenlemeleri içeren temel mevzuat olan 5682 sayılı Kanun uyarınca Türk vatandaşlarının yurt dışına çıkabilmeleri için kural olarak muteber bir pasaport hamili olmaları gerekmektedir. Bu bakımdan iptali istenen kurallar uyarınca talep ettiği takdirde kişiye pasaport verilmemesi halinde bu kişinin hukuka uygun biçimde yurt dışına çıkabilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu durum ise Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasında seyahat hürriyetinin bir boyutu olarak düzenlenen yurt dışına çıkma hürriyetine getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir. Dava konusu kurallar uyarınca bu türden bir sınırlama aynı zamanda daha önce pasaportları iptal edilmiş ya da haklarında pasaport verilmemesine yönelik işlem tesis edilmiş ancak kurallarda öngörülen şartları taşımayan kişiler bakımından da bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

38. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmektedir. Buna göre seyahat hürriyetinin bir boyutu olan ve özel olarak güvence altına alınan yurt dışına çıkma hürriyetine getirilen sınırlamaların Anayasa'nın 23. maddesinde belirtilen sınırlama sebeplerine ve güvencelere aykırı olmaması gerekir.

39. Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasında *“Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.”* denilmek suretiyle vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sadece suç soruşturması veya kovuşturması sebebine bağlı olarak ve ancak hâkim kararıyla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır.

40. Yurt dışına çıkma hürriyetinin düzenlendiği anılan fıkra 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile son hâlini almış ve fıkra da yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturmasından dolayı sadece hâkim kararı ile sınırlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu Anayasa değişikliğinin fıkraya ilişkin gerekçesinde de *“Maddede yapılan değişiklikte, idare tarafından, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılmasına son verilmekte; yurt dışına çıkma hürriyetinin, sadece suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle ve hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilmesi ilkesi benimsenmektedir.”* ifadelerine yer verilmiştir.

41. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E. 2016/205, K. 2019/63 sayılı kararında da belirli şartlarda kişilerin haklarında bir suç nedeniyle yapılan soruşturma ya da kovuşturma olmaksızın ve hâkim kararı aranmaksızın pasaportlarının İçişleri Bakanlığınca iptaline karar

verilebilmesine imkân sağlayan kuralın Anayasa'nın 23. maddesine aykırı olduğuna hükmedilmiştir (bkz. §§ 69-77).

42. Dava konusu kurallarda İçişleri Bakanlığı tarafından kapsamda yer alan kişilere pasaport verilebilmesi bu kişilerin haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturmanın bulunmaması, kovuşturmaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilmiş olması, mahkûmiyet kararı bulunanların ise cezalarının tümüyle infaz edilmiş veya ertelenmiş olması ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olmasının yanı sıra kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna bağlanmıştır. Kurallara göre tüm bu şartların gerçekleşmesi durumunda dahi pasaport verilmesi konusunda İçişleri Bakanlığının takdir yetkisi bulunmaktadır.

43. Anayasa'nın 23. maddesi uyarınca yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği ve hâkim kararı güvencesine bağlandığı gözetildiğinde dava konusu kurallarda Anayasa'nın anılan maddesinde yer almayan sınırlama sebepleriyle de söz konusu hürriyetin sınırlandığı ve kuralların yurt dışına çıkış yapılabilmesini idarenin yetkisine bırakarak Anayasa'da belirtilen sınırlama sebeplerine bağlanan hâkim kararı güvencesini ihlal ettiği görülmektedir. Bu itibarla kuralların yurt dışına çıkma hürriyetini Anayasa'ya aykırı olarak sınırladığı sonucuna ulaşılmıştır.

44. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI dava konusu "...lebi..." hecesi dışındaki kurallar yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Kurallar, Anayasa'nın 13. ve 23. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 9., 10., 14., 17., 20., 38., 48., 49. ve 138. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

45. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

46. 7188 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'a eklenen ek 7. maddenin bentlerini bağlayan hükmün "...haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,..." bölümü ile anılan hükümde yer alan "...kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre..." ibaresinin ve "...verilebilir." ibaresindeki "...lebi..." hecesinin iptalleri nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan maddenin kalan kısmının 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

47. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

48. 7188 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'a eklenen ek 7. maddenin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu kurallara ilişkin iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

49. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 2. maddesiyle 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'na eklenen ek 7. maddenin;

1. Bentlerini bağlayan hükmün "...haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmayla yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,..." bölümüne,

2. Bentlerini bağlayan hükmünde yer alan "...kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre..." ibaresine,

3. Bentlerini bağlayan hükmünde yer alan "...verilebilir." ibaresindeki "...lebi..." hecesine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu bölüme, ibareye ve heceye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

B. 1. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'un 14. maddesinin (A) fıkrasına eklenen dördüncü paragrafın "...haklarında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması kaydıyla..." bölümüne yönelik iptal talebi 3/6/2021 tarihli ve E.2019/114, K.2021/36 sayılı kararla reddedildiğinden bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE,

3/6/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII. HÜKÜM

17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesinin (A) fıkrasına eklenen dördüncü paragrafın "...haklarında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü

Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma bulunmaması kaydıyla..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 2. maddesiyle 5682 sayılı Kanun'a eklenen ek 7. maddenin;

1. Bentlerini bağlayan hükmün "...haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Bentlerini bağlayan hükmünde yer alan "...kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. Bentlerini bağlayan hükmünde yer alan "...verilebilir." ibaresindeki "...lebi..." hecesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

4. Kalan kısmının 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın

153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

3/6/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞI OY

7188 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 5682 sayılı Pasaport Kanunu'na Eklenen 7. maddesinin son paragrafındaki düzenlemenin bazı hükümlerinin iptali istenmiştir.

Söz konusu düzenleme ile iptal istemine konu edilen maddenin A, B ve C bentlerinde sayılan ve özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra çeşitli tasarruf ve düzenlemelerle haklarında pasaport verilmemesine dair işlem tesis edilmiş kişilere pasaport verilmesine ilişkin şartlar belirlenmiştir.

Pasaport verilme işlemi, Anayasa'nın 23. maddesi kapsamında bir hürriyet olarak düzenlenen vatandaşların yurt dışına çıkma haklarını kullanmalarını sağlayan en önemli belgelerden biri olup, söz konusu hak ile organik bir bağlantı içerisindedir.

07/05/2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişikliğe uğrayan ve vatandaşların yurt dışına çıkma hürriyetlerini düzenleyen Anayasa'nın 23/3. maddesinde bu özgürlüğün ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın bu açık hükmü karşısında hâkim kararı olmaksızın bir vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin kısıtlanması mümkün değildir.

İptal istemine konu edilen kanuni düzenlemede ise olağan üstü dönemde haklarında pasaport kısıtlaması verilen kişilere yeniden bu belgenin verilmesine ilişkin düzenleme yapılırken ilgili maddenin C bendinde "haklarında mahkeme kararı ile yurt dışına çıkma kısıtlaması getirilen kişiler" kapsam dışında tutulmuşlardır.

İptal istemine konu edilen maddenin ifade tarzı itibariyle kimlere pasaport verilebileceği dile getirilirken kendilerine pasaport verilmeyecekler dair bir hüküm konulmamıştır.

Özellikle iptal incelemesine konu edilen son paragrafta yer almayan kişilerin, hükmün mefhumu muhalifinden kendilerine pasaport verilemeyecek kişiler olduğu sonucuna ulaşılması mümkün gözükmeyle birlikte Anayasa'nın 23/3. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında bu yöndeki bir yorumun hukuka aykırı olacağı açıktır. Zira pasaport verilmemesine ilişkin bir işlem ancak suç soruşturması veya

kovuşturması nedeniyle verilmiş olan bir hakim kararına dayanmak zorundadır.

Bu bağlamda, iptal istemine konu madde muhtevasında haklarında adli veya idari bir soruşturma bulunmayan kişiler kendilerine pasaport verilebilecekler arasında sayılırlarken, haklarındaki adli veya idari bir soruşturma derdest bulunan kişilere dair bir düzenleme bulunmaması yukarda izah edilen Anayasa'nın açık düzenlemesi karşısında aleyhlerine hakim tarafından verilmiş bir kısıtlama kararı olmadığı sürece bu kişilere pasaport verilmeyeceği şeklinde yorumlanamaz.

İçişleri Bakanlığı'nın pasaport vermeden önce talep sahipleri hakkında kolluk marifetiyle bir inceleme yaptırmasında da Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Kolluk marifetiyle yaptırılacak olan araştırmanın kişi hakkında mahkemelerce verilmiş bir kısıtlama kararı bulunup bulunmadığı veya bu yönde bir işlem tesisine gerek olup olmadığı noktasında cereyan etmesi gerektiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu araştırma, yapılan işlemin bütünlüğü içerisinde normal ve mutad bir uygulama olup Anayasa'ya aykırı bir yönünden de söz etmek mümkün değildir.

Düzenlemede Anayasa'ya aykırı tek yön; haklarında hakim tarafından verilmiş bir kısıtlama kararı bulunmayan, haklarındaki soruşturma veya kovuşturmalar lehlerine sonuçlanan veya aleyhlerine verilen mahkûmiyet kararları tümüyle infaz edilen yada ertelenen kişilerin durumları tespit edildikten sonra dahi idareye pasaport verme noktasında inisiyatif tanıyan "Verilebilir" kelimesinin ihtiva ettiği belirsizliktir.

Söz konusu kelimeye yönelik talebin kabulü ile birlikte kişilere pasaport verilmesine imkân tanıyan ve doğrudan bir kısıtlama içermeyen hükmün diğer kısımları Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır. Aksi bir düşünce ile "kolluk tarafından yapılacak araştırmanın" iptal edilmesi idarenin işleyişini ciddi manada olumsuz yönde etkileme potansiyeli taşımaktadır.

Bu mülahazalarla çoğunluğun kanuni düzenlemenin; **"haklarında aynı nedenlerden dolayı; devam etmekte olan herhangi bir idari veya adli soruşturma veya kovuşturma bulunmayanlara, kovuşturmayaya yer olmadığına, beraatine, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın**

reddine veya düşmesine karar verilenlere, mahkûmiyet kararı bulunanlardan cezası tümüyle infaz edilenlere veya ertelenenlere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilenlere,” ve “kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre ” ibarelerine yönelik iptal görüşüne iştirak edilmemiştir.

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2018/81
Karar Sayısı : 2021/45
Karar Tarihi : 24/6/2021
R.G. Tarih – Sayı : 26/1/2022 - 31731

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Özgür ÖZEL, Engin ÖZKOÇ ile birlikte 113 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6/2/2018 tarihli ve 7086 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un (Kanun);

- A. 1. maddesinin ve ekli (1) sayılı listenin,
- B. 3. maddesinin ve ekli (4) sayılı listenin,
- C. 4. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49.,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali talep edilen;

1. 1. maddesi şöyledir:

"Kamu Personeline ilişkin tedbirler

MADDE 1- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu

görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

(2) Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkûmiyet kararı aranmaksızın, rütbe ve/veya memuriyetleri alınır ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; bunların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar. Bu kişiler hakkında bakanlıkları ve kurumlarınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulur. Bu bildirim üzerine pasaport birimlerince pasaportlar iptal edilir.

(3) Birinci fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanlar, varsa uhdelelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar.”

2. 3. maddesi şöyledir:

“Emekli Emniyet Teşkilatı personeline ilişkin tedbirler

MADDE 3- (1) 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanununun 55 inci maddesinin ondokuzuncu ve yirminci fıkraları ile geçici 27 nci maddesi uyarınca resen emekliye sevk edilenler, kendi isteğiyle emekli olanlar veya Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü hükümlerine göre meslekten veya Devlet memurluğundan çıkarılanlar ile müstafi sayılanlardan milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan ve ekli (4) sayılı listede yer alanların rütbeleri alınır. Bu kişiler görev yaptıkları teşkilata ve kamu görevlerine yeniden kabul edilmezler, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemezler; ayrıca bunlar uhdelelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar. Bu kişilerin uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul,

komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bunların silah ruhsatları, emekli polis kimlikleri, gemi adamlığına ilişkin belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerinde pasaportları iptal edilir. Bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamazlar."

3. 4. maddesi şöyledir:

"Muvazaalı devir işlemleri

MADDE 4- (1) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133 üncü maddesi uyarınca kayyım atanan şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemleri muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılır ve ticaret sicilinden resen terkin edilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri Necipoğlu, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 17/5/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Yakup MACİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Yönetim Usulünün Anayasal Çerçevesi

3. Olağanüstü yönetim usulleri; iç karışıklık, ayaklanma, savaş tehlikesinin baş göstermesi, savaş hâli, doğal afet, ağır ekonomik bunalım ve benzeri nedenlerle devletin ve toplumun güvenliğini

büyük ölçüde sarsan durumlarla karşılaşıldığında başvurulacak yönetim şekilleridir. Belirtilen durumların devletin ve toplumun varlığı ile güvenliği bakımından büyük bir tehlike oluşturduğu kuşkusuzdur. Olağan dönemdeki yönetim rejiminin ve hukuk kurallarının bu tehlikelerin giderilmesinde yetersiz kalabilmesi nedeniyle çağdaş hukuk sistemlerinde olağanüstü hâllerde özel yönetim usullerinin uygulanmasına da imkân tanınmaktadır. Başka bir ifadeyle olağanüstü yönetim usulleri bir zarureten kaynaklanmakta olup demokratik anayasal düzenin korunması ve sürdürülebilmesi için bu yönetim usullerine başvurulması zorunluluğu ortaya çıkabilmektedir. Bu bağlamda olağanüstü şartları doğuran tehlikelerin bertaraf edilebilmesi için ivedi önlem ve karar alabilme ihtiyacı duyan yürütmenin yetkilerinin artırılması gerekebilmektedir.

4. Bununla birlikte demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri, hukuku dışlayan keyfî yönetim anlamına gelmez. Anayasa'dan kaynağını alan olağanüstü yönetim usulleri bu kurallara göre yürürlüğe konularak yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdürmektedir. Olağanüstü yönetimlerin amacı, anayasal düzeni korumak ve savunmaktır. Bu nedenle olağanüstü hâl, yürütme organına önemli yetkiler vermesine, hak ve özgürlükleri de önemli ölçüde sınırlandırmasına karşın hukuki bir rejimdir.

5. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde olağanüstü hâl sebepleri Anayasa'nın 119. ve 120. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre 119. maddede *"tabîî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım halleri"*; 120. maddede de *"Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması halleri"* olağanüstü hâl ilan edilme sebepleri olarak öngörülmüştür. Anılan maddeler kapsamında olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilebilirken 120. madde kapsamında olağanüstü hâlin ilan edilebilmesi için Millî Güvenlik Kurulunun (MGK) görüşünün alınması gerekmektedir.

6. Anayasa'nın mülga 121. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname"*

çıkabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İctüzükte belirlenir.” denilmektedir. Anılan hüküm uyarınca olağanüstü hâllerde Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisine sahiptir.

7. Anayasa’nın mülga 91. maddesinin birinci fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere Anayasa’nın İkinci Kısmı’nın Birinci ve İkinci Bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile Dördüncü Bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin KHK’larla düzenlenemeyeceği belirtilmekte iken sıkıyönetim ve olağanüstü hâllerde söz konusu hak ve ödevler yönünden de KHK ile düzenleme yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

8. Anayasa’nın mülga 121. ve 122. maddelerinin üçüncü fıkralarında da olağanüstü hâl ve sıkıyönetim hâlinin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’ların Resmî Gazete’de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) onayına sunulacağı, bunların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usulün İctüzük’te belirleneceği öngörülmüştür. TBMM İctüzüğü’nün 128. maddesinin 9/10/2018 tarihli ve 1200 sayılı kararla değiştirilmeden önceki “*Anayasanın 121 ve 122 nci maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İctüzüğün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır./ Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmünde kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.*” hükmüne göre olağanüstü dönem KHK’larının da olağan dönem KHK’ları gibi TBMM Komisyonlarında ve Genel Kurulunda öncelikle ve ivedilikle görüşüleceği düzenlenmekle birlikte olağan dönem KHK’larından farklı olarak *öncelikle ve ivedilikle* görüşülme hususu, birtakım sürelerle bağlanarak somutlaştırılmıştır.

B. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

9. Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde “...*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil*

ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz” hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK’ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında, olağanüstü hâl KHK’larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa’nın 148. maddesinin lafzının anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri de gözönüne alındığında olağanüstü hâl KHK’larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulmasını mümkün kılmadığını belirtmiştir.

10. Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK’larının TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına konu 7086 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 2/1/2017 tarihli ve 686 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında KHK’nın TBMM tarafından onaylanması sonucu yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte kuralların olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

11. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa’nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

12. Anayasa’nın 13. maddesine göre *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

13. Anayasa’nın 15. maddesine göre ise *“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir./ Birinci fıkrada belirlenen*

durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

14. Savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hatta kullanılmasının durdurulmasının özel olarak düzenlendiği Anayasa’nın 15. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa’nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak anılan maddede yürütmeye tanınan bu yetki sınırsız değildir. Anayasa’nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmıştır; suç ve cezaların geriye yürütülmesi ilkesi ile masumiyet karinesine aykırı işlem yapılamayacağı kabul edilmiştir.

15. Olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin karşı karşıya kaldığı ağır tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi amacıyla yönelik olarak olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde, temel hak ve özgürlükleri olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandıran tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa’nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularla ilgisinin bulunması gerekir.

16. Olağanüstü hâl KHK’larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu dönemde yapılan düzenlemelerde, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularla ilgisi olmayan kurallara yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

17. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa’nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi

olabilmesi için olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi amacına yönelik olması ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanması gerekir. Dolayısıyla ancak bu iki özelliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.

18. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulandığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme, sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

19. Anayasa'nın 15. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde üç ayrı ölçüt öngörülmüştür. Bu ölçütlerden ilki anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve çekirdek alan olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlüklere dokunma yasağıdır. Buna göre olağanüstü dönemde dahi savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

20. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt, kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin başında devletin taraf olduğu insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

21. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'nin 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin

yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

22. Bununla birlikte MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ayrıca bu dönemde herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken* gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da bunları sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekecektir.

23. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük *olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum* karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlüklerin daha fazla sınırlandırılmasına izin vermektedir.

24. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvuru alan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amaç arasında makul bir oran bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumunun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama, durumunun gerektirdiği oranı aşarak keyfî niteliğe dönüşmemelidir.

25. Ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüklerin niteliği ve tedbirin alındığı zamanın da gözönünde bulundurulması gerekir.

26. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasının yanında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki *durdurma* kavramı o hakkın tamamen kullanılamaz hâle getirilmesi değil kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduracak nitelikteki tedbirlerin de ölçülülük ilkesinin yukarıda açıklanan esaslarına uygun olması gerekir.

27. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde

olmasını gerektirmeyebilir. Bu şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" hükmünün de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar olan *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında da aynı inceleme yöntemi benimsenmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-195).

28. Buna göre yapılan incelemede kuralın Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığının tespit edilmesi durumunda ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Zira Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle kuralın Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü güvencelere aykırılık taşıdığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kuralın temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez sınırlamanın *savaş, seferberlik* veya *olağanüstü hâl* dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır.

29. Bununla birlikte Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sebep ve koşullar ilgili maddede özel olarak somutlaştırılmıştır. Bu nedenle anılan nitelikteki temel hak ve özgürlüklere temas eden olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınıp alınmadığının tespiti bakımından ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler yönünden bir inceleme yapılması gerekli değildir. Bu gibi düzenlemelerin anayasallık denetiminde doğrudan Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygunluğunun tespit edilmesi gerekir (AYM, E.2018/92, K.2019/67, 25/7/2019, § 29).

C. Olağanüstü Hâl İlanına Neden Olan 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Teşebbüsü ve Sonrası

30. Türkiye'nin 15 Temmuz 2016 tarihinde karşı karşıya kaldığı askerî darbe teşebbüsü nedeniyle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hâl 19/7/2018 tarihine kadar devam etmiştir.

31. Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa'nın o dönemde yürürlükte bulunan 121. maddesine göre olağanüstü hâl KHK'ları çıkarmıştır.

32. Darbe teşebbüsü süreci ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından darbe girişimiyle bağlantılı ya da darbe girişimini gerçekleştiren Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) ile ilişkisi olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır.

33. Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve FETÖ/PDY olarak isimlendirilen yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğu ve anılan darbe teşebbüsünün faili olduğu yargı kararlarıyla tespit edilmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2017/956, K.2017/370, 26/9/2017; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2015/3, K.2017/3, 24/4/2017; E. 2017/1443, K. 2017/4758, 14/7/2017; E.2018/7103, K.2019/1953, 22/3/2019). (FETÖ/PDY'nin genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26).

Ç. Olağanüstü Hâl İlanına Neden Olan Olay ve Olguların Anayasal Yönden Değerlendirilmesi

34. Anayasa'nın Başlangıç kısmında milletin iradesinin mutlak üstünlüğüne vurgu yapılarak egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu, egemenliği millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun Anayasa'da gösterilen *hürriyetçi demokrasi* ve *bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin* dışına çıkamayacağı ilke olarak belirtilmiştir.

35. Anayasa'nın 2. maddesinde *başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanma ve insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olma* Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

36. Anayasa'nın Başlangıç kısmında ilkesel düzeyde ifade edilen egemenlikle ilgili hususlara 6. maddesinde hüküm olarak yer verilmiştir. Anılan maddeye göre egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. Türk milleti, egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.

37. Anayasa'nın Başlangıç kısmında yer verilen ilkeler, 2. maddesinde sayılan Cumhuriyet'in nitelikleri, 6. maddesinde düzenlenen egemenliğin kaynağı ve kullanılma şekli ile Anayasa'nın sistematigi birlikte dikkate alındığında egemenlik, egemenliğin kullanılış şekli, millet iradesi, demokrasi, hukuk devleti ve insan hakları arasında ayrılmaz bağlar bulunmaktadır. Buna göre tüm medeni toplumlarda olduğu gibi egemenliğin kaynağı olan millet, iradesini -doğrudan veya dolaylı olarak- yetkilendirilen organlar vasıtasıyla kullanacak; demokratik bir düzende ortaya çıkacak olan bu iradenin yetkili organlar eliyle kullanımı ise hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere demokrasinin ilkelerine uygun ve insan haklarına saygı gösterilerek gerçekleştirilecektir.

38. Darbe teşebbüsü, anayasal ilkeler çerçevesinde oluşturulan yetkili organlar dışında bir grup ya da oluşum tarafından demokratik anayasal düzenin zorla ortadan kaldırılarak millet iradesinin gasbedilmeye kalkışılmasıdır. Darbenin gerçekleşmesi hâlinde demokratik anayasal düzen ve millet iradesinin üstünlüğü sona ermekte, demokratik düzende millete ait olan egemenlik bir grup zorbanın eline geçmektedir. Bu durumda demokrasiden ve hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Doğal olarak böyle bir düzende bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak bir mekanizma da olmayacaktır. Bu yönüyle demokratik bir toplumun karşılaşabileceği en ağır tehdidin darbe teşebbüsü olduğu söylenebilir.

39. Ülkemiz, çok partili siyasi hayata geçildiği günden beri darbe ya da darbe teşebbüslerine maruz kalmıştır. Bu nedenle milletimiz, darbe ya da darbeye teşebbüs etmek suretiyle millet iradesine kastedenlerin demokratik anayasal düzene ve insan haklarına karşı nasıl büyük bir tehdit oluşturduğunun tanığıdır.

40. 15 Temmuz 2016 gecesı Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içinde örgütlenmiş bir grup, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmiş; bu girişim demokratik toplumun meşru tüm unsurlarının kararlı direnci sayesinde engellenmiştir. Başta egemenliği gasbedilmeye çalışılan milletimiz olmak üzere millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar (Cumhurbaşkanı, TBMM, Bakanlar Kurulu ve yargı kurumları), demokratik toplumun vazgeçilmez unsuru olan siyasi partiler, sivil toplum örgütleri, basın yayın organları ve meşru demokratik otoritenin emir ve talimatlarıyla hareket eden güvenlik güçleri bu egemenlik ve demokrasi direnişini hep birlikte gerçekleştirmiştir.

41. Darbe teşebbüsü, millet iradesini gasbetmek isteyenlerin demokratik anayasal düzen ve insan haklarına karşı büyük bir tehlike olduğunu ortaya koymuştur. Söz konusu süreçte egemenliğin kayıtsız şartsız kaynağı olan millete, onun yetkili organlarına, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan basın yayın kuruluşları ile meşru demokratik otoritenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden güvenlik güçlerine ağır saldırılarda bulunulmuştur. Bu kapsamda egemenliğine ve iradesine sahip çıkmak adına sokaklarda darbeye karşı gösteri yaparak temel haklarını kullanan silahsız bireyler -silah ve bombalarla- katledilmiş veya yaralanmış, bu suretle başta yaşam hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükleri yaygın bir şekilde ihlal edilmiştir.

42. Demokratik toplum düzeninde millet iradesinin tecelli ettiği temel kurumlardan birisi olan TBMM savaş uçaklarıyla bombalanmış, devletin başı olan Cumhurbaşkanı'na suikast girişiminde bulunulmuş, Başbakan silah kullanılarak taciz edilmiş, Türkiye Radyo Televizyon Kurumuna baskın yapılarak özgür yayın akışı engellenmiş ve silah zoruyla darbe bildirisi okutulmuş, ülke genelinde yayın yapan bazı özel televizyon kanallarına baskın yapılarak yayınları durdurulmak istenmiş, meşru otoritenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden çok sayıda polis ve askerî personel şehit edilmiş veya yaralanmıştır.

43. 15 Temmuz 2016 gecesi meydana gelen darbe teşebbüsünün demokratik anayasal düzene karşı oluşturduğu tehdidin büyüklüğünü değerlendirmek bakımından darbenin gerçekleşmesi ihtimalinde ülkenin karşılaşılabileceği risklerin de dikkate alınması gerekir. Egemenliğin sahibi olan millet ve demokratik anayasal düzenin tüm unsurlarınca darbe teşebbüsü kararlı bir direnişle kısa sürede engellememiş olsaydı millet ve onun yetkili organları, bir grup zorbanın mutlak egemenliğini kabul ederek onun hiçbir demokratik denetime tabi olmayan iradesine boyun eğecek ya da direnmeye devam edecekti. Birinci ihtimal bir milletin demokratik açıdan ölümü anlamına gelecektir. İkinci ihtimal olan çatışmaların uzaması ve yaygınlaşması hâlinde ise devlet otoritesinin hatta devletin tamamen ortadan kalkması riski ortaya çıkacaktır. Son zamanlarda yakın çevremizdeki ülkelerin durumuna da tanık olunduğu gibi devlet otoritesinin ortadan kalkması hâlinde demokratik bir düzende yaşamak bir yana en temel insan haklarının sürekli saldırı altında olduğu bir düzensizlik ve kargaşa ortamının hâkim olacağı açıktır. Darbe

teşebbüsünün ülkemizin birçok terör örgütünün açık hedefi olduğu günlerde gerçekleştirilmesi bu riskin ağırlığını daha da artırmıştır.

44. Bütün bu değerlendirmeler birlikte ele alındığında darbe teşebbüsü, sadece demokratik anayasal düzen açısından değil bununla sıkı bağı olan *millî güvenlik* yönünden de mevcut ve ağır bir tehdit oluşturmaktadır. Millî güvenlik, Anayasa'da ve insan haklarının korunmasına ilişkin birçok uluslararası belgede, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sebepleri arasında sayılmıştır. Özgürlük-güvenlik dengesinin sağlanması modern demokrasilerin en önemli amaçlarından biri hâline gelmiştir. Güvenliğin olmadığı yerde demokratik düzeni sürdürmek ve özgürlükleri hayata geçirebilmek mümkün değildir.

45. Türk demokrasi tarihine kara bir leke olarak geçen 15 Temmuz darbe teşebbüsünün demokratik anayasal düzene, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ve millî güvenliğe yönelik en ağır saldırılardan biri olduğu sonucuna varmak gerekir.

D. Kanun'un 1. Maddesi ile Ekli (1) Sayılı Listenin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

46. Kanun'un dava konusu 1. maddesinde, terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan kamu personeli hakkında uygulanacak tedbirler düzenlenmiştir.

47. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacağı, bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmayacağı, haklarında özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edileceği öngörülmüştür.

48. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, (1) numaralı fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin mahkûmiyet kararı aranmaksızın rütbe ve/veya memuriyetlerinin alınacağı, bu kişilerin görev

yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmeyecekleri, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmeyecekleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilmeyecekleri, bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerinin de sona ermiş sayılacağı, bunların silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisanslarının iptal edileceği, bu kişilerin oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilecekleri, özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacakları, bu kişiler hakkında bakanlıkları ve kurumlarınca ilgili pasaport birimine derhâl bildirimde bulunulacağı ve bu bildirim üzerine pasaport birimlerinde pasaportlarının iptal edileceği belirtilmiştir.

49. Maddenin (3) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkra kapsamında kamu görevinden çıkarılanların varsa uhdelerinde taşınmış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacakları, bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları hüküm altına alınmıştır.

50. Bu kapsamda Kanun'a ekli dava konusu (1) sayılı listeyle, emniyet teşkilatında çalışan 417, jandarma teşkilatında çalışan 893, Millî Eğitim Bakanlığı bünyesinde çalışan 2.585, Yüksek Öğretim Kurumu'na bağlı olarak çalışan 330, çeşitli kamu kurumlarında çalışan 239 kişinin görevine *başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın* son verilmiştir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

51. Dava dilekçesinde özetle;

- Kamu görevinden çıkarma tedbirinin süre yönünden herhangi bir belirleme içermediği, etkilerinin olağanüstü hâlden sonra da devam ettiği, kapsamının geniş tutulduğu, tedbire muhatap kişiler hakkında objektif, tarafsız ve şeffaf bir soruşturma süreci yürütülmediği, savunma hakkı tanınmadan kişilerin görevlerine son verildiği,

- Tedbirlerin uygulanmasına dayanak gösterilen aidiyet, iltisak ve irtibat kavramlarının belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu, bu kavramların hukukumuzda ilk defa girdiği 22/7/2016 tarihinden önceki fiillere uygulanmasının yanında terör örgütü ya da MGK'ca millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı oluşum ve grupların

tespiti açısından da kuralların geçmişe yürütüldüğü, ayrıca siyasi ve idari bir organ olan MGK'nın kararına dayalı olarak tedbir uygulanmasının hukukilik sorunu doğuracağı, kurallar kamu düzenine karşı oluşan tehdidi ortadan kaldırma amacı bakımından zorunlu ve ölçülü olmadığı gibi olağanüstü hâlin gerekleriyle de uyumlu olmadığı, kurallarda öngörülen hususların Anayasa'nın mülga 121. maddesinin 2. fıkrası uyarınca münhasıran 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenebileceği, olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilecek olağanüstü hâl KHK'sı niteliği taşımayan düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 1991 ve 2003 tarihli içtihatlarında belirtildiği gibi Anayasa'nın mülga 91. maddesi kapsamında yetki kanununa dayanılarak çıkarılan bir KHK olarak da değerlendirilemeyeceği,

- Kişiler hakkında herhangi bir idari ya da adli soruşturma yürütülmeden ve kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmadan terör örgütleri ile ilişkili oldukları belirtilerek yaptırım uygulanmasının Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hâllerde dokunulamayacak çekirdek haklardan olan masumiyet karinesine aykırılık oluşturduğu, bireysel idari işlem niteliğindeki kamu görevinden çıkarma işleminin doğrudan olağanüstü hâl KHK'sı adı altında yapılmak suretiyle yargı denetimi dışında tutulduğu, her ne kadar daha sonraki bir tarihte Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu (Komisyon) kurulmuşsa da Komisyon ve sonraki sürecin kamu görevinden çıkarma işlemine karşı etkili bir denetim mekanizması sağlamadığı,

- Kamu görevinden çıkarma işleminin kamu görevlilerinin diğer özlük işleri kapsamında olduğundan Anayasa'nın 128. maddesine göre münhasıran kanunla düzenlenmesi gerektiği, Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca öğretim elemanlarının Yüksek Öğretim Kurulu ve üniversitelerin yetkili organları dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamayacakları, bu yönüyle kuralların olağanüstü hâl KHK'sı niteliği taşımadığı gibi TBMM tarafından kanun şeklinde onaylanmasının Anayasa'nın mülga 121. maddesine aykırılık oluşturduğu,

- Yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereği yasama organının her konuda kanun çıkarılabilmesi mümkün olsa da kanunla bireysel işlem ya da yargı kararı niteliğinde tasarrufta bulunulamayacağı, dava konusu kurallarla Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin statülerinde kalıcı değişiklikler yapıldığı, bu nedenle tedbirlerin bireysel idari

işlem niteliğinde olduğu, sırf yargı denetimi dışına çıkarmak amacıyla bireysel işlemlerin olağanüstü hâl KHK'sı ile yapılarak kanun şeklinde onaylanmasının açık bir fonksiyon gaspı niteliği taşıdığı,

- Bir kişinin terör örgütüne üye olup olmadığına ya da bir yapı veya oluşumun terör örgütü olduğuna karar verme yetkisinin yargı mercilerine ait olduğu, kuralların kanun adı altında hem yargısal hem de bireysel işlemin özelliklerini barındıran karma bir yapıda olduğu, bu durumun yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının tek organda toplanması anlamına geldiği,

- Kamu görevinden çıkarılan kişilerin Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile isim ve kimlik bilgilerinin Resmî Gazete'de yayımlanmasının itibarlarını zedelediği, kamu görevinden çıkarma, ruhsat ve lisansların iptal edilmesi, unvan ve sıfatların alınması tedbirlerinin kişilerin maaş ve sosyal güvenlik haklarında kayıplara sebebiyet verdiği, pasaportların iptal edilmesinin seyahat hürriyetini engellediği, bu kişilerin kamu görevine girmeleri ya da kamu hizmetinde çalışmaları, özel güvenlik şirketinin kurucusu ve ortağı olma imkânlarının ellerinden alınması suretiyle çalışma hak ve hürriyeti ile kamu hizmetine girme hakkına kısıtlama getirildiği,

belirtilerek kuralların Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121., 125., 128., 129. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...üyeliliği, mensubiyeti veya..." İbaresini

52. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu kuralın da yer aldığı birinci cümlesinde, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara *üyeliliği mensubiyeti veya* iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacakları hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kural cümlede yer alan "...üyeliliği, mensubiyeti veya..." ibaresidir.

53. Kural, olağanüstü hâli gerektiren tehlikenin bertaraf edilmesi amacına yönelik olarak Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle defaten

uygulanmış; bu dönemde hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Bu yönüyle kural olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımamaktadır.

54. Öncelikle terör örgütlerine *üyelik ve mensubiyet* kavramlarıyla kişilere yönelik suç isnadında bulunulup bulunulmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Terör örgütüne üye olmak, -kanundaki tanımıyla suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olmak- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında suç olarak düzenlenmiştir. Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan pek çok kişinin de anılan suçtan ayrıca cezai takibata uğradığı bilinmektedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 36. maddesinin birinci ve 38. maddesinin dördüncü fıkralarında güvence altına alınan masumiyet karinesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

55. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz"* şeklinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde de herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anılan maddeye adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim AİHS'in 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir (*Adem Hüseyinoğlu*, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

56. Masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonucunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Anılan karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.

57. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır: güvencenin dava konusu kuralla da ilgisi olan ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm devlet kurumlarının da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (*Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39).

58. Dava konusu kural kapsamında Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara *üye veya mensup* oldukları gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılmıştır. Söz konusu ibareler, Kanun'a ekli (1) sayılı listede adı geçen ve terör örgütü üyeliği suçundan ceza soruşturması veya kovuşturmasına maruz kalan ancak haklarındaki süreç tamamlanıp suçlu olduklarına dair kesin hüküm tesis edilmeyen kişilerin terör örgütü *üyyesi veya mensubu* olarak nitelendirilmelerine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bunun yanında kuralda, listede yer alan kişiler hakkında kesin hükümle sonuçlanan herhangi bir yargısal sürecin varlığına yönelik açıklama da yapılmamıştır. Dolayısıyla kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olmadan kişilerin suçlu sayılmasına neden olabilecek ifadeler içeren kural masumiyet karinesini ihlal etmektedir.

59. Açıklanan nedenlerle olağan dönemde Anayasa'nın 36. maddesinin birinci ve 38. maddesinin dördüncü fıkralarına aykırı olarak Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelerin ötesinde sınırlama getiren kuralın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

60. Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasına imkân tanınmakla birlikte bu yetki sınırsız

değildir. Maddenin ikinci fıkrasında, bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmıştır; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesine aykırı işlem yapılamayacağı kabul edilmiştir.

61. Yukarıda açıklandığı üzere dava konusu kural kapsamında haklarında kesin bir mahkûmiyet kararı verilmediği halde kişilerin suçlu sayılmasına neden olabilecek ifadelerin kullanılması, olağanüstü hâl şartlarında dahi dokunulması yasaklanan masumiyet karinesine aykırılık oluşturmaktadır.

62. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 36. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 15., 36. ve 38. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 23., 35., 36., 40., 48., 49., 70., mülga 121., 125., 128., 129. ve 130. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

b. Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının "...üyeliği, mensubiyeti veya..." İbaresinin Dışında Kalan Kısmı ile (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...ve/veya memuriyetleri..." İbaresinin ve Kanun'a Ekli (1) Sayılı Liste

63. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallara ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

64. Dava konusu kurallarda terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacakları ve memuriyetlerinin alınacağı, bu kişilere ayrıca tebligat yapılmayacağı ve haklarında özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edileceği hükme bağlanmıştır. Kurallar kapsamında her bir kamu görevlisinin kanun hükmüyle görevine son verilmiş ve memuriyetleri alınmıştır.

65. Kurallarla devlete sadakat bağı ile hizmet etmesi gerektiği hâlde millî güvenliğe açık ve yakın tehlike oluşturan terör örgütü veya benzeri

yapı ve oluşumlarla iltisaklı veya irtibatlı oldukları tespit edilen kamu görevlileri hakkında uygulanan *kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması* tedbirlerinin olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu açıktır.

66. Kurallarda öngörülen tedbirler bu dönemde uygulanmış, hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Kuralların, tedbire muhatap kişilerin statülerinde ileriye yönelik sürekli değişiklikler meydana getirmesi, olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Kurallar Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle defaten uygulanmış ve belli kişiler hakkında hükmünü icra etmiştir. Kuralların Kanun’a ekli listede sayılan kişilerle sınırlı olarak uygulandığı dikkate alındığında geleceğe yönelik genel, soyut ve herkesi bağlayıcı bir etki meydana getirmediği açıktır. Bu yönüyle kurallar olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımamaktadır. Bu itibarla kuralların anayasallık denetiminde Anayasa’nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir.

67. Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemede önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa’nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır (bkz. § § 27-29).

68. Anayasa’nın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmü yer almaktadır.

69. Anayasa’nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken diğer yönüyle resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

70. Anayasa Mahkemesi kararlarında; özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının, kişinin çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını içerdği, kişilerin mesleki hayatları ile özel hayatları arasında sıkı bir ilişki bulunduğu, kişinin mesleği ile ilgili tasarrufların özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 37; *Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 62).

71. Meslek hayatı ve buna bağlı kazanımları etkileyen bir düzenlemenin sebep unsurunu özel hayata ilişkin davranışlar oluşturmamakla birlikte söz konusu düzenleme, sonuçları itibarıyla kişilerin özel hayatını önemli ölçüde etkileyebilir (AYM, E.2018/159, K.2019/93, 24/12/2019, § 16). Kişilerin kamu görevinden çıkarılması ve memuriyetlerinin alınması, onların meslek ve sosyal hayatında üçüncü kişilerle kuracağı ilişkiler ve itibarları üzerinde ciddi etkiler oluşturabilir.

72. Bu çerçevede kişilerin liste usulüyle kamu görevinden çıkarılmaları ve memuriyetlerinin alınmasını öngören kurallar Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirmektedir.

73. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

74. Dava konusu kuralların öncelikle düzenlenme amacına değinilmesi gerekir. Anayasa'nın 129. maddesinin birinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunma yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir. Anılan hüküm uyarınca devletin memurlar ve kamu görevlilerinden özel bir güven ve sadakat bağlılığı ile kamu görevini yerine getirmelerini talep etme yetkisi bulunmaktadır. Bu husus devletin faaliyetlerine güven duyulmasının bir gereğidir. Kanun koyucunun, anılan hususlar

çerçevesinde kamu görevlisi olarak istihdam edilen kişilerle ilgili birtakım tedbirler alma konusunda takdir yetkisinin bulunduğu açıktır.

75. Anayasa'ya sadakat yükümlülüğüyle bağdaşmayacak biçimde terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kişilerin kamu görevinden çıkarılması ve memuriyetin alınmasını öngören kuralların millî güvenlik ve kamu düzeninin sağlanarak buna ilişkin hizmetlerin etkin ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yönelik meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

76. Bunun yanında kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın kanuni bir temele dayanması gerekir. Kurallarla söz konusu hakka kanuna dayalı olarak kısıtlama getirildiği açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir olması gerekir.

77. Esasen kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren dava konusu kuralların bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesi gerekir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 153). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır (AYM, E.2018/90, K.2018/95, 14/11/2019, § 42).

78. Kuralda geçen *iltisak* ve *irtibat* kavramları ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi 14/11/2019 tarihli ve E.2018/89, K.2019/84 sayılı kararında, *iltisaklı* kavramının kavuşan, bitişen, birleşen; *irtibatlı* kavramının ise bağlantılı anlamına geldiğini, bu ibarelerin genel kavram niteliğinde olduğunu, objektif anlamının kapsam ve sınırlarının durum ve şartlara göre yargı içtihatlarıyla değerlendirilerek belirlenebileceğini, bu yönüyle anılan ifadelerin kategorik olarak belirsiz olduğunun söylenemeyeceğini

ifade etmiştir (aynı kararda bkz. §§ 30, 31). Dolayısıyla kapsam ve sınırlarının tespiti mümkün olan söz konusu ifadelerin belirsiz olduğu söylenemez.

79. Bunun yanında Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...*üyeliği, mensubiyeti veya...*" ibaresinin iptal edilmesiyle birlikte Kanun'a ekli (1) sayılı liste çerçevesinde kuralların belirsizliği meselesine değinmek gerekir. Söz konusu ibarelerin iptal edilmeden önceki hâline göre kurallarda, kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirlerine esas olan fiiller, terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara *üye ve mensup olmak veya bunlarla iltisaklı ya da irtibatlı olmak* şeklinde belirlenmiştir. Bu kapsamda haklarında tedbir uygulanan kamu görevlilerinin isimleri ekli (1) sayılı liste ile Resmî Gazete'de yayımlanarak ilan edilmiştir.

80. Kanun'a ekli (1) sayılı listede yer alan her bir kişi yönünden kamu görevinden çıkarma nedeni (*üyelik, mensubiyet, irtibat ya da iltisak*) ayrı ayrı belirtilmemiştir. Dolayısıyla tedbire muhatap her bir kişi açısından *irtibatlı ya da iltisaklı* olmak, kamu görevinden çıkarma nedeni olarak kabul edilebilir. Bunun yanında bir örgüt ya da gruba üye veya mensup olmanın evleviyetle söz konusu örgüt veya grupla *irtibatlı veya iltisaklı* olmayı gerektirdiği açıktır. Başka bir ifadeyle terör örgütü ya da millî güvenliğe aykırı faaliyette bulunan yapı ya da gruba *üye veya mensup* olanların öncelikli olarak o örgüt ve grupla *irtibatlı veya iltisaklı* olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*üyelik ve mensubiyet*" ibaresinin iptal edilmesi, Kanun'a ekli (1) sayılı liste yönünden kurallarda herhangi bir belirsizliğe yol açmamaktadır.

81. Dava dilekçesinde kuralların olağanüstü hâl koşullarında 2935 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmesi gerektiği, Olağanüstü hal KHK'ları ve onay kanunu uygulaması ile söz konusu tedbirlerin hukuken varlık kazanamayacağı, bu açıdan kanunilik ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. 6771 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle Anayasa'nın 119. maddesinde değişikliğe gidilerek olağanüstü hâl yönetimine ilişkin usul ve esaslar yeniden düzenlenmiştir. Anayasa'nın 119. maddesinin beşinci fıkrasında; olağanüstü hâllerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15. maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağını veya geçici olarak

durdurulacağının, hangi hükümlerin uygulanacağını ve işlemlerin nasıl yürütüleceğinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu düzenlemenin de Anayasa'nın 119. maddesi kapsamında kanun ile yapıldığı açık olduğundan kuralların Anayasa'nın 119. maddesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

82. Kanunilik denetiminde kuralların keyfi bir şekilde uygulanmasını önleyecek güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının da dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle kurallar, kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirirken keyfiliğe yer vermeyecek şekilde gerekli güvenceler oluşturarak uygulanmaya elverişli olmalıdır.

83. Kurallar kapsamında terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla *iltisaklı yahut irtibatlı* olduğu değerlendirilen kamu görevlileri, haklarındaki isnatlara cevap verme ve bunlara karşı delil sunma imkânının tanındığı bir soruşturma süreci yürütülmeden ve bu süreç sonunda somut olgu ve olaylar çerçevesinde iddia, savunma ve delillerin tartışılarak ulaşılan sonucun dayandığı maddi ve hukuki temelleri gösteren gerekçeler açıklanmadan Kanun'a ekli (1) sayılı listeye doğrudan kamu görevinden çıkarılmışlardır. Bu yönüyle kişilere bir iddia yöneltilerek bunlara karşı savunma ve delil sunma hakkı tanınmadan yani tedbir öncesi bireyselleştirme sağlanmadan liste yöntemiyle *kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması* tedbirlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır.

84. Öte yandan kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi gereğince Anayasa'nın sözüne de uygun olması gerekir. Dava konusu kurallar kapsamında yüksek öğretim kurumlarına bağlı olarak çalışan 330 öğretim elemanının da kamu kamu görevinden çıkarılması ve memuriyetlerinin alınması öngörülmüştür.

85. Anayasa'nın 130. maddesinin yedinci fıkrasında, *üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanlarının; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmayacakları* belirtilmiştir. Böylelikle öğretim elemanlarının görevden uzaklaştırmaları bakımından Anayasa'da ek bir güvence öngörülmüştür.

86. Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, kişinin iş yaşamı, mesleki yaşam ve ticari faaliyetleri ile ilgili yapılan sınırlamalarda dikkate alınması gereken temel norm olduğundan Anayasa'nın 130. maddesinde öğretim elemanları için getirilen söz konusu güvencenin de özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı ile birlikte ele alınması gerekmektedir.

87. Başka bir ifadeyle Anayasa'nın 130. maddesinde bilimsel özerkliğin sağlanması için getirilen bu ek güvencenin kişilerin kamu görevinden çıkarılmasına neden olan olgular bağlamında bağımsız olarak dikkate alınmaması, kuralların anayasallık denetiminde, Anayasa'nın 130. maddesinin kişilerin mesleki yaşamları ile yakından ilgili maddi hak niteliğinde olan ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı çerçevesinde incelenmesi gerekir.

88. Kurallar kapsamında öğretim elemanları hakkında Anayasa'nın 130. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olarak kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirlerinin uygulandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu güvence sağlanmadan öğretim elemanlarının kamu görevinden çıkarılmalarını öngören kurallar Anayasa'nın 130. maddesinin açık sözüyle çelişmek suretiyle kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencenin ötesinde bir sınırlama getirilmesine neden olmaktadır.

89. Buna göre gerekli usuli güvenceler sağlanmadan kişilerin liste usulüyle kamu görevinden çıkarılmalarını ve memuriyetlerinin alınmasını düzenleyen kurallar, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı bağlamında olağan dönemde *kanunilik şartını* taşımadığı gibi öğretim elemanları bakımından *Anayasa'nın sözüne* aykırı bir sınırlama getirmektedir. Öte yandan bireyselleştirme sağlanmaksızın anılan tedbirlerin uygulanması, olağan dönem şartlarında *demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük* ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

90. Kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına olağan dönem için Anayasa'da öngörülen güvencelerin ötesinde bir sınırlama getiren kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

91. Kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olağanüstü hâl yönetiminin benimsendiği dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, dokunulması yasaklanmış çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür.

92. Anılan hak, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı ve AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi milletlerarası hukuktan kaynaklanan diğer herhangi bir güvence (olağanüstü dönemlerde korunmaya devam eden güvenceler) kapsamında da değildir.

93. Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca olağanüstü dönemlerde kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkün olmakla birlikte bu husus, yapılacak düzenlemelerde sınırsız bir takdir yetkisi tanındığı anlamına gelmemektedir. Anılan maddede olağanüstü hâllerde durumun gerektirdiği ölçüde söz konusu düzenlemelerin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olduğunun kabul edilebilmesi bunu aşan keyfi müdahalelere izin verilmemesi gerekir.

94. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere olağanüstü dönemlerde öngörülen tedbirin, olağanüstü duruma neden olan tehlikenin bertaraf edilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olması gerekir. Bunun yanında getirilen sınırlama, durumun gerektirdiği oranı aşacak şekilde keyfî niteliğe dönüşmemelidir. Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm şartları değerlendirilmelidir. Bu çerçevede olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüklerin niteliği ve tedbirin alındığı zaman gözönünde bulundurulmalıdır.

95. Darbe teşebbüsünde bulunan bir örgütle bağlantısı olduğu gerekçesiyle devletin varlığına, demokratik düzenine ve millî güvenliğine tehlike oluşturacağı değerlendirilen kamu görevlilerinin devlet aygıtından arındırılması için öngörülen tedbirlerin, millî güvenlik, demokratik anayasal düzen ve kamu güvenliğinin sağlanması ve korunması amaçlarına ulaşma bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

96. Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında ölçülülük incelemesinde, devletin yukarıda açıklanan meşru amaca ulaşmak için söz konusu temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamada başvurduğu aracın gerekliliği ile ilgili ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu noktada iptal davasına konu kuralların gerekliliğinde, uygulanan tedbirin *kapsam ve yönteminin* dikkate alınması gerekir.

97. *Tedbirin kapsamı*, dava konusu kurallarda çizilen yasal çerçevenin alanı ve uygulanan tedbirin ağırlığı ile ilgili bir sorundur. Tedbiri gerektiren eylemlerin niteliği, tedbire maruz kalan kişilerin kamudaki pozisyonları, tedbirin kısıtlama düzeyi, dar ya da geniş kapsamlı olup olmadığı gibi hususların bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

98. Yukarıda açıklanan olguların dikkate alınmasıyla birlikte kuralların gerekliliği, kamu görevinden çıkarma veya memuriyetin alınması tedbirlerinin gerek yöntem gerekse kapsam itibarıyla meşru amacı gerçekleştirmede temel hak ve özgürlüklere daha az sınırlama oluşturabilecek başka araçlara başvurulması ihtimalini ortaya çıkarıp çıkarmadığıyla belirlenebilecektir. Zira ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına daha hafif bir sınırlama aracı ve yöntemiyle müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan kamu güvenliğini sağlamak mümkünken bundan daha ağır bir aracın kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez (AYM, E.2014/36, K.2015/51, 27/5/2015).

99. Kurallarda liste usulü uygulanarak terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara *iltisakı yahut bunlarla irtibatı* olduğu değerlendirilen kişilerin kamu görevinden çıkarılmasına ve memuriyetlerinin alınmasına karar verilmiştir.

100. Darbe girişiminden sonraki süreçte, içinde dava konusu kuralların da bulunduğu kanunlaşan toplam 31 olağanüstü hâl KHK'sı ile devletin çeşitli kurumlarından yaklaşık 125.000 kamu görevlisi meslektan çıkarılmıştır. Kurallarda öngörülen tedbirler kapsam itibarıyla ele alındığında farklı pozisyon ve statüdeki kamu görevlilerine söz konusu tedbirlerin uygulandığı anlaşılmaktadır.

101. Kurallarda tedbir uygulanan kişiler bakımından görev yaptıkları meslek ve statüye göre (asker, polis ya da öğretmen, memur gibi) bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle kamu görevinden çıkarma tedbiri uygulanırken kamu kurum ve kuruluşlarında daha az öneme sahip bir pozisyonda görev yapan kamu görevlileri ile devletin egemenlik yetkisini kullanan ve kamu güvenliğini tehdit potansiyeli yüksek olan kamu görevlileri arasında bir ayırım yapılması gerektiği söylenebilir. Böylece tedbirlerin içerik olarak sadece anılan sınırlı sayıdaki kamu görevlisine uygulanarak hedeflenen meşru amacın gerçekleştirileceği de ileri sürülebilecektir.

102. Tedbirlerin kapsam itibarıyla geniş uygulanıp uygulanmadığı meselesinin sağlıklı değerlendirilebilmesi için öncelikle kuralların temelde hedef aldığı FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısı ve örgütlenme biçimi dikkate alınmalıdır.

103. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında, FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarının neredeyse tamamında örgütlenmesi ve somut darbe teşebbüsünün bu yapılanmadan kaynaklanmış olması nedeniyle demokratik anayasal düzeni sürdürmek bakımından olağanüstü tedbirlerin alınmasının zorunlu ve gerekli olduğu ifade edilmiştir (AYM, E.2016/6 (D. İşler), K.2016/12, 4/8/2016, § 80; *Aydın Yavuz ve diğeri*, § 26; bkz. §§ 10-18). Söz konusu kararlarda, FETÖ/PDY'nin başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunduğu, bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri, hastaneler aracılığıyla sivil alanda önemli bir etkinliğe ulaştığı belirtilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğeri*, § 26).

104. FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısı ile ilgili olarak diğeri yargı organlarınca verilen kararlarda da değerlendirmeler yapılmıştır

(Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2019/4934, K.2019/7656, 5/12/2019). Buna göre, yapılanma içinde yer alan kişilere kod adı verildiği, imam olarak adlandırılan ve farklı kurum ve pozisyonda görev yapan bir kamu görevlisinin daha üst pozisyonda görev yapan kamu görevlilerini örgüt amaçları doğrultusunda organize edebildiği, örgüt yapısından kaynaklanan üstün konumu nedeniyle onlara her konuda emir ve talimatlar verebildiği görülmektedir. Bunun gibi FETÖ/PDY'nin devlet içinde en alt kademede yer alan örgütle bağlantılı bir memuru dahi farklı amaçlarla (kendilerine muhalif kişilere şantaj yapmak vs.) bir ajan gibi kullanabildiği, böylece göreceli olarak önemsiz pozisyonda görev almasına rağmen bu nitelikteki kişilerin de etkili bir şekilde millî güvenlik ve kamu güvenliği aleyhine faaliyetler gerçekleştirebileceği anlaşılmaktadır.

105. Dolayısıyla FETÖ/PDY gibi bir yapılanma karşısında demokratik bir toplumda anılan tedbire başvurulurken kişilerin kamudaki pozisyonlarına göre bir ayırım yapılarak tedbirin kapsamının yalnızca kamu güvenliğini tehdit potansiyeli yüksek olan az sayıdaki kamu görevlileri ile sınırlı tutulması beklenemeyecektir. FETÖ/PDY'nin yukarıda açıklanan hiyerarşik yapılanması karşısında bu örgütle bağlantısı olan bir kamu görevlisinin devlet içindeki konumuna göre bir tehdit potansiyeli derecelendirilmesine tabi tutulmadan kamu görevinden çıkarılarak memuriyetinin alınmasında objektif, kabul edilebilir nedenlerin bulunmadığı söylenemez.

106. Bu itibarla söz konusu örgütle irtibatlı ya da iltisaklı olan tüm kamu görevlilerinin devlet nezdinde aynı ölçüde tehlike arz ettiği kabul edilerek nispeten daha az önem taşıyan pozisyonda görev yapan kişiler için de tedbirlerin uygulanmasının millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amaçlarına ulaşma bakımından gerekli olduğu söylenebilir.

107. *Yöntemle ilgili sorun* devletin kamu görevinden çıkarma tedbirinde benimsediği usulün sınırlama getirilen temel hak ve özgürlükler bağlamında değerlendirilmesini gerekli kılar. Tedbirde uygulanan yöntemin niteliği, sınırlama aracının hafif ya da ağır olup olmadığı ya da olması gerekip gerekmediğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir unsurdur. Buna göre kamu görevinden çıkarılan kişilerin tedbirin uygulanması aşamasına kadarki süreçte ne şekilde dâhil edildiği, bireysel durumları değerlendirilerek tedbir

kapsamında olmalarını gerektiren fiilî ve hukuki olgulardan haberdar edilip edilmedikleri, kişilere haklarındaki iddialara karşı cevap verme ve delil sunma, sürece karşı etkili idari ya da yargısal yollara başvuru imkânının sağlanıp sağlanmadığının gözönüne alınması gerekir. Kısacası söz konusu mesele, kişilerin kamu görevinden çıkarılması sürecinde *bireyselleştirmenin* ne ölçüde sağlandığının incelenmesini gerektirmektedir.

108. Kuşkusuz kişiler kamu görevinden çıkarılırken tedbiri gerektiren olay ve olgular hakkında bilgilendirilmeleri bu konuda beyanlarının alınarak her bir birey özelinde değerlendirme yapılması, tedbir işleminde *bireyselleştirmenin* sağlanması açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda kişilerin tedbir işlemine karşı etkili idari ve yargısal yollara başvurma imkânına sahip olmasının da bireyselleştirmenin sağlanmasında temel bir rolü bulunmaktadır. Olağanüstü dönemlerde dahi söz konusu şart yerine getirilmeden yapılacak uygulamaların keyfiliğe yol açabileceği ve bunun da Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında durumun gerektirdiği ölçü içinde değerlendirilemeyeceği açıktır.

109. Bunun yanında dava konusu kurallarda olduğu gibi tedbir sürecinin bir bütün olarak ele alınmasının gerektiği durumlarda olağanüstü dönemlerde böylesi istisnai yöntemlere başvurulmasına neden olabilecek zorlayıcı ve beklenmedik şartlar da gözetilerek sonradan tedbir işlemlerine karşı etkili idari ve yargısal denetim mekanizmalarının oluşturulmasıyla bireyselleştirme şartının yerine getirileceği kabul edilebilir.

110. Kurallar kapsamında kişilerle ilgili olarak kamu görevinden çıkarılması gerekenlerin tespit edildiği ve bunların Bakanlar Kurulunca değerlendirilerek liste usulüyle kamu görevinden çıkarıldıkları, bu kişiler hakkında herhangi bir idari soruşturmanın yapılmadığı anlaşılmaktadır.

111. Kuşkusuz kanun koyucunun demokratik düzene tehdit oluşturan durumları bertaraf etmek için başvuracağı araçların kapsamını, içeriğini tespit etmede geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Nitekim devletin tehlikenin içeriği ve boyutu ile doğrudan temas hâlinde olması nedeniyle buna yönelik savunma stratejisini belirlemede her zaman öncelikli bir konumu bulunmaktadır. Ancak olağanüstü hâl yönetim usullerinde dahi söz konusu yöntemler tespit edilirken belirli ölçülerde hareket edilmesi gerekir. Dolayısıyla olağanüstü dönemde devlete

tanınan yetki alanının sınırları Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen *durumun gerektirdiği ölçü* kriteri kapsamında değerlendirilmelidir. Söz konusu kriterin kapsamı da belirlenirken ülkenin içinde bulunduğu şartlar, karşılaşılan tehlikenin yakın ve acil müdahale gerektiren bir niteliğinin olup olmaması, sınırlamanın etki ve derecesi gibi hususların dikkate alınması gerekir.

112. 15 Temmuz darbe girişimi, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte genel olarak bölücü terör örgütü PKK ile mücadele edilmekle birlikte DHKP/C, El Kaide ve DEAŞ gibi diğer pek çok terör örgütünün de saldırılarına maruz kalınmış ve bunlara karşı da mücadelede bulunulmuştur. Dolayısıyla darbe teşebbüsünün savuşturulmasından sonra teşebbüsle bağlantılı kişilerle veya teşebbüsle doğrudan bağlantılı olmasa bile teşebbüsün arkasındaki yapılanma ile ilgili olduğu değerlendirilen kişilere karşı etkili bir mücadele yapılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, Ş 101).

113. Tehlikenin kaynağını oluşturan FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarının neredeyse tamamında örgütlenmesi ve kesinleşmiş yargı kararlarına da konu olan birçok yasa dışı faaliyeti gerçekleştirecek operasyonel bir güç hâline gelmesi nedeniyle demokratik devlet düzenine karşı oluşturduğu tehdit, darbe girişimiyle birlikte açık ve mevcut bir tehlikeye dönüşmüştür. Esasen darbe teşebbüsünden önce uzun bir zaman süreci içerisinde söz konusu tehlikeye karşı mücadele başlamıştır. Dolayısıyla tehlikenin ağırlığı ile orantılı olarak demokratik anayasal düzeni sürdürmek bakımından olağanüstü hâl ilanına neden olan olayların bertaraf edilmesi ve bir daha tekrarlanmaması amacıyla devletin olağan dönemle kıyaslanmayacak ciddi ve acil yöntemlere başvurulması zorunluluğunun ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.

114. Olağanüstü hâl döneminde söz konusu tedbirler temel olarak FETÖ/PDY'nin oluşturduğu tehlikenin ortadan kaldırılması amacına yönelik olsa da öteden beri millî güvenliğe karşı faaliyetlerde bulunan diğer terör örgütlerine karşı da devletin bu dönemde olağan sınırları aşan birtakım tedbirlere başvurma zorunluluğu söz konusu olabilir. Zira FETÖ/PDY'nin darbe girişimi nedeniyle demokratik devlet yapısına karşı oluşan tehdit ortamında diğer terör örgütleri ya da oluşumların kamu güvenliğine karşı faaliyetlerini daha etkili ve tehlikeli boyuta taşımaları mümkün olabilir. Bu durum, FETÖ/PDY dışında diğer grup

ve oluşumlarla da olağan usullerin ötesinde farklı yöntemlerle mücadele edilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarabilir. Bu açıdan sadece FETÖ/PDY ile sınırlı olmadan millî güvenliğe aykırı faaliyetlerde bulunan diğer örgütlerle bağlantısı olduğu değerlendirilen kamu görevlileri açısından da olağanüstü tedbirlere başvurulması gerekebilir.

115. Dolayısıyla idari teşkilat içinde hangi konumda olduğu fark etmeksizin FETÖ/PDY ve diğer terör örgütleri ile irtibatlı ya da iltisaklı olan tüm kamu görevlilerinin millî güvenlik açısından tehlike oluşturduğu gözetildiğinde bir kısmı önemli pozisyonlarda bulunan ve farklı kurumlarda çalışan çok sayıdaki kamu görevlisinin doğrudan darbeye ilişkili olmasa dahi söz konusu örgütlerle bağlantıları nedeniyle acil ve ivedilikle soruşturulması ve haklarında tedbir uygulanması ihtiyacı ortaya çıkabilecektir.

116. Bu yönüyle olağan dönemdeki idari usul ve disiplin hukuku kuralları çerçevesinde her bir kamu görevlisi nezdinde soruşturma yapılarak tedbir uygulanmasının, yakın ve acil nitelikteki bu tehlikeyi bertaraf etmede yetersiz kalacağı söylenebilir. FETÖ/PDY'nin yapısındaki gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kripto üyelerinin tespit edilmesindeki güçlük ve bunların eylem yapma potansiyeli, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi özellikleri dikkate alındığında darbe girişiminin üzerinden belli bir sürenin geçmesi de daha hafif nitelikteki tedbirlere başvurma zorunluluğunu ortaya çıkaran bir faktör olarak değerlendirilemez. Ayrıca millî güvenliğe aykırı faaliyetlerde bulunan diğer terör örgütleriyle bağlantısı olduğu değerlendirilen kamu görevlileri açısından da FETÖ/PDY'nin oluşturduğu tehdit ortamında, anılan yöntemlere başvurulması söz konusu olabilecektir.

117. Bu açıdan olağanüstü hâl koşullarında darbe teşebbüsü sürecinde oluşan tehlikeye karşı etkili ve acil tedbir alma ihtiyacının ortaya çıkardığı hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle tedbire muhatap kişiler yönünden tedbir öncesi bireyselleştirme sağlanmadan söz konusu tedbirlerin uygulandığı anlaşılmaktadır.

118. Bununla birlikte bazı hukuki ve fiili zorunluluklar nedeniyle de olsa bireyselleştirme sağlanmadan söz konusu tedbirlerin uygulanmasına izin verilmesi Anayasa'nın 15. maddesi bağlamında durumun gerektirdiği ölçüde bir sınırlama olarak görülemez. Zira

yukarıda açıklandığı üzere her durumda tedbir sürecinde keyfi uygulamaların önüne geçmek için her bir kişi nezdinde tedbir işleminin sorgulandığı etkili idari veya yargısal denetim mekanizmasının tesis edilmesi gerekir. Bu durum söz konusu keyfiliğe karşı hukukun mutlak üstünlüğünü öngören hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu gibi Anayasa'nın 40. maddesinin de bir gereğidir.

119. Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa ile tanınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmaktadır.

120. Etkili başvuru hakkı anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânının sağlanmasını teminat altına almaktadır (AYM, E.2018/74, K.2019/92, 24/12/2019, §§ 30, 31).

121. 2/1/2017 tarihli ve 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında KHK ile olağanüstü hâl kapsamında başka bir işlem tesis edilmeksizin doğrudan KHK ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Komisyon kurulmuştur. Anılan KHK, 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'la TBMM tarafından kabul edilerek kanunlaşmıştır.

122. 7075 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Ankara idare mahkemeleri arasından belirlenecek mahkemelerde Komisyon kararlarına karşı iptal davası açılabilmesi öngörülmüştür. Böylece kurallar kapsamında öngörülen kamu görevinden çıkarma tedbirinin her bir kamu görevlisi açısından hukukiliğinin denetlenmesi amacıyla Komisyon ve idare mahkemesine başvurma imkânı tanınmıştır.

123. Öte yandan 11/11/2020 tarihli ve 7256 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 41. maddesiyle 7075 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddede kamu görevinden çıkarma tedbirine bağlı olarak uygulanan ilave tedbirlere karşı da başvuru yolu getirilmiştir. Maddeye göre kamu

görevinden çıkarmaya bağlı olarak olağanüstü hâl kapsamında kabul edilen kanunlarda yer alan ilave tedbirlerin kaldırılması talebiyle tedbirle ilgili olan kamu kurum ve kuruluşlarına başvuruda bulunulabilecek, kamu kurum ve kuruluşlarının ilave tedbirlere ilişkin kararlarına karşı idare mahkemelerinde iptal davası açılabilecektir.

124. Söz konusu düzenlemeyle kamu görevinden çıkarma tedbirine bağlı olarak uygulanan ilave tedbirlere karşı idari ve yargısal yollara başvuru yolu açılmıştır

125. Bu açıdan kurallarda öngörülen tedbirlere karşı Anayasa'nın 40. maddesi bağlamında etkili makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya devam etmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuru imkânının sağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla devletin kurallar kapsamında tedbir uygulanan kişilere, etkili idari ve yargısal yolu sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği söylenemez.

126. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Komisyona başvuru yolunun ilk bakışta ulaşılabilir, ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğunu kabul etmektedir (*Remziye Duman*, B. No: 2016/25923, 20/7/2017). Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM) Komisyona yapılan başvurular ile idare mahkemeleri ve nihai olarak Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel başvuru yoluyla yapılacak incelemenin etkili bir hukuk yolu olduğunu belirtmektedir (*Köksal/Türkiye* B. No: 70478/16 (k.k.), 12/6/2017).

127. Buna göre kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirlerinin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi yani bireyselleştirmenin sağlanması için Anayasa ve ilgili kanunlarda gerekli güvencelere yer verildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle hukuk sisteminde ileriye dönük olsa dahi tedbirlerin amacına uygun ve ölçülü şekilde uygulanmasını sağlayacak şekilde Komisyon ve idare mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari, yargısal güvencelerin sağlandığı, söz konusu güvencelerin olağanüstü hâl sebebiyet veren tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik kuralların bu amaç dışında keyfi bir şekilde uygulanmasını engelleyecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

128. Sonuç olarak darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan FETÖ/PDY ve diğer terör örgütleriyle mücadele etmek amacıyla terör örgütlerine veya devletin millî

güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin olağan usullerin ötesinde bir uygulamayla liste usulüne göre kamu görevinden çıkarılması ve memuriyetlerinin alınmasını düzenleyen kuralların, olağanüstü hâle neden olan şartlar ve özellikle bireyselleştirmeyi sağlamaya elverişli idari ve yargısal başvuru imkânları dikkate alındığında milli güvenliğin ve demokratik anayasal düzenin korunması amacı bakımından kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

129. Ayrıca yukarıda açıklanan gerekçelerle öğretim elemanları yönünden Anayasa'nın 130. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olarak kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirini öngören kurallarla kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın da Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olmadığı değerlendirilemez.

130. Öte yandan dava dilekçesinde MGK'nın kararına dayalı olarak tedbir uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürüldüğünden bu hususun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, *MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişilerin kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılacakları hükme bağlanmıştır.*

131. Anayasa'nın 118. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Millî Güvenlik Kurulu; Devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili alınan tavsiye kararları ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusundaki görüşlerini Cumhurbaşkanına bildirir. Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Cumhurbaşkanınca değerlendirilir*" hükmüne yer verilmiştir.

132. Anılan hükme göre devletin millî güvenlik siyasetinin tayini, tespiti ve uygulanması ile ilgili tavsiye kararları almak ve gerekli koordinasyonun sağlanması konusunda Cumhurbaşkanına görüş bildirmek MGK'nın temel görevidir. MGK'nın devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması için başvurulmasını zorunlu gördüğü tedbirlere yönelik görüşlerini değerlendirme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.

133. Dolayısıyla siyasal sorumluluğu bulunmayan ve istişari nitelikte bir danışma organı olarak görev yapan MGK'nın icrai karar alma yetkisine sahip olmadığı açıktır. Bu nedenle yetkili makamlarca ayrı bir kararla benimsenmemiş MGK'nın tavsiye niteliğindeki kararlarına hukuki sonuçlar bağlanarak bu kararların kendiliğinden uygulanması mümkün değildir.

134. Anayasa Mahkemesi bir iptal davasında, köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış kişilerin ateşli silah taşıma veya bulundurmasını MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum veya gruplara üyelik, mensubiyet, iltisak veya irtibat boyutunda bir bağın bulunmaması şartına bağlayan 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde yer alan "...*Milli Güvenlik Kurulunca...*" ibaresini incelemiştir.

135. Kararda, köy veya mahalle muhtarlığı ya da belediye başkanlığı yapmış kişilerin ateşli silah taşıması veya bulundurabilmesi için öngörülen şartın tavsiye niteliğindeki MGK kararına kendiliğinden hukuki sonuç bağlanması anlamına geldiği, yetkili makamlar tarafından icrai bir karar alınmadan MGK'nın kararlarına doğrudan hukuki sonuç bağlanmasının Anayasa'nın lafzıyla bağdaşmadığı bu nedenle kuralın Anayasa'nın 118. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir (AYM, E.2020/9, K. 2021/37, 3/6/2021, §§ 27-36).

136. Vurgulamak gerekir ki yetkili makamlar tarafından MGK kararlarının değerlendirildiği ve bu doğrultuda bir iradenin (kural ihdası) ortaya konulduğu süreç tesis edilmeden söz konusu kararların doğrudan hukuki sonuç meydana getirmesi MGK kararlarına icrai işlev kazandıracaktır.

137. Dava konusu kural kapsamında kişiler, MGK kararı doğrultusunda devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplarla iltisaklı veya irtibatlı oldukları gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılmışlardır. Ancak kamu görevinden çıkarılan kişilerin iltisaklı veya irtibatlı oldukları yapı, oluşum ve grupların devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunup bulunmadıklarını belirlemede MGK kararının *dikkate alınması* bu karara doğrudan hukuki sonuç bağlandığı anlamına gelmez.

138. Kural kapsamında devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunan yapı, oluşum ve gruplar belirlenirken MGK'nın bu konudaki kararı dikkate alınmakla birlikte anılan karara hukuki bir sonuç bağlanmamış, kurala konu tedbirler ancak KHK veya kanun koyucunun iradesiyle hukuken varlık kazanmıştır. Başka bir ifadeyle kuralda öngörülen tedbirler MGK kararının doğrudan bir sonucu değildir. Dolayısıyla dava konusu kural Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsedilen kararına konu düzenlemeden farklı özellikler taşımaktadır.

139. Buna göre kural kapsamında MGK'nın devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verdiği yapı, oluşum veya gruplarla ilgili tespiti dikkate alınarak kamu görevinden çıkarma ve diğer tedbirlerin öngörülmesi MGK kararlarına icrai bir işlev kazandırmamaktadır. Bu nedenle kuralda MGK'ya tanınan fonksiyonun Anayasa'nın 118. maddesinde öngörülen yetki sınırlarını aştığı ve bu nedenle kuralın Anayasa'yı ihlal ettiği söylenemez.

140. Diğer taraftan kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbiri ile ilgili olarak kişilere ayrıca tebligat yapılmayacağına yönelik kural ise ekli (1) sayılı listenin olağanüstü şartlar nedeniyle Resmî Gazete'de ilan edilmesi hususu ile doğrudan bağlantılıdır. Söz konusu tedbirler Resmî Gazete'de ilan yoluyla tebliğ edildiğinden ilgililere ayrıca bir tebligat yapılmasını gerektiren anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle olağanüstü şartlar nedeniyle liste usulü ile hakkında tedbir uygulanan kişilere ayrıca tebligat yapılmamasında Anayasa'ya aykırılık söz konusu değildir.

141. Kamu görevinden çıkarılan ve memuriyetleri alınanlar hakkında ayrıca özel kanunlarında yer alan düzenlemelere göre işlem yapılacağına ilişkin kural, söz konusu tedbirlerin doğrudan bir sonucu olup herhangi bir sebeple kamu görevinden çıkarılan kişiler hakkında özel kanunlarında hangi işlemler tesis ediliyorsa tedbir uygulananlar hakkında da aynı şekilde işlem yapılmasını amaçlayan açıklayıcı bir hüküm niteliğindedir. Bu yönüyle de kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

142. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kurallarla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 70. 125., 128., 129. ve 130. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele

alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kurallarda uygulanan kamu görevinden çıkarma ve memuriyetin alınması tedbirlerinin belli bir kurumun veya mesleğin disiplinini sağlamaktan ziyade devlet kurumlarına yönelik güveni yeniden tesis etmek suretiyle demokratik anayasal düzenin sağlıklı bir şekilde sürdürülmesi nedeniyle uygulandığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında tedbirler, cezalandırma amacına matuf olmadığı gibi bunlar için uygulanan usulün de ceza usul hukuku alanındaki yargısal uygulamalarla herhangi bir benzerliği bulunmamaktadır.

Öte yandan kuralların kişilerin özel sektörde çalışma imkânını ortadan kaldırmadığı gözönünde bulundurulduğunda kurallarda öngörülen tedbirlerin ciddiyet ve ağırlığının bunlara cezai bir özellik kazandıracak boyutta olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 4/8/2016 tarihli ve E.2016/6, K.2016/12 sayılı kararında, kamu görevinden çıkarma tedbirinin “*olağanüstü tedbir*” niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. AİHM de 667 sayılı olağanüstü hâl KHK’sı uyarınca uygulanan işten çıkarma prosedürü ve buna ilişkin yargılamanın AİHS’in 6. maddesi kapsamında *suç isnadı* niteliğinde olmadığını belirtmiştir (Pişkin/Türkiye, B. No: 33399/18, 15/12/2020, §§ 102-109).

Bu açıdan kurallarda öngörülen tedbirlerin cezai niteliğe haiz olmamasının bir sonucu olarak anılan tedbirlere ceza hukukunun çekirdek haklarının uygulanmasını gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bu nedenle kuralların Anayasa’nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Kuralların ayrıca Anayasa’nın 23., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle de ilgisi görülmemiştir.

c. Kanun’un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin “Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır” Bölümü

143. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

144. Kural, Kanun’a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin rütbelerinin alınacağını hükme bağlamaktadır.

145. Kişilerin rütbelerinin alınmasını öngören kural, olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu dönemde uygulanmıştır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

146. Kural kapsamında kişilerin rütbelerinin alınması, sonuçları itibarıyla onların mesleki kazanımlarına bağlı olarak itibarları ve sosyal hayatlarında üçüncü kişilerle kuracakları ilişkiler üzerinde ciddi etkiler oluşturabilir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında incelenmesi gerekir. Kural kamu görevinden çıkarılan kişilerin rütbelerinin alınmasını düzenlemekle söz konusu hakka sınırlama getirmektedir

147. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresi dışında kalan kısmı ile (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ve/veya memuriyetleri..." ibaresi ve Kanun'a ekli (1) sayılı listeye ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

148. Buna göre Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getiren kural, olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu söylenemez. Buna karşın darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl şartlarında olağan usullerin ötesinde bir uygulamayla Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin rütbelerinin alınmasını düzenleyen kuralın, özellikle tedbire karşı etkili idari ve yargısal yolların tesis edilmesiyle birlikte demokratik anayasal düzenin ve kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

149. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 70. 125., 128., 129. ve 130. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın ayrıca Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle de ilgisi görülmemiştir.

d. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin "...ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler;..." Bölümü

150. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

151. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin görev yaptıkları teşkilata yeniden alınmamlarını ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemelerini, doğrudan ya da dolaylı olarak görevlendirilmemelerini hükme bağlamaktadır.

152. Kamu hizmeti, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak üzere topluma sunulan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak açıklanabilir (AYM, E.2017/180, K.2018/109, 6/12/2018). Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelikleri ve şartları belirlemeyi ya da belirlenmiş olanları değiştirmeyi anayasal ilkeler içinde kalmak kaydıyla görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir. Bu konularda anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapmak kanun koyucunun takdirindedir (AYM, E. 2016/133, K.2017/155, 15/11/2017, § 93).

153. Terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin görev yaptıkları teşkilata yeniden alınmalarını, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmelerini, doğrudan ya da dolaylı olarak görevlendirilmelerini engelleyen kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik bir düzenleme olduğu açıktır.

154. Daha önce ifade edildiği üzere kamu görevinden çıkarma ve diğer tedbirler bireysel işlem şeklinde tesis edilerek uygulanmıştır. Kural, kamu görevinden çıkarılan kişilerin bir daha bu göreve getirilmesini engelleyerek olağanüstü hâl sonrası dönemi kapsayacak şekilde geleceğe yönelik yasaklama getirmektedir. Ancak söz konusu tedbirin düzenleyici işlemlerde olduğu gibi genel ve herkesi bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Kural olağanüstü hâl dönemindeki durumları değerlendirilerek terör örgütleriyle ya da millî güvenliğe aykırı faaliyette bulunan yapı oluşum veya gruplarla irtibatlı veya iltisaklı olduğu tespit edilen kişilere özgü düzenleme getirmektedir. Başka bir ifadeyle kural, düzenleyici işlemlerde olduğu gibi benzer durumda bulunan kişilere ve olaylara olağanüstü hâl sonrası durumları da dikkate alınmak suretiyle uygulanacak şekilde geleceğe yönelik hüküm ve sonuç doğurma özelliği taşımamaktadır.

155. Nitekim Anayasa Mahkemesi 14/11/2019 tarihli ve E.2018/89, K.2019/84 sayılı kararında, 18/1/1972 tarihli ve 1512 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasında noterlik stajına engel mahkûmiyeti olanlar ile terör örgütüyle iltisaklı veya irtibatlı bulunanların noterliğe kabul edilemeyeceklerine ilişkin hükmün olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir uygulama olmadığı sonucuna ulaşırken kuralın ileriye yönelik *herkesi bağlayıcı genel ve soyut şartlar* öngörmesi hususuna vurgu yapmıştır.

156. Dolayısıyla olağanüstü hâl döneminde terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla iltisaklı ve irtibatlı olduğu değerlendirilen belli sayıdaki kamu görevlileri yönünden bunların görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmemeleri ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemelerini, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilmemelerini hükme bağlayan kurala ilişkin incelemenin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

157. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" denilmiş, ikinci fıkrasında ise "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" hükmüne yer verilmiştir. Böylece hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği öngörülerek bir yandan kamu hizmetine alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmış, diğer yandan da söz konusu

şartlar belirlenirken bu hakka getirilecek sınırlamaların ancak görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması hâlinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre kamu hizmetine girme hakkına koşul belirlemek suretiyle getirilecek sınırlama görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir şarta bağlanamaz. Bu husus, anılan maddenin gerekçesinde “... Kamu hizmetine alınacak memur ve kamu görevlileri ile ilgili düzenlemede bu hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek hükümler getirilmiştir” biçiminde vurgulanmıştır (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 16).

158. Kural, kişilerin görev yaptıkları teşkilata kabul edilmelerini, kamu hizmetinde istihdam edilme, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilmelerini, kural kapsamında kamu görevinden çıkarılmama şartına bağlamak suretiyle kamu hizmetine girme hakkına sınırlama getirmektedir.

159. Devletle sadakat ve güven temelinde yürütülmesi gereken kamu hizmetinde istihdam edilecek kişilerin terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatının olmaması bu alandaki güvenilirliğin sağlanmasına, kamu hizmetinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine katkı sağlayacağı açıktır. Bu itibarla kuralın kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesine yönelik meşru bir amacının olduğu anlaşılmaktadır.

160. Kanun’un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin “...üyeliği, mensubiyeti veya...” ibaresi dışında kalan kısmı ile (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...ve/veya memuriyetleri...” ibaresi ve Kanun’a ekli (1) sayılı listeye ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Buna göre Anayasa’nın 70. maddesinde düzenlenen kamu hizmetine girme hakkına sınırlama getiren kural olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Dolayısıyla kurala ilişkin incelemede olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik güvence rejimini düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir.

161. Kamu hizmetine girme hakkı olağanüstü hâl yönetiminin benimsendiği dönemlerde Anayasa’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, dokunulması yasaklanmış çekirdek haklar arasında

bulunmadığından bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Ayrıca anılan hak, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden güvenceler kapsamında değildir. Kamu hizmetine girme hakkına olağanüstü dönemde getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olması gerekir.

162. Kamu hizmeti adı altında yapılan faaliyetlerin kamu güvenliği ve düzeni ile yakından bir ilişkisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun anılan hususları gözeterek kamu hizmetinde istihdam edilecek kişilere yönelik birtakım tedbirler almasında, bu konuda gerekli şartları belirlemesinde takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Bu açıdan kuralda öngörülen şartın Anayasa'nın 70. maddesi bağlamında görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

163. Bu noktada dava konusu kural yönünden 15 Temmuz darbe girişiminden sonra FETÖ/PDY ve diğer terör örgütleriyle irtibatlı veya iltisaklı olan kamu görevlilerine karşı yürütülen tasfiye süreci ile özellikle komünizm sonrası Avrupa ülkelerinde uygulanan ve *arındırma* olarak adlandırılan kamu görevinden tasfiyeye yönelik uygulamalar çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir. Avrupa ve Türkiye'deki kamudan tasfiye süreçleri arasında birtakım benzerlikler olsa da arındırmanın temelinde yatan nedenler açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Avrupa'da farklı ülkelerde çıkarılan arındırma yasaları, genel olarak demokrasiye geçişten önceki devlet yapısında anayasa ve kanunlara uygun konumda çalışan kişileri kamu görevinden uzaklaştırarak kamuya dönüş imkânlarını ortadan kaldırırken dava konusu kural kapsamında kamuda çalışmalarına yasak getirilen kişiler, demokratik devlet yapısını ortadan kaldırmayı amaçlayan bir örgüt ya da oluşumla bağlantıları olduğu gerekçesiyle söz konusu tedbire maruz bırakılmışlardır.

164. Bu yönüyle millî güvenlik bakımından risk oluşturabilecek durumları nedeniyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmemeleri ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemeleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilmemelerini düzenleyen kuralın millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanarak kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

165. Kural, kişilerin devletin kamu otoritesiyle bağlantılı olmayan özel sektör alanında istihdam edilme imkânını ortadan kaldıracak herhangi bir kısıtlama da getirmemektedir. Ayrıca kuralda öngörülen tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için ilgili kanunlarda gerekli güvencelere yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme yapılmadan uygulanan tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Komisyon ve İdare Mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari ve yargısal güvenceler sağlanmıştır. Buna göre keyfiliğe yol açabilecek uygulamalara karşı Kanun'da gerekli güvencelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

166. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan FETÖ/PDY ve diğer terör örgütleriyle mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında olağan usullerin ötesinde bir uygulamayla Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmemeleri ve bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemeleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilmemelerini düzenleyen kuralın kamu hizmetinin etkin ve sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlama bakımından kamu hizmetine girme hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

167. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 15., 40., 70., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 36., 125. ve 128. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları, Anayasa'nın 15., 40., 70., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 35., 38., 48., 49., mülga 91., mülga 121., 129. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

e. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin "...bunların uhdelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır." Bölümü

168. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

169. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin uhdelерinde bulunan her türlü mütevellі heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerinin de sona ermiş sayılacağını hükme bağlamaktadır.

170. Kişilerin uhdelерinde bulunan birtakım görevlerin sona ermesini öngören kural olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu dönemde uygulanmıştır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

171. Kuralda, mütevellі heyet, kurul, komisyon üyeliği gibi görevler bakımından kamu ya da özel sektöre ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla kuralın özel ya da kamu sektöründe çok geniş bir alanda faaliyet gösteren kamu iktisadi teşebbüsleri, kamu kurumuna bağlı ya da özel nitelikte şirket, vakıf veya farklı topluluklar bünyesinde ifa edilen üyeliklere yönelik olduğu söylenebilir. Diğer taraftan kişilerin söz konusu üyeliklere, kamu görevine bağlı olarak atanabilecekleri gibi bu durumdan bağımsız olarak doğrudan idarenin tasarrufuyla da getirilmeleri mümkündür.

172. Kuralın amacının terör örgütleri ve devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı oluşum veya gruplarla bağlantısı olan kişilerin devlet aygıtından arındırılması olduğundan söz konusu üyeliklerin -kişilerin memur veya kamu görevlisi sıfatı nedeniyle kendi kurumları dışında- tüm kurum ve kuruluşlardaki *mütevellі heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri* ile ilgili olduğuy anlaşılmaktadır.

173. Kural, kamu görevinden çıkarılan kişilerin uhdelерinde bulunan her türlü mütevellі heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerini sona erdirmiş olmakla Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirmektedir.

174. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "*Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır.*" bölümüne ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğuy ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

175. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 70., 125., 128., 129. ve 130. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

f. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan “Bunların silah ruhsatları,...” İbaresii

176. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

177. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin, hangi sebeple edinildiğine bakılmaksızın her türlü silah ruhsatının iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

178. Kişilerin silah ruhsatlarının iptalini öngören kural olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu dönemde uygulanmıştır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

179. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ve fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

180. Ruhsatın, ekonomik bir malvarlığı değeri ifade eden silah üzerinde tasarruf etme yetkisi sağladığı dikkate alındığında silah ruhsatının iptal edilmesini öngören kuralın Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruya ilişkin kararlarında,

ekonomik bir değer ifade eden bir işin yürütülmesi için verilen ruhsat ve izinlerin sona erdirilmesini mülkiyet hakkı kapsamında incelemiştir (*Ahmet Bal*, B. No: 2015/19400, 11/6/2018, *Hidayet Metin*, B. No: 2014/7329, 6/4/2017, *Ohannes Tomarcı*, B. No: 2015/18992, 28/6/2018, *Çağdaş Petrol Ürünleri Pazarlama Otomotiv Tic. ve Tur. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/12306, 28/11/2018, *Cevdet Timur*, B. No: 2015/3742, 10/1/2019).

181. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve ondan tasarruf etme imkânı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, onun semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması mülkiyet hakkına getirilmiş sınırlama niteliğindedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

182. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkının sınırlanmasıyla ilgili üç kural içerdiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle mülkten barışçıl yararlanma hakkına yer verilmiş, ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi şartlarda sınırlanabileceği belirlenmekle aynı zamanda mülkten yoksun bırakmanın şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

183. Silah ruhsatının edinilmesinin belirli şartlara bağlanması, bu şartların ortadan kalkması ya da silah edinilmesi amacına aykırı durumların (güvenlik vs.) oluşması hâlinde ruhsatın iptal edilmesi, kamu yararının önemli bir yönü olan kamu güvenliğinin sağlanması

ve bu yöndeki faaliyetlerin kontrol edilmesini amaçlayan tedbirler kapsamındadır. Dolayısıyla terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek kamu görevinden çıkarılan kişilerin silah ruhsatlarının iptal edilmesi suretiyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın sonuçları yanında özellikle amacı dikkate alındığında kuralın, mülkün (silahın) kamu yararına kullanılmasının kontrol edilmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

184. Anayasa’da yer alan ve yukarıda yer verilen üçüncü kural devlete, mülkiyetin kullanımı veya mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol etme ve bu konuda düzenleme yetkisi vermektedir. Mülkiyetten yoksun bırakmaya göre daha geniş takdir yetkisi veren düzenleme yetkisinin kullanımında da kanunilik, meşruluk ve ölçülülük ilkelerinin gereklerinin karşılanması kural olarak aranmaktadır. Buna göre mülkiyet hakkının düzenlenmesi yetkisi de kamu yararı amacıyla ve kanunla kullanılmalıdır (*Orhan Yüksel*, B. No: 2013/604, 10/12/2015, §§ 57, 58).

185. Terör örgütleri veya MGK’ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı ya da bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin silah ruhsatlarının iptalini öngören kuralın, millî güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması ve korunmasına yönelik meşru bir amacının bulunduğu açıktır.

186. Kanun’un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *“Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır.”* bölümüne ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

187. Buna göre Anayasa’nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına sınırlama getiren kural olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

188. Mülkiyet hakkı, olağanüstü hâl yönetiminin benimsendiği dönemlerde Anayasa’nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, dokunulması yasaklanmış çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır.

Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Ayrıca anılan hak, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden güvenceler kapsamında değildir.

189. Ülkenin demokratik yollarla seçilmiş meşru hükümetini silah zoruyla devirmeye çalışan yapı, oluşum ve gruplarla bağlantılı oldukları gerekçesiyle kişilerin kamu görevinden çıkarıldığı dikkate alındığında kural kapsamında silah ruhsatlarının iptal edilmesinin millî güvenlik aleyhine yürütülen faaliyetlerin ortadan kaldırılması ve kamu düzeninin sağlanması amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

190. Mülkiyetin kullanımının kontrolü kuralının uygulandığı durumlarda devletin takdir alanı, mülkiyetten yoksun bırakma kuralının devrede olduğu hâllerde sahip olduğu takdir yetkisinden daha geniştir (*Mahmut Üçüncü*, B. No: 2014/1017, 13/07/2016, § 70). Ayrıca kural olarak mülkiyetin kullanımının kontrolü ya da mülkiyeti düzenleme yetkisi yönünden yapılacak ölçülülük değerlendirmesinde adil dengenin kurulması için mülkiyetten yoksun bırakma tipi sınırlamalar ile mülkiyete saygı hakkına yönelik sınırlamalardan farklı olarak, zorunlu biçimde karşılanması gereken bir tazminat yükümlülüğü şartı aranmamaktadır (*Orhan Yüksel* [GK], B. No: 2013/604, 10/12/2015, §§ 57-59).

191. Silah ile kamu güvenliği kavramları arasındaki yakın ilişki dikkate alındığında silah ruhsatı ile ilgili şartları (edinme ya da iptali) belirlemede kanun koyucunun geniş bir takdir yetkisi vardır. Esasen devletin bu konudaki yaklaşımı, güvenlik politikalarıyla ilgili tercihten kaynaklanmaktadır. Silah edinilmesinde bireysel menfaatlara karşı toplumsal yarar öncelikli bir konumdur. Bu da devlete, kamu güvenliğini tehdit eden bir tehlikeyle karşı karşıya kalındığında geçici ya da sürekli olarak kişilerin silah ruhsatını iptal etme veya askıya alma gibi tasarruflarda bulunma imkânı sağlamaktadır.

192. Ayrıca kuralda öngörülen tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için ilgili kanunlarda yeterli güvencelere yer verildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme yapılmadan uygulanan tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Komisyon ve idare mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari ve yargısal

güvenceler sağlanmıştır. Buna göre keyfiliğe yol açabilecek uygulamalara karşı Kanun'da gerekli güvencelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

193. Dolayısıyla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin silah ruhsatlarının iptal edilmesini öngören kuralın demokratik anayasal düzenin ve kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından kişilerin mülkiyet hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

194. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 35., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 36., 125., 128. ve 129. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 35., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 20., 23., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

g. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin "...gemi adamlığına ilişkin belgeleri..." Bölümü

195. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

196. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin gemi adamı belgelerinin iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

197. Gemi adamlarının yeterlikleri, eğitimleri, sınavları, belgelendirilmeleri, sağlık durumları, elektronik kayıt işlemleri, vardiya tutmalarına ilişkin kurallar ve disiplin işlemlerine ilişkin hükümler 10/2/2018 tarihli ve 30328 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde (Yönetmelik) düzenlenmiştir. Yönetmelik'te gemi adamı bir gemide görev yapan tüm zabıt, yardımcı zabıt, stajyer, tayfa ve yardımcı hizmet personeli olarak açıklanmış; bu çerçevede gemi adamı yeterlik dereceleri tespit edilmiştir.

198. Gemi adamı belgesine sahip olabilmek için Yönetmelik'te belirtilen gemi adamı yeterlik dereceleri için ön şart olan yaş, öğrenim derecesi, deniz hizmet süresi ve diğer gereklerin yerine getirilmesi gerekmektedir. Eğitimler, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı (UAB) tarafından akredite edilmiş eğitim kurumlarında verilmekte olup Yönetmelik'te belirtilen şartları yerine getiren kişilerin gemi adamı yeterlik belgesi ve diğer sertifikaları UAB tarafından gemi adamı cüzdanına işlenmektedir. Bu kapsamda gemi adamı olabilmek için şartları taşıyan kişilere, gemi adamı yeterlik belgesi, gemi adamı uzmanlık belgeleri ve belge kanıtlarını da içeren gemi adamı cüzdanı UAB tarafından verilmektedir.

199. Yönetmelik kapsamında yeterlik belgesi iptal edilen gemi adamının gemi adamı cüzdanı ile gemi adamı yeterlik belgesi geri alınarak durum Gemi Adamları Bilgi Sistemi'ne işlenecektir. Meslekten men edilenler hariç gemi adamına ilişkin Yönetmelik'te belirtilen şartların tekrar sağlanması durumunda gemi adamı cüzdanı ve gemi adamı yeterlik belgesi yeniden ilgili kişiye verilecektir.

200. 15/7/1950 tarihli ve 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 12. maddesinde, gemi adamı cüzdanları, pasaport ve bunların yerini tutan vesikalar arasında sayılmıştır. Aynı Kanun'un 20. maddesinde, gemi adamı cüzdanı düzenlemeye yetkili kurum ve kuruluşların, ilgililerin bu Kanun'un 22. maddesi kapsamındaki durumlarını yetkili merciden teyit etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 22. maddesinde ise yurt dışına çıkmaları mahkemelerce yasaklananlara, memleketten ayrılmasında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere ve terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı belirlenen yurt dışındaki her türlü eğitim, öğretim ve sağlık kuruluşları ile vakıf, dernek veya şirketlerin kurucu ve yöneticisi olduğu veya bu yerlerde çalıştığı İçişleri Bakanlığınca tespit edilenlere pasaport verilmeyeceği belirtilmiştir.

201. 5682 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki sakıncalı durumlara sahip olmayan kişilere verilen bu belgeyi ibraz edenlere aynı Kanun'un 20. maddesine uygun olarak gemi adamı cüzdanı verilmekte ve gemi adamı cüzdanları beş yıl süreli olarak düzenlenmektedir.

202. Gemi adamı yeterlik derecelerinin çalışma alanları ve edinme koşullarına ilişkin hükümler Yönetmeliğin 6. ila 28. maddelerinde

düzenlenmiştir. Anılan maddelerde her yeterlik belgesi için aranan koşullar ayrı ayrı tespit edilmiştir. Buna göre gemi adamı belgesinin tayfalıktan, uzak yol gemi kaptanlığına kadar kişilerin mesleki olarak denizcilik alanında faaliyette bulunmalarını sağlayan bir vesika olduğu anlaşılmaktadır.

203. Gemi adamı belgesine, fiilen denizcilik sektöründe çalışan kamu görevlileri (kaptan, tekniker hemşire vs. olarak çalışan kamu görevlileri) ya da farklı bir kamu görevinde istihdam edildiği hâlde mevzuattaki şartları yerine getiren kişiler sahip olabilmektedir. Ancak bu belgenin, sahibine her ne durumda olursa olsun özel sektörde çalışma imkânı sağladığı açıktır. Bu açıdan kamu görevinden çıkarılan kişilerin gemi adamı belgesinin iptal edilmesinin, kişilerin denizcilik alanındaki her türlü faaliyetleri (mesleki vs.) üzerinde doğrudan ve belirleyici bir etkisi olduğu söylenebilir.

204. Dava konusu kural, kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mevzuatta sayılan her türlü gemi adamı yeterlik belgesi, uzmanlık belgesi ve gemi adamı cüzdanının tayfa sınıfı veya zabitan sınıfı ayrımı yapılmaksızın iptal edileceğini öngörmektedir. Yine kural kapsamında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışırken eğitim görerek mevzuatta belirtilen şartları yerine getirenler ile kamu görevine girmeden önce gemi adamı cüzdanına sahip olan kişilerin de gemi adamı cüzdanlarının iptal edileceği anlaşılmaktadır.

205. Dava konusu kuralda öngörülen tedbir, olağanüstü hâli gerektiren tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla yönelik olarak bu dönemde uygulanmış hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Anılan belgelerin iptal edilmesinin sonuçlarının olağanüstü hâlden sonraki süreçte de devam etmesi kuralın olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Kural Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle defaten uygulanmış ve neticesini meydana getirerek tükenmiştir. Bu yönüyle kuralın olağanüstü hâlden sonraki süreçte gemi adamı belgesiyle ilgili bir işleme esas alınmasının söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kurala ilişkin inceleme Anayasa’nın olağanüstü dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre yapılmalıdır.

206. Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesinde “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine

sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir./Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” denilerek çalışma ve teşebbüs hürriyeti güvence altına alınmıştır.

207. Çalışma hürriyeti kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korumakta ve ücretli olarak bağımlı çalışma hakkı kadar iktisadi ve ticari faaliyet yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içermektedir (AYM, E.2019/48, K.2019/74, 19/9/2019, § 14).

208. Anayasa’nın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Çalışma özgürlüğü, herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri almasıdır (AYM, E.2016/141, K.2018/27, 28/2/2018, §§ 13-16).

209. Kural gemi adamı yeterlik belgesine sahip kişilerin denizcilik alanında özel sektörde faaliyette bulunma imkânını ortadan kaldırmakla kişilerin Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma hak ve hürriyetine sınırlama getirmektedir.

210. Yukarıda açıklandığı üzere gemi adamı belgesinin 5682 sayılı Kanun gereği pasaport yerine geçen vesikalardan olması nedeniyle bu belgeye sahip kişilerin belgenin sağladığı avantajlarla millî güvenlik aleyhine birtakım faaliyetlerde (belge sahibi olanlar ya da başka kişiler hakkında yürütülen soruşturmaların akamete uğratılması amacıyla deniz yoluyla kişilerin yurt dışına çıkışının sağlanması vb.) bulunmalarının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca gemi adamı belgesiyle denizcilik alanında yürütülen faaliyetin kamu güvenliği ile ilgisinin bulunması nedeniyle kanun koyucunun denizcilik sektöründe faaliyette bulunmak isteyen bireylere yönelik tedbirler alması ve buna yönelik düzenlemeler yapması doğal karşılanabilir. Bu yönüyle kuralın meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

211. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır."* bölümünü ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Buna göre dava konusu kuralla Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hak ve hürriyetine getirilen sınırlama olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Bu nedenle kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

212. Çalışma hak ve hürriyeti, olağanüstü hâl yönetiminin benimsendiği dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, dokunulması yasaklanmış çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır. Ayrıca anılan hak, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden güvenceler kapsamında değildir.

213. Kural kapsamında terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin gemi adamı belgeleri iptal edilmek suretiyle bu belgelerin sağladığı bir takım avantajların kamu güvenliği aleyhine kullanılmasının önüne geçilmesinin milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması ve korunmasına yönelik amaçlara ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

214. Ayrıca kuralda öngörülen tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için ilgili kanunlarda gerekli güvencelere yer verildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme yapılmadan uygulanan tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Komisyon ve idare mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari ve yargısal güvenceler sağlanmıştır. Buna göre keyfiliğe yol açabilecek uygulamalara karşı Kanun'da gerekli güvencelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

215. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya

gruplarla mücadele etmek amacıyla Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin gemi adamı belgelerinin iptal edilmesini öngören kuralın, demokratik anayasal düzenin ve kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından kişilerin çalışma hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

216. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 23., 35., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 38., 70., mülga 91., mülga 121., 128., 129. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

ğ. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin "...ve pilot lisansları iptal edilir..." Bölümü

217. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

218. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin pilot lisanslarının iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

219. Kişilerin pilot lisanslarının iptalini öngören kural, olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu dönemde uygulanmıştır. Bu nedenle kuralla ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

220. Pilot lisansları ile ilgili düzenlemeler, 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve 2/6/2017 tarihli ve 30084 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Pilot Lisans Yönetmeliği (Yönetmelik) (SHY-1) ve bunlara bağlı olarak Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) yayımlanan talimatlarda yer almaktadır.

221. 2920 sayılı Kanun'un 95. maddesinde, pilotlar ile hava aracının sevk ve idaresi bakımından gerekli olan personelin bu alanda faaliyette bulunabilmeleri için Ulaştırma Bakanlığından yeterlik belgesi almaları

ve bu belgeleri belirli süreler içinde yenilemelerinin zorunlu olduğu, yeterlik belgesi alması gerekenlerin kategorilerinin saptanması, belge verilmesi, geçerliliği, yenilenmesi, geri alınması ve sicillerin tutulması ile ilgili hususların Ulaştırma Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir.

222. Yönetmelik'in 16. maddesinde; sağlık sertifikasına sahip olmak, belirli suçlardan hüküm giymemek, terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunulduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek kamu görevinden çıkarılmamış olmak gibi hususlar pilot lisansına sahip olabilmenin şartları arasında sayılmıştır.

223. Bunun yanında Yönetmelik'in 8. maddesinde; lisans ve yetkiler için başvuruda bulunan devlet hava araçlarında görev alan pilotların devlet hava araçlarında görev yaparken kazandıkları bilgi, tecrübe ve yeteneklerinin mevzuattaki gereklilikler doğrultusunda kredilendirileceği, kredilendirme ve lisanslandırmayla ilgili izlenecek usullerin Genel Müdürlük tarafından Avrupa Havacılık Emniyet Ajansına (EASA) bildirileceği belirtilmiştir.

224. Yönetmelik'in 16. maddesinin (c) bendinde, kamu görevinden çıkarılan askeri ve polis pilotların kredilendirme yapmak suretiyle sivil pilot lisansına sahip olmalarının mümkün olmadığı, 37. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, Genel Müdürlükçe düzenlenen pilot lisansları iptal edilen kişilerin, pilotluk yaptığı döneme ilişkin aldığı eğitimler, uçuş süreleri ve benzeri hususlar hakkında kredilendirme ve/veya dönüştürmenin yapılmayacağı, yeni pilot lisansı düzenlenmeyeceği, Genel Müdürlükten aldıkları pilot lisansları ile birlikte lisanslarına bağlı tüm sertifika ve yetkilerin iptal edileceği belirtilmiştir.

225. Söz konusu mevzuat hükümlerine göre, gerekli prosedürler tamamlanarak alınan pilot lisansının, kişilerin mesleki anlamda havacılık sektöründe uçuş ekibi olarak faaliyette bulunmalarını sağlayan belge olduğu, bu kapsamda belli türdeki pilot lisansına (CPL ve ATPL) sahip kişilerin özel sektörde çalışma imkânlarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu açıdan kamu görevinden çıkarılan kişilerin pilot lisanslarının iptal edilmesinin kişilerin havacılık sektöründe, mesleki yaşamları üzerinde doğrudan ve belirleyici bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Dolayısıyla

pilot lisansına sahip kişilerin havacılık alanında özel sektörde faaliyette bulunma imkânını ortadan kaldıran kural, çalışma hak ve hürriyetine sınırlama getirmektedir.

226. Darbe girişiminde kullanılan araçlarla (özellikle uçak, helikopter) gerçekleştirilen şiddetin boyutu, örgüt mensuplarının sadakat ve bağlılık potansiyeli, uçak ya da benzeri hava araçlarının emniyet ve asayişe karşı oluşturabileceği tehlike dikkate alındığında pilot lisansı ile icra edilen havacılık faaliyetleri çerçevesinde kamu güvenliği aleyhine çok ciddi sonuçlar meydana getirebilecek eylemlerde bulunulması mümkündür. Bu nedenle terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin pilot lisanslarının iptal edilmesini öngören kuralın meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

227. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır."* bölümüne ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Buna göre dava konusu kuralla Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hak ve hürriyetine getirilen sınırlama olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Bu nedenle kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

228. Olağanüstü hâlin ilanına neden olan 15 Temmuz darbe girişiminde aktif rol alan özellikle hava kuvvetlerinde görevli örgütle bağlantılı pilotlar, kalkışma sırasında uçak ve helikopterlerden ateş etmek ve bomba atmak suretiyle emniyette görevli birçok polis memuru ve vatandaşın hayatını kaybetmesine neden olmuştur. Esasen uçak ve benzeri hava araçlarının emniyet ve asayişe karşı faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde diğer vasıtalarla nispetle daha elverişli bir niteliğe sahip olması, bunlarla ilgili güvenlik meselesini ön plana çıkarmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere gerek 15 Temmuz darbe girişiminde aktif rol alan örgüt bağlantılı pilotların gerçekleştirdiği eylemler gerekse darbe girişiminden sonra örgüte sadakat bağıyla hareket eden kişilerce ya da farklı terör örgütü üyesi mensuplarınca işlenen fiillerin güvenlik

açısından ciddi tehlikeler meydana getirdiği izahtan varestedir. Dolayısıyla kanun koyucunun güvenlik boyutunun ön planda olduğu havacılık faaliyetlerinin kaynağını oluşturan pilot lisanslarına yönelik düzenlemeler yapması doğal karşılanabilir.

229. Terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin pilot lisansları iptal edilmek suretiyle bu belgelere dayanılarak kamu güvenliği aleyhine bir takım faaliyetlerin önüne geçilmesini hedefleyen kuralın millî güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması amacına yönelik elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

230. Kuralda öngörülen tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için ilgili kanunlarda gerekli güvencelere yer verildiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme yapılmadan uygulanan tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Komisyon ve idare mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari ve yargısal güvenceler sağlanmıştır. Buna göre keyfiliğe yol açabilecek uygulamalara karşı Kanun'da gerekli güvencelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

231. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl şartlarında Kanun'a ekli (1) sayılı listeyi kamu görevinden çıkarılan kişilerin pilot lisanslarının iptalini düzenleyen kuralın, kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından çalışma hak ve hürriyetine *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

232. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 23., 35., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 38., 70., mülga 91., mülga 121., 128., 129. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

h. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin "...ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir." Bölümü

233. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

234. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edilmelerini hükme bağlamaktadır.

235. Kamu görevinden çıkarılan kişilerin oturdukları kamu konutu ve lojmanlardan tahliyesini öngören kural, olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak bu dönemde uygulanmıştır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

236. Kişilerin ekonomik olarak daha uygun koşullarda oturdukları kamu konutları ve lojmanlarından tahliye edilmelerinin parayla değerlendirilebilecek nitelikte birtakım menfaatlerini etkileyeceği açıktır. Dolayısıyla kamu görevinden çıkarılan kişilerin söz konusu yerlerden tahliyesini öngören kural, mülkiyet hakkına sınırlama getirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, belediye tarafından tahsis edilen iş yerinden tahliyeye yönelik işlemi mülkiyet hakkı kapsamında incelemiştir (*Ayşe Öztürk*, B. No: 2013/6670, 10/6/2015).

237. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresi dışında kalan kısmı ile (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ve/veya memuriyetleri..." ibaresi ve Kanun'a ekli (1) sayılı listeye ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

238. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin

tedbirin doğal bir sonucu olarak görevleri nedeniyle kendilerine tahsis edilen kamu konutu veya vakıf lojmanlarından tahliye edilmelerini düzenleyen kuralın kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından kişilerin mülkiyet hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

239. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 35., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 36., 70., 125., 128., 129. ve 130. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 35., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

1. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Üçüncü Cümlesi

240. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

241. Kural, kamu görevinden çıkarılan kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaklarını hükme bağlamaktadır.

242. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik bir düzenleme olduğu açıktır. Yukarıda Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen kamu görevinden çıkarılan kişilerin bir daha kamu hizmetine alınmayacaklarına ilişkin kural kapsamında açıklandığı üzere dava konusu kural da kamu görevinden çıkarılan kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olmalarını engelleyerek olağanüstü hâl sonrası dönemi kapsayacak şekilde geleceğe yönelik yasaklama getirmektedir. Ancak söz konusu tedbirin düzenleyici işlemlerde olduğu gibi genel ve herkesi bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Kural olağanüstü hâl dönemindeki durumları değerlendirilerek terör örgütleriyle ya da millî güvenliğe aykırı faaliyette bulunan yapı oluşum veya gruplarla irtibatlı veya iltisaklı olduğu tespit

edilen kişilere özgü düzenleme getirmektedir. Başka bir ifadeyle kural, düzenleyici işlemlerde olduğu gibi benzer durumda bulunan kişilere ve olaylara olağanüstü hâl sonrası durumları da dikkate alınmak suretiyle uygulanacak şekilde geleceğe yönelik hüküm ve sonuç doğurma özelliği taşımamaktadır. Dolayısıyla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

243. Özel güvenlik şirketleri ile ilgili düzenlemeler 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'da yer almaktadır. Kanun'un 1. maddesinde, düzenlemenin amacının, kamu güvenliğini tamamlayıcı mahiyetteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu ifade edilmiştir.

244. Kanun'un 5. maddesinde, şirketlerin özel güvenlik alanında faaliyette bulunmasının İçişleri Bakanlığının iznine tabi olduğu belirtilmiş; 6. maddesinde, kamu güvenliğinin sağlanması yönünden 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu ile vali ve kaymakamlara verilen yetkilerin kullanılması durumunda özel güvenlik birimi ve özel güvenlik personelinin, mülkî idare amirinin ve genel kolluk amirinin emirlerini yerine getirmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

245. 5188 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ise hangi koruma ve güvenlik hizmeti için ne miktar ve özellikte ateşli silah bulundurulabileceğinin komisyon tarafından belirleneceği, özel güvenlik şirketlerine, para ve değerli eşya nakli, geçici süreli koruma ve güvenlik hizmetlerinde kullanılmak üzere, özel güvenlik eğitimi veren kurumlara, silah eğitiminde kullanılmak üzere, komisyonun kararı ve valinin onayı ile silah alma, kullanma ve taşıma izni verilebileceği belirtilmiştir.

246. Kanun'un 23. maddesinde, özel güvenlik görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları, bunlara karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenlerin kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi tecziye edilecekleri hükme bağlanmıştır.

247. Yine Kanun'un 7. maddesinde, kişilerin üstlerini dedektörle arama, eşyaları X-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirme, 5271 sayılı Kanun'un 90. ve 168. maddeleri gereği yakalama, görev alanında haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama, kişinin vücudu veya sağlığı

bakımından mevcut bir tehlikeden korunması amacıyla yakalama, eşyaları emanete alma, belli şartlarda zor kullanma ve konutlara girme, özel güvenlik görevlilerinin yetkileri arasında sayılmıştır.

248. Söz konusu düzenlemelere göre özel güvenlik şirketlerinin ve çalışanlarının kamu güvenliği alanında hizmet ifa ettikleri, çalışanlarının kendi görev sahalarında bireyler üzerinde yakalama, arama faaliyeti icra edebildikleri, gerektiğinde silah kullanma yetkisine sahip oldukları, özel güvenlik birimleri ve bu alandaki şirketlerin kuruluş ve faaliyetlerinin yetkili makamların izin ve gözetimi altında gerçekleşeceği dikkate alındığında bu şirketlerin kurucularının, ortaklarının ve çalışanlarının diğer özel sektörde faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlardan farklı özellikler taşıdığı açıktır.

249. Özel güvenlik hizmetleri alanında müteşebbis ya da çalışan olarak icra edilebilecek faaliyetler, devletin gözetimi ve denetimi altında, belli kanuni çerçeve içinde yerine getirilmektedir. Kamu görevinden çıkarılan kişilerin güvenlik alanında özel sektörde faaliyette bulunma imkânını ortadan kaldıran kural, çalışma hak ve hürriyetine sınırlama getirmektedir.

250. Terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatlı oldukları gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin kamu güvenliği alanında faaliyet gösteren özel güvenlik şirketlerinde görev almalarının yasaklanmasının millî güvenliğin sağlanması ve kamu düzeninin korunması meşru amacına dayandığı anlaşılmaktadır.

251. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler;..." bölümüne ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Buna göre dava konusu kuralla Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde düzenlenen çalışma hak ve hürriyetine getirilen sınırlama olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Bu nedenle kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırılması düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

252. Kişilerin özel güvenlik alanında gösterdiği faaliyetlerin kamu güvenliği ile doğrudan bir ilgisi bulunmaktadır. Nitekim kanun koyucu bu alanda faaliyette bulunmak veya çalışmak isteyen kişi ve kuruluşlara ilişkin belirli şartlar öngörmüş, bunları yetkili makamların iznine tabi kılmıştır. Kanun koyucunun anılan hususları gözeterek özel güvenlik alanında faaliyette bulunmak isteyen bireylere yönelik tedbir almasında, istihdamla ilgili şartları belirlemesinde takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Bunun bir gereği olarak kimlerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ya da çalışanı olacağına yönelik düzenlemeler yapılması doğaldır. Dolayısıyla kuralın millî güvenliğin sağlanması ve kamu düzeninin korunması amacına ulaşmada elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

253. Bunun yanında kuralda öngörülen tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için ilgili kanunlarda yeterli güvencelere yer verilmiştir. Başka bir ifadeyle bireyselleştirme yapılmadan uygulanan tedbirin her bir birey yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi için Komisyon ve idare mahkemesine başvuru imkânı getirilmek suretiyle etkili idari ve yargısal güvenceler sağlanmıştır. Buna göre keyfiliğe yol açabilecek uygulamalara karşı Kanun'da gerekli güvencelerin bulunduğu anlaşılmaktadır.

254. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında Kanun'a ekli (1) sayılı listeyi kamu görevinden çıkarılan kişilerin, özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaklarını öngören kuralın, demokratik anayasal düzenin ve kamu güvenliğinin korunması amacı bakımından kişilerin çalışma hak ve hürriyetine *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak* şekilde bir sınırlama getirdiği söylenemez.

255. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 35., 38., 70., mülga 91., mülga 121., 128., 129. ve 130. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

i. Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Dördüncü ve Beşinci Cümleleri

256. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgili nedeniyle Anayasa'nın 40. maddesi yönünden de incelenmiştir.

257. Kurallar, Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişiler hakkında görev yaptıkları bakanlıklar ve kurumlarınca ilgili pasaport birimine derhal bildirimde bulunulacağını, bu bildirim üzerine bu kişilerin pasaportlarının iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

258. 5682 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Türk vatandaşlarının Türkiye'den çıkabilmeleri için usulüne uygun, muteber bir pasaport veya bunun yerine geçen bir belge ibraz etmeleri gerektiği ifade edilerek bu belgelerin Türk vatandaşlarının ülkeden çıkabilmesinin gerekli ve zorunlu bir şartı olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 12. maddesinde pasaport türleri ile pasaport yerine geçecek belgelere ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

259. Kanun'un 12/A maddesinde, genel seyahat amaçlı düzenlenen ve tüm Türk vatandaşlarının edinebileceği "*umuma mahsus pasaport*" ile görev amaçlı düzenlenen "*diplomatik pasaport*", "*hususî damgalı pasaport*", "*hizmet damgalı pasaport*" ve yabancılar için düzenlenebilen "*yabancılar mahsus pasaport*" olmak üzere beş ayrı nitelikte pasaport öngörülmüştür.

260. Dava konusu kurallarda öngörülen tedbirin olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu açıktır. Kuralların Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için gerekli olan olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanıp uygulanmadığı şartı yönünden ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

261. Kurallarda öngörülen tedbir, olağanüstü hâli gerektiren tehlikenin bertaraf edilmesi amacına yönelik olarak bu dönemde uygulanmış hüküm ve sonuçlarını doğurmuştur. Kuralların ortaya çıkardığı sonuçların olağanüstü hâlden sonraki süreçte de devam etmesi bu dönemde uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlamına

gelmemektedir. Kurallar Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle defaten uygulanmış ve neticesini meydana getirerek tükenmiştir. Dolayısıyla kurallara ilişkin Anayasa’ya uygunluk denetiminin Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

262. Anayasa’nın “Yerleşme ve seyahat hürriyeti” başlıklı 23. maddesinde herkesin yerleşme ve seyahat hürriyetine sahip olduğu, seyahat hürriyetinin suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amaçlarıyla kanunla sınırlanabileceği, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin *ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararıyla sınırlanabileceği* hüküm altına alınmıştır.

263. Seyahat hürriyetinin bir görünümü olan *yurt dışına çıkma hürriyetinin* düzenlendiği Anayasa’nın 23. maddesinin üçüncü fıkrası 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’la değiştirilmiş ve madde bugünkü şeklini almıştır. Söz konusu Anayasa değişikliğinin gerekçesinde “*Maddede yapılan değişiklikte, idare tarafından, vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılmasına son verilmekte; yurt dışına çıkma hürriyetinin, sadece suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle ve hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilmesi ilkesi benimsenmektedir*” denilmek suretiyle vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin sınırlandırılmasında idareye herhangi bir takdir yetkisinin tanınmamasının ve sınırlamanın *ancak hâkim kararı ile yapılabilmesinin amaçlandığı* anlaşılmaktadır.

264. Maddenin ikinci fıkrasında genel anlamda seyahat hürriyetinin sınırlandırılmasında *suç soruşturması ve kovuşturması ile suç işlenmesini önlenmesi* şeklinde iki neden zikredilirken bu fıkra kapsamında hâkim kararı güvencesi öngörülmemiş, üçüncü fıkrada ise özel olarak vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyetinin tek bir sebeple yani suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlanabileceği ve bunun ancak hâkim kararına bağlı olarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

265. Yurt dışına çıkma özgürlüğü sadece Anayasa’nın 23. maddesinde belirtilen nedenlerle sınırlandırılabilir. Başka bir ifadeyle Anayasa koyucu, yurtdışına çıkma hürriyetinin *ancak suç soruşturması veya kovuşturması* nedeniyle ve *hakim kararı* ile kısıtlanabileceğini belirlemiştir.

266. Dava konusu kurallarda ise kamu görevinden çıkarılan kişilerin bir suç soruşturması ya da kovuşturması nedeniyle hâkim kararı şartına

bağlı olmaksızın ilgili bakanlık ve kurumca yapılan bildirim üzerine pasaportlarının iptal edileceği belirtilerek idari bir tasarrufla kişilerin yurtdışına çıkma hürriyetine sınırlama getirilmektedir.

267. Hâkim kararına dayanmaksızın kişilerin pasaportunun iptal edilmesine imkân tanıyan kurallar, olağan dönemde Anayasa'nın 23. maddesinin üçüncü fıkrasındaki seyahat özgürlüğü için öngörülen güvencelerle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırılması düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

268. Seyahat özgürlüğü, olağanüstü hâl yönetiminin benimsendiği dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, dokunulması yasaklanmış çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirlerin alınması mümkündür. Ayrıca anılan hak, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden güvenceler kapsamında değildir.

269. Seyahat özgürlüğüne olağanüstü dönemlerde kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca mümkün olmakla birlikte bu husus, yapılacak düzenlemelerde sınırsız bir takdir yetkisi tanındığı anlamına gelmemektedir. Anılan maddede olağanüstü hâllerde durumun gerektirdiği ölçüde söz konusu düzenlemelerin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olduğunun kabul edilebilmesi bunu aşan keyfi müdahalelere izin verilmemesi gerekir.

270. Darbe girişimini gerçekleştiren ya da millî güvenliğe aykırı faaliyetlerde bulunan bir örgüt veya oluşumla bağlantısı olduğu değerlendirilen kamu görevlilerinin pasaportlarının iptalini öngören kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Kuşkusuz devletin demokratik düzene tehdit oluşturan durumları bertaraf etmek için başvuracağı araçların kapsamını, içeriğini belirlemede geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

271. Bunun yanında *durumun gerektirdiği ölçünün* kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde kurallarda öngörülen tedbire karşı sağlanan idari ve yargısal güvencelerle birlikte sürecin bütününe dikkate alınması gerekir. Hangi şart ve durumda olursa olsun bir temel hak ve özgürlüğe sınırlandırma getiren düzenlemeye karşı bireylere etkili başvuru yolunun tanınmaması, tedbiri ölçülülük boyutundan uzaklaştırır. Bu, keyfilığe karşı hukukun mutlak üstünlüğünü öngören hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu gibi Anayasa'nın 40. maddesinin de bir gereğidir.

272. 7075 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesiyle kamu görevinden çıkarmaya bağlı olarak uygulanan ilave tedbirlere karşı idari ve yargısal başvuru yolları öngörülmekte ise de söz konusu düzenlemede 5682 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi saklı tutulmuştur.

273. 5682 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinde, genel olarak millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı nedeniyle olağanüstü hâl kapsamında kabul edilen kanunlar uyarınca kamu görevinden çıkarılmaları veya rütbelerinin alınmasına bağlı olarak pasaportları iptal edilenler ile haklarında pasaport verilmemesine yönelik idari işlem tesis edilenlere, maddede belirtilen şartları sağlamaları kaydıyla kolluk birimlerince yapılacak araştırma sonucuna göre İçişleri Bakanlığınca pasaport verilebileceği hüküm altına alınmakta iken Anayasa Mahkemesinin 3/6/2021 tarihli ve E.2019/114, K. 2021/36 sayılı kararı ile anılan maddenin iptaline, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı 14/7/2021 tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

274. Söz konusu hükmün iptal edilmiş olması dava konusu kurallar kapsamında pasaport iptalleriyle ilgili herhangi bir başvuru yolunun bulunmadığı anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle maddenin iptali, pasaportu iptal edilenlere karşı 7075 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinde öngörülen idari ve yargısal yollara başvuru imkânını sağlamamaktadır. Dolayısıyla kamu görevinden çıkarılarak pasaportları iptal edilen kişilerin söz konusu tedbire karşı başvuracakları etkili bir denetim mekanizması bulunmamaktadır.

275. Bu itibarla darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum

veya gruplarla mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında Kanun'a ekli (1) sayılı listeyle kamu görevinden çıkarılan kişilerin pasaportlarının iptal edileceğini öngören kurallar, kişilerin seyahat hürriyetine olağanüstü dönemde *durumun gerektirdiği ölçüyü* aşan bir sınırlama getirmektedir.

276. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 23. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kurallar Anayasa'nın 15., 23. ve 40. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121., 125., 128., 129. ve 130. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

j. Kanun'un 1. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrası

277. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40., 118. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

278. Kural, Kanun'a ekli (1) sayılı liste ile kamu görevinden çıkarılan kişilerin varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacaklarını, bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacaklarını hükme bağlamaktadır.

279. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik bir düzenleme olduğu açıktır. Yukarıda Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenen kamu görevinden çıkarılan kişilerin bir daha kamu hizmetine alınmayacaklarına ilişkin kural kapsamında açıklandığı gibi dava konusu kural da kamu görevinden çıkarılan kişilerin meslekten kaynaklanan mesleki ad, unvan ve sıfatların kullanılmasını engelleyerek olağanüstü hâl sonrası dönemi kapsayacak şekilde geleceğe yönelik yasaklama getirmektedir. Ancak söz konusu tedbirin, düzenleyici işlemlerde olduğu gibi genel ve herkesi bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Kural olağanüstü hâl dönemindeki durumları değerlendirilerek terör örgütleriyle ya da millî güvenliğe aykırı faaliyette bulunan yapı oluşum veya gruplarla irtibatlı veya iltisaklı olduğu tespit edilen kişilere özgü düzenleme getirmektedir. Başka bir ifadeyle kural,

düzenleyici işlemlerde olduğu gibi benzer durumda bulunan kişilere ve olaylara olağanüstü hâl sonrası durumları da dikkate alınmak suretiyle uygulanacak şekilde geleceğe yönelik hüküm ve sonuç doğurma özelliği taşımamaktadır. Dolayısıyla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

280. Kişilerin mesleklerine bağlı olarak sahip oldukları sıfat ve unvanları kullanmaları ve bunlardan kaynaklanan haklardan yararlanmalarının engellenmesi özel hayatlarını etkileyebilir. Kural, kamu görevinden çıkarılan kişilerin varsa uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve müsteşar, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacaklarını, bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacaklarını öngörmekle Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirmektedir.

281. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"Birinci fıkra gereğince kamu görevinden çıkarılan kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın rütbe...alınır."* bölümüne ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

282. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 70., 125., 128., 129. ve 130. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları, Anayasa'nın 15., 20., 40., 118. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

E. Kanun'un 3. Maddesinin ve Ekli (4) Sayılı Listenin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

283. Kanun'un dava konusu 3. maddesinde, 4/6/1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 55. maddesinin on dokuzuncu ve yirminci fıkraları ile geçici 27. maddesi uyarınca resen emekliye sevk edilenler ile kendi isteğiyle emekli olanlar veya Emniyet Teşkilatı Disiplin

Tüzüğü hükümlerine göre meslekten veya devlet memurluğundan çıkarılanlar ve müstafi sayılanlardan, millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan emekli emniyet teşkilatı personeli hakkında uygulanacak tedbirler düzenlenmiş, dava konusu ek (3) sayılı listede de haklarında tedbir uygulanan kişilerin isim ve soy isimlerine yer verilmiştir.

284. Maddenin birinci cümlesinde, madde kapsamında nitelikleri belirtilen emekli emniyet teşkilatı mensuplarından millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan ve Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan kişilerin rütbelerinin alınacağı öngörülmüştür.

285. Maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerinde, rütbeleri alınan kişilerin görev yaptıkları teşkilata ve kamu görevlerine yeniden kabul edilmeyecekleri, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyecekleri, uhdelерinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacakları, bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları, uhdelерinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerinin sona ermiş sayılacağı belirtilmiştir.

286. Maddenin dördüncü ve beşinci cümlelerinde ise rütbeleri alınan kişilerin silah ruhsatları, emekli polis kimlikleri, gemi adamı belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerinde pasaportlarının iptal edileceği, bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacakları hüküm altına alınmıştır.

287. 29/4/2015 tarihli Emniyet Hizmetleri Sınıfı Personeli Rütbe Terfileri ve Değerlendirme Kurullarının Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 5. maddesinde, emniyet teşkilatında rütbeler; sınıf üstü emniyet müdürü, birinci sınıf emniyet müdürü, ikinci, üçüncü, dördüncü sınıf emniyet müdürü, emniyet amiri, başkomiser, komiser, komiser yardımcısı, kıdemli başpolis memuru, başpolis memuru ve polis memuru olarak tasnif edilmiştir.

288. Kurallar kapsamında, emniyet teşkilatından farklı nedenlerle ayrılan 1. sınıf emniyet müdürü beş, 2. sınıf emniyet müdürü on bir, 3. sınıf emniyet müdürü iki, 4. sınıf emniyet müdürü üç, emniyet amiri altı, baş komiser beş, komiser 11, komiser yardımcısı altı, baş polis 31,

polis 154, sivil personel altı olmak üzere toplam 242 kişinin rütbelerinin alınmasına ve haklarında ilave tedbirler uygulanmasına karar verilmiştir.

289. 3201 sayılı Kanun'un 55. maddesinin on dokuzuncu ve yirminci fıkraları ile geçici 27. maddelerinde emniyet hizmetleri sınıfında değişik rütbe ve görevlerde bulunan personelin kadrosuzluk nedeniyle emekliye sevk edilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

290. Emniyet teşkilatı personeline ilişkin disiplin hükümleri 24/4/1979 tarihli ve 16618 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 23/3/1979 tarihli ve 7/17339 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile çıkarılan Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü kapsamında düzenlenmiş, olağanüstü hâl sürecinde çıkarılan 31/1/2018 tarihli ve 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanunla söz konusu hükümler yeniden ihdas edilmiştir.

291. 7068 sayılı Kanun'un geçici birinci maddesinde, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'u, 31/1/2013 tarihli ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanun'u ve 3201 sayılı Kanun ile Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü hükümlerine göre resen veya yetkili disiplin kurullarınca verilmiş olan disiplin cezalarının 7068 sayılı Kanun hükümleri uyarınca verilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

292. 7068 sayılı Kanun'un 8. maddesinde meslekten çıkarma, 9. maddesinde ise devlet memurluğundan çıkarma hâlleri düzenlenmiştir. Yine Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 8. maddesinde meslekten çıkarmayı, 9. maddesinde ise memurluktan çıkarmayı gerektiren durumlar sayılmıştır.

293. 7068 sayılı Kanun ve Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 9. maddesinde, memurluktan çıkarma cezası için 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiş; ayrıca 7068 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (a) bendinde, ülkenin bağımsızlığını zedelemeye, bütünlüğünü bozmaya ve millî güvenliği tehlikeye düşürmeye yönelik herhangi bir faaliyette bulunmak veya aynı nitelikte faaliyet gösteren herhangi bir harekete, gruplaşmaya, vakıf, dernek ve benzeri teşekküle katılmak, bunlara yardım etmek veya bu yapılarla ilişki içerisinde bulunmak fiilinin kanun kapsamında devlet memurluğundan çıkarma cezası yaptırımına tabi olduğu belirtilmiştir.

294. 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde, disiplin cezaları düzenlenmiş; maddenin birinci fıkrasının (E) bendinde, devlet memurluğundan çıkarılma cezasını gerektiren hâller tek tek sayılmıştır. Bendin (I) alt bendinde, terör örgütleriyle eylem birliği içinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmanın, bu örgütlerin propagandasını yapmanın memurluktan çıkarma cezasını gerektiren durumlar olduğu belirtilmiştir.

295. 657 sayılı Kanun'un 94. maddesinde ise devlet memurunun bağlı olduğu kuruma yazılı olarak müracaat etmek suretiyle memurluktan çekilme isteğinde bulunabileceği, mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevi terk etmesi ve bu terkin kesintisiz on gün devam etmesi hâlinde yazılı müracaat şartı aranmaksızın çekilme isteğinde bulunmuş sayılacağı belirtilmiştir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

296. Dava dilekçesinde özetle; kuralların Kanun'un 1. maddesi ile ekli (1) sayılı listeye yönelik gerekçelerle Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121., 125., 128. ve 129. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Cümlesi, Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...emekli polis kimlikleri, ..." İbaresini ve Ek (4) Sayılı Liste

297. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

298. Dava konusu kurallarda, millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan ve ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin rütbelerinin alınacağı ve emekli polis kimliklerinin iptal edileceği hükme bağlanmıştır.

299. Kurallarda öngörülen rütbelerin alınması ve emekli polis kimliklerinin iptal edilmesine yönelik tedbirlerin olağanüstü hâl ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik olup olmadığının değerlendirilmesi için emekli emniyet teşkilatı personeli sıfatının, kişilere ne tür avantajlar sağladığı ve bunun millî güvenlik

aleyhine faaliyetlerde bulunmayı kolaylaştırıcı bir etkisinin bulunup bulunmadığı ve bu doğrultuda kişilere tedbir uygulanmasının hangi ölçüde olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesi amacına hizmet edebileceği hususunun incelenmesi gerekir.

300. Doğrudan kamu otoritesini kullanma yetkisi olmasa da FETÖ/PDY'nin hiyerarşik yapısı, bağlılık ve sadakat gibi unsurlar dikkate alındığında millî güvenlik aleyhine faaliyette bulunmak isteyen örgüt bağlantılı emekli emniyet teşkilatı personeli olan bir kişinin bu sıfatın sağlayacağı avantajları örgüt menfaatleri doğrultusunda kullanabilmesi mümkündür. Emniyet teşkilatı personeli unvanına sahip olmanın, kişiler ve devlet nezdinde güven oluşturmada etkili bir araç olarak kullanılabileceği ve bu güvenin devlet ve kamu güvenliği aleyhine bazı faaliyetlerde bulunmayı kolaylaştıracağı söylenebilir.

301. Kurallarla emekli emniyet teşkilatı mensubu kişilerin rütbeleri alınırken bu sıfatın sağladığı avantajlar ortadan kaldırılmaktadır. Nitekim emniyet teşkilatından emekli olmak, kişilere 6136 sayılı Kanun kapsamında kamu görevlisi silah taşıma ruhsatına sahip olma, pilot lisansı, dalgıçlık sertifikasına sahip olma, özel güvenlik sertifikasına sahip olma, emekli emniyet mensubu kimliğine bağlı olarak sosyal tesislerden yararlanma gibi birtakım haklar sağlamaktadır.

302. Dolayısıyla kurallarda yer alan tedbirler bir bütün olarak değerlendirildiğinde emekli emniyet teşkilatı personeli olanların rütbelerinin alınması ve emekli polis kimliğinin iptalinin olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi amacına yönelik olmadığı söylenemez. Öte yandan kurallarda öngörülen tedbirler defaten uygulanmış ve neticesini meydana getirerek tükenmiştir. Dolayısıyla kurallara ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir.

303. Kurallar kapsamında rütbeleri alınarak polis kimliği iptal edilen emekli emniyet teşkilatı personelinin bunların sağladığı haklardan yararlanma, bu sıfatların sağlayacağı sosyal statü gibi kazanımlarına son verilmiştir. Özel hayata saygı hakkı, bireyin diğer insanlarla ve dış dünya ile iletişim kurma hakkını yani sosyalleşme hakkını da kapsar. Bireyin sosyalleşmesinin temel araçlarından olan iş ya da mesleki faaliyetleri ya da bunların kazanımlarının, kişinin yaşamına katacağı değer (meslek yaşamında elde edilen unvana bağlı olan statü vs.)

özel hayata saygı hakkı bağlamında oldukça önemli bir yer tutar. Bu yönüyle emeklilik statüsü ile kişinin meslek yaşamı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Ayrıca kişilerin daha önceki mesleki faaliyetleri kapsamında elde ettiği kazanımlarının yok edilmesi, buna bağlı ileriye yönelik birtakım faaliyetlerde bulunma imkânını da (mesleğine bağlı bir alanda iş kurma, çalışma vs. gibi) ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan kurallarda öngörülen tedbirlerin Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkıyla yakından ilgili olduğu ve bu hakka sınırlama getirdiği açıktır.

304. Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olduğu gerekçesiyle emekli emniyet teşkilatı personelinin rütbelerinin alınmasını ve emekli polis kimliklerinin iptalini öngören kuralların milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanmasına yönelik meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

305. Kuralların Anayasa'nın 13. maddesindeki kanunilik şartı yönünden değerlendirilmesinde, Kanun'un 1. maddesinde düzenlenen kamu görevinden çıkarma tedbirinden farklı olarak *iltisak ve irtibat* terimleri yanında *aidiyet* ibaresi kullanılmıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre aidiyet, *ilişkinlik ve ilgi* anlamına gelmektedir. Söz konusu kavramın kapsam ve sınırları durum ve şartlara göre yargı içtihatlarıyla tespit edilebilecek niteliktedir. Bu nedenle anılan kavramın belirsiz olduğu söylenemez.

306. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresi dışında kalan kısmı ile (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ve/veya memuriyetleri..." ibaresi ve Kanun'a ekli (1) sayılı listeye ilişkin açıklanan gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kurallar yönünden de geçerlidir.

307. Buna göre millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kişilerin usulüne uygun bir soruşturma yapılmadan haklarındaki isnatlarla ilgili savunma ve delil sunma hakkı tanınmadan liste yöntemiyle rütbelerinin alınması ve emekli polis kimliklerinin iptal edilmesini öngören kurallarla Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen

sınırlama, olağan dönemde kanunilik şartını taşımadığı gibi söz konusu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu da söylenemez. Bu nedenle kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlanmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir.

308. Kurallarda öngörülen tedbirler *kapsam itibarıyla* ele alındığında emniyet teşkilatından farklı rütbelerde emekliye ayrılan personelin rütbeleri alınmış ve emekli polis kimlikleri iptal edilmiştir.

309. FETÖ/PDY gibi bir örgütün kendi çıkarlarını gerçekleştirmek adına her bir mensubundan etkili bir şekilde yararlandığı ve örgüt amaçları doğrultusunda bu kişileri etkili bir şekilde organize edebildiği hususu dikkate alındığında düşük rütbeli bir polis memuru emeklisi ile 1. sınıf emniyet müdürlüğünden emekli olan emniyet mensubu arasında millî güvenliğe tehlike oluşturması açısından önemli bir fark bulunmadığı anlaşılmaktadır.

310. Buna göre FETÖ/PDY ile iltisak, irtibat veya aidiyet bağı olan emekli emniyet teşkilatı personelinin hangi sıfatla emekli olduğuna bakılmaksızın tedbir kapsamına alınmasında objektif, kabul edilebilir nedenlerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tedbirin her rütbeden emekli polis memuruna uygulanarak kuralın kendi içinde kapsamının geniş tutulmasının, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması bakımından *elverişli ve gerekli* olduğu söylenebilir.

311. Kamu güvenliğinin sağlanmasında hayati öneme sahip kurumlardan birisi olan emniyet teşkilatında farklı pozisyonlarda görev yapıp emekli olan ve örgütle bağlantısını devam ettiren emekli bir personelin, örgütün görevde olsun ya da olmasın tüm mensup ve bağlılarını, belli bir hiyerarşi içerisinde organize etme potansiyeline sahip olduğu da dikkate alındığında söz konusu sıfattan kaynaklanan hakların millî güvenlik aleyhine birtakım faaliyetlerin icrasında kullanması mümkündür.

312. Kurallar kapsamında haklarında tedbir uygulanması gerekenlerin tespit edilerek listelerin hazırlandığı ve bunların Bakanlar Kurulunca değerlendirilerek rütbelerinin alınmasına karar verildiği, bu kişiler hakkında herhangi bir idari soruşturmanın yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle *kuralların yöntem* açısından da Anayasa'nın

15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

313. Bu hususta *yönteme ilişkin olarak* Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresi dışında kalan kısmı ile (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ve/veya memuriyetleri..." ibaresi ve Kanun'a ekli (1) sayılı listeye ilişkin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında açıklanan gerekçeler dava konusu kurallar yönünden de geçerlidir.

314. Buna göre, darbe girişimiyle devletin demokratik düzenine açık ve yakın bir tehlike oluşturan FETÖ/PDY terör örgütü ile mücadele etmek amacıyla olağanüstü hâl koşullarında olağan usullerin ötesinde bir uygulamayla liste usulüne göre emekli emniyet teşkilatı personelinin rütbelerinin alınması ve emekli polis kimliğinin iptalini öngören kuralların olağanüstü hâl neden olan şartlar ve özellikle bireyselleştirmeyi sağlamaya elverişli idari ve yargısal başvuru imkânları dikkate alındığında milli güvenliğin ve demokratik anayasal düzenin korunması amacı bakımından kişilerin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına *durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak şekilde* bir sınırlama getirdiği söylenemez.

315. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kurallarla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 125., 128. ve 129. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., 70., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. Kanun'un 3. Maddesinin İkinci Cümlesinin "Bu kişiler görev yaptıkları teşkilata ve kamu görevlerine yeniden kabul edilmezler doğrudan ve dolaylı görevlendirilemezler; ..." Bölümü

316. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

317. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin bir daha kamu görevlerine

kabul edilmeyeceklerini, doğrudan ya da dolaylı olarak görevlendirilmeyeceklerini hükme bağlamaktadır.

318. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...ve bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler;..." bölümüne ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

319. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 70. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 36., 125. ve 128. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 70. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 35., 38., 48., 49., mülga 91., mülga 121. ve 129. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

c. Kanun'un 3. Maddesinin İkinci Cümlesinin "...ayrıca bunlar uhdelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamazlar ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamazlar." Bölümü

320. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

321. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin uhdelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacakları, bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacaklarını hükme bağlamaktadır.

322. Kanun'un 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

323. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 125., 128. ve 129. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından

anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., 70., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

d. Kanun'un 3. Maddesinin Üçüncü Cümlesi

324. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

325. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin sona ermiş sayılacağını hükme bağlamaktadır.

326. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "...bunların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır." bölümüne ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

327. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 35., 36., 70., 125., 128. ve 129. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 20., 40. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 38., 48., 49., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

e. Kanun'un 3. Maddesinin Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "Bunların silah ruhsatları,..." İbaresini

328. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

329. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin hangi sebeple edinildiğine bakılmaksızın silah ruhsatlarının iptal edilmesini hükme bağlamaktadır.

330. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"Bunların silah ruhsatları..."* ibaresine ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

331. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 35., 40. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 36., 125., 128. ve 129. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 35., 40. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 20., 23., 38., 48., 49., 70., mülga 91. ve mülga 121. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

f. Kanun'un 3. Maddesinin Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...gemi adamlığına ilişkin belgeleri,..." İbaresesi

332. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

333. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin her türlü gemi adamı yeterlik belgesi, uzmanlık belgesi ve gemi adamı cüzdanının tayfa sınıfı veya zabitan sınıfı ayrımı yapılmaksızın iptal edileceği hüküm altına alınmaktadır.

334. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin *"...gemi adamlığına ilişkin belgeleri..."* ibaresine ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

335. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 23., 35., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 38., 70., mülga 91. ve mülga 121., 128. ve 129. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

g. Kanun'un 3. Maddesinin Dördüncü Cümlesinin "...pilot lisansları...iptal edilir." Bölümü

336. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

337. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin pilot lisanslarının iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

338. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin "...ve pilot lisansları iptal edilir..." bölümüne ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

339. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 23., 35., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 38., 70., mülga 91. ve mülga 121., 128. ve 129. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

h. Kanun'un 3. Maddesinin Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları..." İbaresini

340. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. maddesi yönünden de incelenmiştir.

341. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin pasaportlarının ilgili birim tarafından iptal edileceğini hükme bağlamaktadır.

342. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerine ilişkin gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

343. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 23. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Muammer TOPAL ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 15., 23. ve 40. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49., 70., mülga 91., mülga 121., 125., 128. ve 129. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

1. Kanun'un 3. Maddesinin Beşinci Cümlesi

344. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 40. ve 119. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

345. Kural, rütbeleri alınan Kanun'a ekli (4) sayılı listede yer alan emniyet teşkilatı personelinin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaklarını hükme bağlamaktadır.

346. Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesine ilişkin gerekçeler uygun olduğu ölçüde dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

347. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralla ilgili Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 8., 9., 17., 20., 36. ve 125. maddeleri çerçevesinde ileri sürülen aykırılık iddiaları Anayasa'nın 15., 40., 48., 49. ve 119. maddeleri kapsamında ele alındığından anılan hükümler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 23., 35., 38., 70., mülga 91., mülga 121., 128. ve 129. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F. Kanun'un 4. Maddesinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

348. Kural, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 133. maddesi uyarınca kayyım atanan şirketlerde, ceza soruşturmasının başladığı tarihten maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemlerinin muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılacağını ve ticaret sicilinden resen terkin edileceğini hükme bağlamaktadır.

349. Kuralın yer aldığı 7086 sayılı Kanun ilk kez 686 sayılı KHK olarak düzenlenmiş ve söz konusu KHK 7/2/2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 7086 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi ise 8/3/2018'dir. Dolayısıyla kuralda geçen "*maddenin yürürlüğe girdiği tarih*"ın 8/3/2018 olduğu anlaşılmaktadır.

350. Şirket yönetimi için kayyım tayini, 5271 Kanun'un 133. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkemenin, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği, atama kararında yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığının veya yönetim organının yetkilerinin tümüyle kayyımına verildiğinin açıkça belirtileceği, kayyım tayinine ilişkin kararın, ticaret sicili gazetesinde ve diğer uygun vasıtalarla ilan olunacağı belirtilmiştir. Fıkra da geçen şirket kavramının, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre kurulan adi ortaklıklar ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen kollektif, komandit, anonim, limitet veya kooperatif şirketlerini kapsadığı anlaşılmaktadır.

351. 15 Temmuz darbe girişiminden sonra daha yoğun olmakla birlikte darbe girişiminden önceki tarihlerden başlamak üzere FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi gereği mahkemeler tarafından bazı şirketlerin yönetimine kayyım atanmasına karar verilmiştir.

352. 15/8/2016 tarihli ve 674 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında KHK'nın 19. ve 20. maddeleriyle terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı nedeniyle 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi uyarınca mahkemeler tarafından kayyım atanana ya da atanacak şirketlerdeki kayyımlık görev ve yetkilerinin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devredileceği belirtilmiş; söz konusu şirket ve varlıkların satış ve tasfiyesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Anılan KHK 10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır.

353. Olağanüstü hâl sürecinde yayımlanan ve kanunlaşan farklı KHK'lar ile, kayyımlık görevi TMSF'ye devredilen veya kayyım olarak TMSF'nin atandığı şirketler ve varlıklarla ilgili ek düzenlemeler yapılmış,

yetkili hakim veya mahkemeler tarafından FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olan gerçek ve tüzel kişilerin yüzde elliden daha az ortaklık payı olduğu şirketlerde, bu payların yönetimi ve temsili amacıyla TMSF'nin hisse/pay kayyımı (kısmi kayyım) olarak atanabileceği, gerçek kişilerin şahsi mal varlıkları için de TMSF'nin kayyım olarak görevlendirilebileceğine ilişkin hükümler ihdas edilmiştir.

354. Dava konusu kuralda öngörülen tedbirin uygulanması için; şirketin yönetimini elinde bulunduran hâkim ortaklar hakkında bir ceza soruşturmasının yürütülmesi, şirkete 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi gereği kayyım tayin edilmesi, ceza soruşturmasının başladığı tarih ile kuralın yürürlüğe girdiği tarihler arasında şirket ortaklarının (soruşturmaya maruz kalmayan şirket ortağı da dâhil) pay ve haklarına ilişkin üçüncü kişilere devir ve temlik yapılması gerekmektedir.

355. Şirketlerde ortaklık pay veya pay senetlerinin devri ile ilgili olarak mevzuatta farklı koşullar öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemelerde ciro, zilyetliğin devri ve pay defterine kayıt, alacağın temliki, noterde hisse devri sözleşmesi ve şirket tarafından hisse devrinin kabulü, devir beyanının yönetim kurulu ve ortaklar kurulu tarafından kabulü gibi usuller, hisselerin devrinde kurucu unsur olarak belirlenmiştir.

356. Kuralda, olağanüstü hâlin ilan edildiği 21/7/2016 tarihinden önceki devir ve temliklerin de muvazaalı kabul edilerek tedbir kapsamına alındığı anlaşılmaktadır. Nitekim olağanüstü hâl sürecinde söz konusu işleme tabi tutulan toplam 798 şirketin bir kısmına olağanüstü hâlden önce soruşturma başlatılarak kayyım ataması gerçekleştirilmiştir.

357. Kuraldaki tedbirin hukuki gerekçesini oluşturan muvazaa kavramı, 6098 sayılı Kanun'un 19. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede; bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradelerinin esas alınacağı, borçlunun yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamayacağı belirtilmiştir.

358. Genel olarak muvazaa, bir hukuki ilişkinin taraflarının dışarıya karşı bir işlem yapmış olarak görünmelerine (göstermelerine) rağmen gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmamak veya gösterdiklerinden başka

bir işlem yapmak konusunda anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır. Muvazaada görünürdeki işlem yok hükmünde olduğu için taraflar açısından herhangi bir sonuç doğurmayacağı gibi kural olarak bu işlem üçüncü kişiler hakkında da batıl kabul edilecektir. Ancak 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesinde düzenlenen tapu siciline güven ilkesi gibi mevzuatta öngörülen istisnai durumlar ile dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ileri sürülmesi hâlinde muvazaa iddiasının dikkate alınması mümkün değildir. Bunun yanında gizlenen işlem için sözleşmenin geçerlilik şartlarının yerine getirilmesi durumunda bu işlem geçerli olarak kabul edilebilecektir.

359. Genel kabule göre muvazaalı işlemin hükümsüzlüğünü ispat yükü, muvazaa olgusunu iddia eden kişiye düşmektedir. Üçüncü kişilerin muvazaayı her türlü delille ispatlamaları mümkündür. Taraflar ise yazılı veya resmî şekilde yapılmış bir sözleşmedeki muvazaayı ancak yazılı delille ispat edebilirler.

360. Yargıtay da muvazaanın varlığını iddia eden tarafın veya bunların ardılı sıfatı ile hareket edenlerin, başka bir anlatımla sözleşmenin taraflarından birine bağlı olarak dava açan kişinin bu iddiasını ispat etmesi gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2013/9283, K.2013/23371, 20/12/2013).

361. Bunun yanında Yargıtay özellikle resmî sicillere bağlı tutulan malların muvazaalı devrinde de 6098 sayılı Kanun'un 19. maddesinin uygulanabileceğini (Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, E.2014/20311, K.2017/4877, 3/10/2017), şirket hisse devirlerinde muvazaa iddiasının dinlenilmesinde şirketin ticaret sicilindeki tüm kayıtlarının getirilmesi, hisselerin yazılı bir pay devri ile mi yoksa başka bir şekilde mi intikal ettiği hususlarında ayrıca araştırma yapılması ve buna göre muvazaa iddiasının ne şekilde ispat edileceğinin belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2014/17754, K.2015/12494, 24/11/2015).

362. Dava konusu kuralda, belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde ortaklık pay ve haklarının devir işlemlerinin muvazaalı olduğu yönünde karene öngörüldüğü anlaşılmaktadır. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinde, ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu,

kanuni bir karineye dayanan tarafın, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altında olduğu, kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı tarafın, kanuni karinenin aksini ispat edebileceği hüküm altına alınmıştır.

363. Doktrinde genel olarak karine, bilinen bir vakıadan varlığı belirsiz bir olgu hakkında çıkarım yapılması olarak tanımlanmaktadır. Buna göre karineler kendi içerisinde fiili ve yasal karineler olarak tasnif edilebilir. Bir vakıa hakkında belli bir kanıya ulaşmayı sağlayan olgular ve buna bağlanan sonuç kanun hükmünde düzenlenmişse bu kanuni karine olarak ifade edilir. Somut olayın koşulları, kanuni karinede belirlenen şartları karşıladığı takdirde hâkim karineye bağlanan sonuca göre hareket etmek zorundadır. Başka bir ifadeyle kanuni karinelerin sonuçları hâkim üzerinde bağlayıcı bir etkiye sahiptir. Kanuni karineler, adi ve kesin kanuni karineler olarak sınıflandırılabilir. Adi kanuni karinelerin aksi ispat edilebilirken kesin kanuni karinelerin aksinin ispatı mümkün değildir. Buna karşın fiili karine, hayat tecrübelerinden yararlanarak bilinmeyen vakıalar hakkında belirli bir yargıya ulaşılması anlamına gelmektedir. İspat kolaylığı sağlayan fiili karinelerin hâkim tarafından deliller yorumlanırken göz önüne alınması gerekir.

364. Yapılan açıklamalara göre kural kapsamında, kayyım atanan şirketlerin hâkim ortakları hakkında ceza soruşturmasının başlatılması hâlinde bu tarihten, kuralın yürürlüğe girdiği tarihe kadar şirket ortaklarının şirketteki pay ve haklarına ilişkin yaptıkları devir ve temlikler muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılmaktadır. Anılan şartların gerçekleşmesi işlemin muvazaalı olduğu sonucuna ulaşılması için yeterlidir. Dolayısıyla söz konusu şartların gerçekleşmesi hâlinde işlemin muvazaalı olmadığına iddia ve ispat edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Kişiler ancak karineye ulaşmayı sağlayan olgular yani kuralda öngörülen şartların gerçekleşmediğini (devir ve temlikten belirtilen tarihler arasında yapılmadığı gibi vs.) ispat etmek suretiyle işlemin kanun kapsamında olmadığını ileri sürebileceklerdir. Bu açıdan kuralda öngörülen karinenin kesin bir kanuni karine olduğu açıktır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

365. Dava dilekçesinde özetle; kuralla geçmişte yapılmış bazı devir işlemlerinin herhangi bir soruşturma ya da incelemeye tabi

tutulmadan muvazaalı sayılarak geçersiz sayıldığı, üçüncü kişilerin malvarlığına yapılan müdahaleyi haklı kılacak herhangi bir kamu yararının bulunmadığı, bir işlemin muvazaalı olup olmadığının tespitinin yargılamayı gerektirdiği, dolayısıyla yargısal bir inceleme sonucu verilecek kararlar tespit edilmesi gereken muvazaanın doğrudan yasal düzenlemeye konu edilmesinin fonksiyon gaspı anlamına geldiği, kuralda aksinin ispatı mümkün olmayan kanuni bir karine ile üçüncü kişilerin mal varlığına el konulmasının Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu, genel müsadere şeklinde hiçbir gerekçe gösterilmeden tüm pay devirlerinin geçersiz sayılarak üçüncü kişilerin pay ve haklarına el konulmasının mülkiyet hakkını zedelediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 9., 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

366. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

367. Kuralda, 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesi gereği kayyım atanan şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten, kuralın yürürlüğe girdiği tarihe kadarki süreçte yapılan devir ve temliklerin muvazaalı kabul edilerek iptal edileceği hükme bağlanmıştır.

368. Kuralda geçen *“soruşturmanın başladığı tarih”* ibaresi kayyım atanan her bir şirket için farklı tarihleri gündeme getirmektedir. Kuralın uygulamaya gireceği tarih net bir şekilde ifade edilmediğinden olağanüstü hâlin yürürlüğe girdiği 21/7/2016 tarihinden önceki dönemde kayyım atanan şirketler hakkında da uygulanmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural, olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresinin öncesini kapsayacak şekilde uygulanma imkânına sahiptir. Başka bir ifadeyle kural olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu nedenle kurala ilişkin incelemenin Anayasa'nın olağan dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre yapılması gerekir.

369. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında *“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler*

kurmak serbesttir.” denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Sözleşme özgürlüğü devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması anlamına gelmektedir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

370. Kuralla, 5271 sayılı Kanun’un 133. maddesi gereği kayyım atanan şirketlerde ceza soruşturmasının başladığı tarih ile kuralın yürürlüğe girdiği tarihler arasında hukuk düzeninin öngördüğü şekilde şirket ortaklık pay ve hakkı elde eden kişilerin devir ve temliklerinin geçersiz sayılarak iptal edilmesi, Anayasa’nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını sınırlandırdığı gibi hukuk düzeninin öngördüğü şekilde geçerli olarak yapılan devir ve temliklerin temelinde yatan işlemlerin (hisse devir sözleşmesi, alacağın temliki vs.) geçersiz sayılması suretiyle Anayasa’nın 48. maddesinde güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü de sınırlandırılmaktadır.

371. Mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilirken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Anayasa’nın anılan maddesi uyarınca temel haklara sınırlama getiren düzenlemelerin, Anayasa’da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

372. Kuralın millî güvenliğe ve kamu düzenine aykırı faaliyetlerin odağı hâline gelebilecek şirketlerin mal varlığının kaçırılmasının önlenerek bunların anılan faaliyetlerde finanse edilmesini engellemek amacıyla ihdas edildiği dolayısıyla meşru bir amacının olduğu ve bu amacı gerçekleştirmek için elverişli ve gerekli olduğu söylenebilir.

373. Kuralla, kayyım atanan şirketlerde ceza soruşturmasının başladığı tarihten 8/3/2018 tarihine kadarki süreçte şirket ortaklarının pay ve haklarına ilişkin üçüncü kişilerle yaptıkları devir ve temlikler muvazaalı kabul edilerek iptal edilmekte ve resen ticaret sicilinden terkin edilmektedir. Kural, yapıldığı dönemde yürürlükteki hukuk kurallarına göre geçerli olarak varlık kazanmış ve tamamlanmış hukuki

işlemlere doğrudan müdahale ederek bu işlemlerin geçerliliğini ortadan kaldırmaktadır.

374. Kural kapsamındaki devir ve temlikler (sözleşmeler), aksinin iddia ve ispat edilmesi mümkün olmayan kanuni bir karine oluşturulmak suretiyle geçersiz hale getirilmektedir. Başka bir ifadeyle kayyım atanan şirketlerde ortaklık pay ve hakkını devralan iyiniyetli üçüncü kişilerin kuralla getirilen kanuni karinenin aksini yani işlemin muvazaalı olmadığını iddia ve ispat etme imkânları bulunmamaktadır. Bu yönüyle kuralın ihdas amacına uygun kullanılmasını sağlayacak ve bu konudaki keyfilikleri önleyecek yasal güvencelerin temin edilmediği anlaşılmaktadır.

375. Buna göre hukuki ilişkinin kurulduğu tarih itibarıyla yürürlükte olan kanun hükümlerine uygun olarak kazanılan şirket ortaklık pay ve hakkının aksinin iddia ve ispat edilmesi mümkün olmayan kanuni bir karineyle muvazaalı olduğu kabul edilerek ortadan kaldırılmasını öngören kural, kişilere aşırı bir külfet yükleyerek mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğüne orantısız ve dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.

376. Bu çerçevede kuralın olağan dönemde Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde yapılan tespit, kuralların olağanüstü dönemde Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususunda herhangi bir değerlendirmeyi kapsamamaktadır.

377. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 13., 35. ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 9. ve 38. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

378. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte,

6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

379. 7086 sayılı Kanun'un; 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü ve beşinci cümleleri ile 3. maddesinin dördüncü cümlesinin "...ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları..." ibaresinin ve 4. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu kurallara ilişkin iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

380. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların bu hâliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

6/2/2018 tarihli ve 7086 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesi Dair Kanun'un;

A. 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...üyeliği, mensubiyeti veya..." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerine,

2. 3. maddesinin dördüncü cümlesinde yer alan "...ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları..." ibaresine,

3. 4. maddesine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu maddeye, cümlelere ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

C. 1. 1. maddesinin;

a. (1) numaralı fıkrasının;

i. Birinci cümlesinde yer alan “...üyeliği, mensubiyeti veya...” ibaresi dışında kalan kısmına,

ii. İkinci ve üçüncü cümlelerine,

b. (2) numaralı fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerine,

c. (3) numaralı fıkrasına,

2. 3. maddesinin;

a. Birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci cümlelerine,

b. Dördüncü cümlesinde yer alan “...ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları...” ibaresi dışında kalan kısmına,

3. Ekli (1) ve (4) sayılı listelerine,

yönelik iptal talepleri 24/6/2021 tarihli ve E.2018/81, K.2021/45 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra, cümlelere, kısımlara ve listelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

24/6/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

6/2/2018 tarihli ve 7086 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesi Dair Kanun’un;

A. 1. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasının;

a. Birinci cümlesinin;

i. “...üyeliği, mensubiyeti veya...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

ii. Kalan kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. İkinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (2) numaralı fıkrasının;

a. Birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. Dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Muammer TOPAL ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükümlerinin, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 3. maddesinin;

1. Birinci, ikinci, üçüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Dördüncü cümlesinin;

a. "...ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL ile Basri BAĞCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

b. Kalan kısmının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 4. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. Ekli (1) ve (4) sayılı listelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

24/6/2021 tarihinde karar verildi.

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞI OY

İptal istemine konu edilen 7086 sayılı Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasının 3 ve 4. cümleleri ile 2. fıkrasının 4. cümlesinde, hakkında göreve son verme tedbiri uygulanan kamu görevlileri ile rütbeleri geri alınan eski emniyet mensuplarının pasaportlarının iptal edileceğine dair hükümler vaz edilmiştir.

Kişilere pasaport verilmesinin, onların yurt dışına çıkabilmeleri için gerekli ön koşul olması sebebiyle konunun yurt dışına çıkma hakkıyla doğrudan ilişkili bulunduğu tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasanın yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddesinin 5. fıkrası yurt dışına çıkma hürriyetinin ancak suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle ve hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilirliğini açıkça düzenlemektedir.

Olağan dönemde anayasal olarak yurt dışına çıkışın engellenmesi noktasında idari birimlere bir yetki verilmediği gibi bu yönde bir düzenleme yapılması da mümkün değildir.

Bununla birlikte Anayasa'nın 15. maddesi olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasına imkân tanımaktadır.

Yurt dışına çıkma hakkı ayrıca Anayasa'da mutlak bir hak olarak düzenlenmiş de değildir. Bu nedenlerle olağanüstü dönemlerde 15. maddede öngörülen şartlar dahilinde kısıtlanması mümkündür.

İptal istemine konu edilen düzenlemenin olağan dönemde Anayasa'nın 13. maddesi gereğince yapılacak değerlendirme kapsamında Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır.

Çoğunluk, düzenlemede etkili bir başvuru mekanizması bulunmaması ve yargısal bir denetime imkân tanınmaması noktalarından hareketle Anayasa'ya aykırılık olduğu sonucuna ulaşmıştır.

İptal istemine konu edilen Kanunun kabulünden sonra yürürlüğe giren 7188 sayılı Kanunun 2. maddesi ile Pasaport Kanunu'na eklenen 7. maddede; gerek görevlerine son verilen kamu görevlileriyle ve gerekse rütbelerinin alınması nedeniyle pasaportları iptal edilen kişiler açısından pasaportlarının kendilerine verilmesi noktasında İçişleri Bakanlığına yetki verilmiştir.

Söz konusu bu düzenleme ile ilgililer açısından durumlarının idari bir makam tarafından yeniden değerlendirilmesi imkânı temin edilmiştir. İdarenin yaptığı değerlendirmenin kendi lehlerine sonuçlanmaması durumunda muhatapların yargı yoluna müracaat edebileceklerinde tereddüt bulunmamaktadır.

7188 sayılı Kanun ile sonradan getirilen düzenleme çoğunluğun gerekçesini tamamen ortadan kaldırdığından iptal düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Basri BAĞCI

Esas Sayısı : 2020/91
Karar Sayısı : 2021/73
Karar Tarihi : 13/10/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 10/12/2021-31685

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2020/91)
2. Bolu 3. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2021/12)
3. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2021/32)
4. Bafra 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2021/108)

İTİRAZLARIN KONUSU: 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın bentlerini bağlayan hükmü ile (a) bendinin anılan fıkra da yer alan "...kasten yaralama (madde 86)..." ve "...hakaret (madde 125)..." ibareleri yönünden ve (b) bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıklar hakkında kasten yaralama, tehdit ve hakaret suçlarından açılan davalarda itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı ek 12. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 12- (Ek: 2/1/2014-6514/47 md.)

Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işlenen kasten yaralama suçu, 4/12/2004

tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında tutuklama nedeni varsayılan suçlardandır.

(Ek fıkra:15/4/2020-7243/28 md.) Kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında;

a) İlgili maddelere göre tayin edilecek cezalar yarı oranında artırılır.

b) Türk Ceza Kanununun 51 inci maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümleri uygulanmaz.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır.

(Ek fıkra:15/11/2018-7151/21 md.) Sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçlardan şüpheli olanlar, kolluk görevlilerince yakalanır ve gerekli işlemleri yapılarak Cumhuriyet başsavcılığına sevk edilir. Cumhuriyet savcısı adli işlemleri tekemmül ettirir. Bu suçların soruşturmasında, kolluk tarafından müşteki, mağdur veya tanık olan sağlık personelinin ifadeleri işyerlerinde alınır. Bu fıkra hükmü, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personele karşı görevleri sebebiyle kasten işlenen suçlar hakkında da uygulanır.

(Ek fıkra:15/4/2020-7243/28 md.) Şiddetin vuku bulduğu sağlık kurum ve kuruluşunda, faile veya yakınına mağdurun verdiği hizmeti verebilecek başka sağlık personeli ve yardımcı sağlık personeli bulunması halinde hizmet ilgili diğer personel tarafından verilir."

II. İLK İNCELEME

A. E.2020/91 Sayılı Başvuru Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri

BAĞCI'nın katılımlarıyla 10/12/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2021/12 Sayılı Başvuru Yönünden

2. İhtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılımlarıyla 4/2/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

3. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4. Başvuru kararında 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin iptali talep edilmiştir.

5. Bakılmakta olan davanın konusu ise kamu hastanesinde görevli sağlık personeline karşı işlendiği iddia olunan hakaret suçuna ilişkindir.

6. İtiraz konusu kural, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen hakaret suçunun yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı olmayan özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama, tehdit ve görevi yaptırmamak için

direnme suçları bakımından da geçerli, ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla itiraz konusu kuralın esasına ilişkin incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek anılan fıkranın “Kamu ... sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan ... hakaret (madde 125) ... suçlarında;” bölümü yönünden yapılması gerekir.

7. Açıklanan nedenle 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun’un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun’un 28. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın (b) bendinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin, anılan fıkranın “Kamu ... sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan ... hakaret (madde 125) ... suçlarında;” bölümü yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. E.2021/32 Sayılı Başvuru Yönünden

8. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN’ın katılımlarıyla 31/3/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

Ç. E.2021/108 Sayılı Başvuru Yönünden

9. İçtüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN’nın katılımlarıyla 13/10/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

10. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun’un ek 12. maddesinin ikinci fıkrasının “...kasten yaralama (madde 86),...” ve “...hakaret (madde 125)...” ibareleri yönünden iptalini istemiştir.

11. Bakılmakta olan davanın konusu ise kamu hastanesinde görevli sağlık personeline karşı işlendiği iddia olunan kasten yaralama ve hakaret suçlarına ilişkindir.

12. İtiraz konusu kural, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen hakaret suçunun yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı olmayan özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen kasten yaralama ve hakaret suçları bakımından da geçerli, ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla itiraz konusu kuralda yer alan "...özel..." ibaresinin bakılmakta olan davanın konusu nedeniyle uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

13. 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle eklenen;

A. İkinci fıkrada yer alan "...özel..." ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. İkinci fıkranın kalan kısmının esasının incelenmesine,
OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

A. E.2021/12 Sayılı Başvuru Yönünden

14. 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın (b) bendinin, anılan fıkranın "*Kamu ... sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan ... hakaret (madde 125) ... suçlarında;*" bölümü yönünden iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2021/12 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2020/91 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin

E.2020/91 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 4/2/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2021/32 Sayılı Başvuru Yönünden

15. 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun 28. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın (b) bendinin anılan fıkranın *"Kamu ... sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan ... tehdit (madde 106), ... suçlarında;"* bölümü yönünden iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2021/32 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2020/91 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2020/91 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 31/3/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. E.2021/108 Sayılı Başvuru Yönünden

16. 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesinin eklenen ikinci fıkranın *"...özel..."* ibaresi dışında kalan kısmının anılan fıkra da yer alan *"...kasten yaralama (madde 86),..."* ve *"...hakaret (madde 125)..."* ibareleri yönünden iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2021/108 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2020/91 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2020/91 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 13/10/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

17. Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

18. 3359 sayılı Kanun'un ek 12. maddesinin ikinci fıkrasında kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan sağlık personeli

ile yardımcı sağlık personeline karşı görevleri sebebiyle işlenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ve görevi yaptırmamak için direnme (madde 265) suçlarında; ilgili maddelere göre tayin edilecek cezalarda yarı oranında artırım yapılacağı ve bunlar hakkında 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmektedir.

19. Anılan Kanun'un ek 12. maddesinin ikinci fıkrasının bentlerini bağlayan hükmünün "...özel..." ibaresi dışında kalan kısmı anılan kısımda yer alan "...kasten yaralama (madde 86),..." ve "...hakaret (madde 125)..." ibareleri yönünden, (a) bendi fıkra da yer alan "...kasten yaralama (madde 86),..." ve "...hakaret (madde 125)..." ibareleri yönünden ve (b) bendi ise fıkra da yer alan "...kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125) ..." ibaresi yönünden incelenmiştir.

20. Kasten yaralama suçu 5237 sayılı Kanun'un 86. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup bu suçun failinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinde ise kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle kasten yaralama suçunun işlenmesi hâlinde şikâyet aranmaksızın, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hüküm altına alınmıştır.

21. Tehdit suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis, malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit eden kişinin ise mağdurun şikâyeti üzerine altı aya kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

22. Hakaret suçu, 5237 sayılı Kanun'un 125. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup bu suçun failinin üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür. Anılan

maddenin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde ise hakaret suçunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenmesi bu suçun nitelikli hâli olarak kabul edilmiş ve cezanın alt sınırının bir yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

23. 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesinde ise, mahkemelerce hükmolunacak hapis cezalarının ertelenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında, miktar ve tür bakımından hangi cezaların ertelenebileceği ile ertelemenin koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilecektir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

24. Bu kapsamda itiraz konusu kurallar kamu sağlık kuruluşunda görev yapan sağlık personeli ile yardımcı sağlık personeline karşı görevlerinden dolayı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçlarında cezaların yarı oranında artırım yapılmasını ve yine bu suç türleri ile görevlerinden dolayı işlenen tehdit suçlarında şartları oluşsa dahi hapis cezasının ertelenmesi kurumunun uygulanmamasını hüküm altına almaktadır.

B. İtirazların Gerekçeleri

25. Başvuru kararlarında özetle; ceza mevzuatı uyarınca kamu görevlisi olarak kabul edilen sağlık çalışanlarına yönelik kasten yaralama ve hakaret suçlarının işlenmesi durumunda suçun nitelikli hâlinin meydana geldiği, buna rağmen söz konusu fiil nedeniyle cezalarda yarı oranında artırım öngörülmesinin mükerrer cezalandırmaya sebebiyet verdiği, mükerrer cezalandırmanın hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerini ihlal ettiği, ayrıca mağdur olan sağlık çalışanlarına böyle bir ayrıcalığın tanınmasının kanun önünde eşitlik ilkesiyle çeliştiği, itiraz konusu kuralların sağlık personeline karşı görevlerinden dolayı işlenen kasten yaralama, tehdit ve hakaret suçlarından verilen hapis cezalarının ertelenmesini engellediği, bu engellenmenin aynı hukuki durumda olanlar arasında eşitsizliğe neden olacağı, hapis cezasının ertelenmesinin engellenmesinin cezaların bireyselleştirilmesinin önüne geçecek olması

nedeniyle ölçölülük ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

27. Ceza hukukunun toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu -Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla- soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belirli eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği, hangi cezaların seçenek yaptırımlara çevrilebileceği veya ertelenebileceği ve hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

28. Kanun koyucu, anılan takdir yetkisi kapsamındaki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçölülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *orantılılık* ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ölçölülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

29. İtiraz konusu kuralların öngördüğü müeyyide artırımının ve hapis cezasının ertelenme yasağının, sağlık personelinin vücut dokunulmazlığının, özgürlüğünün (tehdit suçu yönünden), şeref ve itibarının veya haklarının korunması ile kamu düzeninin korunmasını

sağlamak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinde korunan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, çevrenin korunması ve geliştirilmesi bakımından devlete pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bu bağlamda Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemekle de görevlidir. Sağlık çalışanlarının hedef alındığı suçların yaygınlaşması sağlık hizmetinin verimli şekilde verilememesine de neden olacağından kuralın kamu yararı amacıyla öngörüldüğünde kuşku bulunmamaktadır.

30. Kanun koyucu itiraz konusu kurallarla sağlık personeline yönelen kasten yaralama ve hakaret fiillerinin diğer kamu görevlilerine oranla daha fazla cezalandırılmasını ve anılan suçlar ile tehdit suçunda ise hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümlerin uygulanmamasını öngörmektedir. Bu çerçevede kurallarla sağlık personeline karşı yukarıda belirtilen suçların işlenmesinin önlenmesinin amaçlandığı, bir başka ifadeyle bu suçlar yönünden caydırıcılığın sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır.

31. Buna göre itiraz konusu kurallarla getirilen daha ağır cezalandırma ve hapis cezasının ertelenmemesinin yukarıda belirtilen amacın gerçekleşmesinde elverişsiz ve gereksiz araçlar olduğu söylenemez.

32. Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçları bu suçun daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâlini oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural sağlık çalışanlarına karşı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçlarında 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre belirlenecek olan sonuç ceza üzerinden yarı oranında bir artırımı öngörmektedir. Kural özel ya da kamu sağlık çalışanları arasında bir ayırım yapmadan tamamını kapsamaktadır. Kuralların yer aldığı maddenin üçüncü fıkrasında ise özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personelin görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle sağlık çalışanlarına karşı görevlerinden dolayı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçlarında cezanın belirlenmesinde iki nitelikli hâlin değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bununla birlikte hem suçların temel şekli hem de nitelikli hâlleri için 5237 sayılı Kanun'da belirli aralıklarda cezanın türü ve miktarı düzenlenmiştir.

Suçlar için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlığı ile kanun koyucunun Anayasa'ya bağlı kalmak şartıyla ceza siyasetinin bir parçası olarak takdir yetkisi kapsamında öngördüğü kuralla ulaşmak istediği amaç birlikte gözetildiğinde kuraldaki ceza artırımının orantılı olmadığı söylenemez.

33. Hapis cezasının ertelenmesi ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. Hâkim, sanık hakkında hapis cezasına hükmetmekle birlikte hapis cezasının ertelenmesine karar vermek suretiyle sanığı belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Sanık, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemediği ve mahkemece öngörülen denetimli serbestlik tedbirine uygun davrandığı takdirde ertelenen hapis cezası infaz edilmiş sayılmaktadır.

34. Bununla birlikte hapis cezasının ertelenmesi kurumu, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla mahkûmiyeti bulunmayan kişilerin toplumda suçlu olarak algılanmaması ve tekrar topluma kazandırılması amacıyla belli şartlara bağlı olarak tanınan bir imkân olup kişilere her durumda mutlaka sağlanması gereken bir hak niteliği taşımamaktadır. Dolayısıyla hangi şartlar altında hapis cezasının ertelenmesine kararı verilebileceği, Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

35. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalan kuralın hapis cezasının ertelenmesini yasaklamak suretiyle failer için getirdiği külfet ile kanun koyucunun kuralla ulaşmak istediği amaç karşılaştırıldığında kuralın orantısız olduğu da değerlendirilemez.

36. Öte yandan suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi verilecek cezanın kişiselleştirilmesini, her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hâle getirilmesini gerektirir. Ancak hapis cezasının ertelenmesi kurumu cezanın kişiselleştirilmesine yönelik araçlardan yalnızca biri olup cezalar için alt ve üst sınırların belirlenmesi, seçimsel cezaların düzenlenmesi, indirim veya artırım sebeplerinin öngörülmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi durumlarla da cezanın kişiselleştirilmesi mümkündür. Bu nedenle suçun işleniş şekli, niteliği, etkisi, ağırlığı, korunan hukuki menfaat ve hükmedilen ceza miktarı gibi hususlar gözetilmek suretiyle kuralın getirdiği hapis cezasının ertelenmesi kararı verilebilme imkânının ölçülü biçimde sınırlandırılmasının cezanın kişiselleştirilmesine engel teşkil ettiği söylenemez. Bu

itibarla itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

37. Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

38. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

39. Kamu görevlilerine görevlerinden dolayı işlenen kasten yaralama, hakaret ve tehdit suçları bağlamında eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamelenin mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir.

40. Kamu görevlisi olan sağlık çalışanları ile diğer kamu görevlilerinin karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda oldukları açıktır. Eşitlik ilkesinin gereği olarak karşılaştırma yapılmaya müsait olacak şekilde benzer durumda olanlar arasından

bir kısmı lehine getirilen farklı düzenlemenin bir ayrıcalık tanınması niteliğinde olmaması için nesnel ve makul bir temele dayanması ve ölçülü olması gerekir.

41. İtiraz konusu kurallar diğer kamu görevlilerine karşı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçlarından farklı olarak sağlık çalışanı olan kamu görevlilerine karşı işlenen kasten yaralama ve hakaret suçlarında yarı oranında bir artırımı yapılmasını, anılan suçların yanı sıra tehdit suçundan verilen cezalarda erteleme hükümlerinin uygulanmamasını öngörmektedir. Sağlık hizmetleri niteliği itibarıyla belirli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir. Kanun koyucunun sağlık çalışanlarına karşı işlenen suçlarda son yıllarda artış olduğunu değerlendirerek itiraz konusu kuralı öngördüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralların sağlık personeline karşı anılan nitelikteki suçların işlenmesini önleme amacıyla düzenlendiği açık olup bu amaçla öngörülen farklı muamelenin makul ve nesnel bir temele dayanmadığı söylenemez.

42. Kuralın öngördüğü yarı oranındaki ceza artırımının ölçüsüz bir yönünün de bulunmadığı anlaşıldığından kuralların Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal etmediği sonucuna varılmıştır.

43. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

V. HÜKÜM

7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 2/1/2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen ek 12. maddeye 15/4/2020 tarihli ve 7243 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın;

A. Bentlerini bağlayan hükmünün "...özel..." ibaresi dışında kalan kısmının anılan kısımda yer alan "...*kasten yaralama (madde 86),...*" ve "...*hakaret (madde 125)...*" ibareleri yönünden,

B. (a) bendinin fıkra da yer alan "...*kasten yaralama (madde 86),...*" ve "...*hakaret (madde 125)...*" ibareleri yönünden,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

C. (b) bendinin fıkrada yer alan “...kasten yaralama (madde 86), tehdit (madde 106), hakaret (madde 125)...” ibaresi yönünden,

Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE 13/10/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2019/4
Karar Sayısı : 2021/78
Karar Tarihi : 4/11/2021
R.G.Tarih-Sayısı : 9/3/2022-31773

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. İstanbul 7. Vergi Mahkemesi (E.2019/4)
2. Bursa 17. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2019/84)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun;

A. 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin,

B. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle değiştirilen 359. maddesinin;

1. (b) fıkrasının,
2. Son paragrafının,

C. 5728 sayılı Kanun'un 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının (anılan maddeye 29/4/2021 tarihli ve 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci ve altıncı fıkralarının),

Anayasa'nın 2., 11. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Resen tarh edilen üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi ile kesilen özel usulsüzlük cezasının iptali ile sahte faturaları ticari işletmesine ait ticari defterlerinin gider hanesine kaydetmek suretiyle kullandığı iddia olunan sanığın vergi kaçakçılığı suçundan

cezalandırılması talebiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı;

1. 340. maddesi şöyledir:

“Suçlarda birleşme:

Madde 340- (Değişik: 22/7/1998-4369/10 md.) *Bu kanunda yazılı vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359 uncu maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; ictima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez.*

Bu Kanunla vergi cezasiyle cezalandırılan fiiller, aynı zamanda 359 uncu maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesi söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmaz.”

2. 359. maddesi şöyledir:

“Kaçakçılık Suçları ve Cezaları

Madde 359- (Değişik: 23/1/2008-5728/276 md.)

a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan;

1) Defter ve kayıtlarda hesap ve muhasebe hileleri yapanlar, gerçek olmayan veya kayda konu işlemlerle ilgisi bulunmayan kişiler adına hesap açanlar veya defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydedenler,

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar,

Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya

miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

b) Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

c) Bu Kanun hükümlerine göre ancak Maliye Bakanlığı ile anlaşması bulunan kişilerin basabileceği belgeleri, Bakanlık ile anlaşması olmadığı halde basanlar veya bilerek kullananlar iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

ç) (Ek:29/4/2021-7318/4 md.) Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

371 inci maddedeki pişmanlık şartlarına uygun olarak durumu ilgili makamlara bildirenler hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."

3. 367. maddesi şöyledir:

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

“Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul:

Madde 367- (Değişik: 23/1/2008-5728/280 md.)

(Değişik birinci fıkra: 23/7/2010-6009/13 md.) Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla vergi dairesi başkanlığı veya defterdarlık tarafından keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ittila hasil eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

(Ek dördüncü fıkra:29/4/2021-7318/5 md.) 359 uncu maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaasıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur.

359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyai cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz.”

II. İLK İNCELEME

A. E.2019/4 Sayılı Başvuru Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR,

Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 17/1/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2019/84 Sayılı Başvuru Yönünden

2. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ASLAN, Engin YILDIRIM, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun katılımlarıyla 24/7/2019 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

3. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 213 sayılı Kanun'un 340. maddesinin ikinci fıkrası ile 359. maddesinin (b) fıkrasının iptalini talep etmiştir.

5. Vergi kaçakçılığı suçunu oluşturabilecek fiiller 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinde üç fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Bu fiillerin bir kısmı anılan Kanun'un 359. maddesinin itiraz konusu (b) fıkrasında sayılmıştır. Anılan kuralın birinci cümlesinde; vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt

ve belgeleri yok etmek, defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koymak veya hiç yaprak koymamak, belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenlemek ya da sahte belgeleri kullanmak fiillerinin kaçakçılık suçunu oluşturduğu, bu fiilleri işleyenlerin üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Kuralın ikinci cümlesinde ise sahte belgenin tanımı yapılmıştır.

6. Bakılmakta olan dava, sahte faturaları ticari defterlerine kaydetmek suretiyle kullandığı iddia olunan sanığın vergi kaçakçılığı suçundan 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrası uyarınca cezalandırılması talebine ilişkindir. Bu itibarla Kanun'un 359. maddesinin itiraz konusu (b) fıkrasının birinci cümlesinin diğer vergi kaçakçılığı suçlarını düzenleyen *"Vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler..."* kısmının bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle kuralın bu kısmına ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

7. Öte yandan Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* ibaresi ile sahte faturanın tanımının yapıldığı ikinci cümlesi, bakılmakta olan davaya konu sahte fatura kullanma biçimindeki vergi kaçakçılığı suçunun yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı olmayan diğer vergi kaçakçılığı suçlarına ilişkin düzenlemeler yönünden de geçerli ortak kural niteliğindedir. Dolayısıyla kurala ilişkin esas incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek anılan fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"...veya bu belgeleri kullananlar..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

8. Açıklanan nedenlerle 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun;

A. 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin ikinci fıkrasının esasının incelenmesine,

B. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle değiştirilen 359. maddesinin (b) fıkrasının;

1. Birinci cümlesinde yer alan “...veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” ibaresi ile ikinci cümlesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin “...veya bu belgeleri kullananlar,...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

2. Kalan kısmının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu kısma ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARI

9. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin ikinci fıkrası ile 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun’un 276. maddesiyle değiştirilen 359. maddesinin (b) fıkrasının iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2019/84 sayılı davanın aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2019/4 sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2019/4 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 4/11/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

10. Başvuru kararı ve ekleri, Raportörler Elif KARAKAŞ ve Fatih TORUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin raporlar ile Raportör Abdullah TEKBAŞ tarafından hazırlanan ek rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

1. Vergi Kaçakçılığı Suçu ve Vergi Kabahatleri Hakkında Genel Bilgiler

11. Kamu hizmetlerinin en önemli finansman kaynağı olan vergiye ilişkin yükümlülüklerin uyulmasını sağlamak üzere çeşitli kanunlarda vergi suç ve kabahatlerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

12. Esas olarak 213 sayılı Kanun’da yer alan vergi suç ve kabahatlerine ilişkin düzenlemelerle şekli ve maddi vergisel yükümlülüklerle aykırı

davranışlar cezalandırılarak bir yandan kamu düzeni diğer yandan vergisel idari düzen sağlanmaya çalışılmaktadır. Anılan Kanun'un 359. maddesinde kaçakçılık suçları, 362. maddesinde vergi mahremiyetinin ihlali suçu, 363. maddesinde mükelleflerin özel işlerini yapma suçu olmak üzere çeşitli suçlar düzenlenmiştir. Bunların yanı sıra 341. maddede vergi ziyayı, 351. ve 352. maddelerde usulsüzlük, 353., 355. ve mükerrer 355. maddelerde ise özel usulsüzlük kabahatleri öngörülmüştür.

13. Kanun'un "*Kaçakçılık Suçları ve Cezaları*" başlıklı 359. maddesinde kaçakçılık suçunu oluşturan fiiller ağırlıklarına göre dört grupta toplanarak düzenlenmiş olup bunlar kayıt, defter ve belge düzenine ilişkindir.

14. Her bir grupta yer alan fiiller için çeşitli sürelerde hapis cezaları öngörülmüştür. Bu suçların soruşturması Cumhuriyet savcılığınca, kovuşturması ceza mahkemesince yürütülmektedir. Kanun'un 367. maddesine göre soruşturma, vergi incelemesi sonrasında oluşturulan vergi inceleme raporuna dayalı vergi suçu raporu ve idarenin mütalaasının Cumhuriyet başsavcılığına iletilmesi ile başlamaktadır. Ancak suçun işlendiğinin diğer yollarla öğrenilmesi durumunda idareden inceleme istenmektedir. İdarenin mütalaası dava şartı olduğundan her iki hâlde de mütalaa alınması gerekmekte, mütalaa alınmaksızın kovuşturma aşamasına geçilememektedir.

15. Kaçakçılık suçu kasten işlenebilen bir suç olup kastın yokluğunda manevi unsurun bulunmaması nedeniyle ceza verilemeyecektir.

16. Kanun'da aksine hüküm bulunmadıkça kaçakçılık suçunun işlenebilmesi için vergi ziyayı biçiminde bir neticenin (zararın) gerçekleşmesi gerekli değildir. Bu itibarla kaçakçılık suçu kural olarak hareket (tehlike) suçu olarak nitelendirilmekte olup suçu oluşturan fiilin hareket unsurunun gerçekleştirilmesiyle suç tamamlanmaktadır.

17. Kaçakçılık suçu ancak gerçek kişiler tarafından işlenebilir. Dolayısıyla gerçek kişiler dışındakilerin (tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan oluşumlar) mükellef veya vergi sorumlusu olması durumunda kaçakçılık suçunun bunların temsilcileri, çalışanları gibi gerçek kişilerce işlenmesi söz konusu olabilecektir.

18. Vergi ziyayı kabahati, Kanun'un 341. maddesinde *mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi*

veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi biçiminde tanımlanmıştır. 344. maddede ise mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezasının kesileceği, vergi ziyasına 359. maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi hâlinde bu cezanın üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

19. Kabahat niteliğindeki bir diğer fiil olan usulsüzlük ise Kanun'un 351. maddesinde *"vergi kanunlarının şekle ve usule mütaallik hükümlerine riayet edilmemesi"* olarak tanımlanmıştır. Usulsüzlükler, 352. maddede I. ve II. derece usulsüzlükler şeklinde derecelendirilmiş olup bunlara uygulanacak idari para cezaları tarifeler hâlinde belirlenmiştir.

20. Bir diğer kabahat niteliğindeki özel usulsüzlük hâlleri ise *usulsüzlüklere göre daha nitelikli fiillerdir.* Özel usulsüzlük hâllerini oluşturan fiiller Kanun'un 353., 355. ve mükerrer 355. maddelerinde düzenlenmiş olup her bir özel usulsüzlük fiili için değişen miktarlarda nispi veya maktu idari para cezaları öngörülmüştür.

21. Vergi kabahatleri gerek vergi incelemesi gerekse diğer yollarla vergi idaresi tarafından tespit edilmekte ve cezalandırılmaktadır. Ayrıca vergi kabahatleri kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilmektedir.

22. Verginin ziyaa uğratılması şartı arandığından vergi ziyayı kabahati netice kabahatidir. Kabahatin işlenmiş sayılabilmesi için verginin zamanında beyan edilmemesi, eksik beyan edilmesi gibi hâllerle kayba uğratılması gerekmektedir. Buna karşın usulsüzlüklerde vergi kaybı biçiminde bir zarar şartı aranmamakta, kabahat olarak tanımlanan hareketin gerçekleşmesiyle kabahat işlenmiş sayılmaktadır.

23. Vergi kabahatleri kural olarak vergi mükellefleri veya sorumlularınca işlenebilmekle birlikte bazı hâllerde diğer kişilerin de vergi kabahati işlemesi söz konusu olabilmektedir.

24. Kaçakçılık suçu ve vergi kabahati olarak belirlenen fiillerin bağlantısız olarak işlenebilmesi söz konusu olabileceği gibi bağlantılı olarak işlenebilmesi de mümkündür. Bağlantı, faili dikkate alan subjektif bağlantı biçiminde ya da fiili dikkate alan objektif bağlantı biçiminde gerçekleşebilir. Subjektif bağlantı durumunda aynı fail tarafından aynı fiil ile veya farklı fiillerle bağlantılı olarak kaçakçılık suçu ve vergi

kabahatleri işlenebilmektedir. Örneğin gerçek kişi mükellef tarafından çift defter kullanma durumunda, aynı fiil ile hem kaçakçılık suçu hem de vergi ziyai kabahati işlenmiş olacak; sahte belge düzenlenerek satış yapıp buradan elde edilen gelirin beyan edilmemesi durumunda ise farklı fakat bağlantılı fiiller ile kaçakçılık suçu ve vergi ziyai kabahati işlenmiş olacaktır. Objektif bağlantı durumunda ise farklı failler tarafından gerek aynı mükellefiyet kapsamında gerekse farklı mükellefiyetler kapsamında bağlantılı olarak vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatleri işlenebilmektedir. Örneğin tüzel kişi mükellefin temsilcisi tarafından çift defter tutulması durumunda, aynı fiil ile hem vergi kaçakçılığı suçu hem de vergi ziyai kabahati işlenecek ancak kaçakçılık suçu bakımından temsilci cezalandırılacakken vergi ziyai kabahati dolayısıyla verilen vergi cezası, 213 sayılı Kanun'un 333. maddesi gereğince tüzel kişilik adına kesilecektir. Bu durumda suç ve kabahat aynı fiil ile işlenmiş olsa da failler farklılaşmış olacaktır.

25. Vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatleri arasında belirtilen bağlantıların varlığı suçlarda içtima (birleşme), tekerrür, cezalandırma süreçleri arasında bağlantı gibi hususlara ilişkin düzenlemeler yapılmasını gerektirmiş; itiraz konusu kurallar da bu kapsamda ihdas edilmiştir.

2. Aynı Fiilden Dolayı Birden Fazla Yargılanmama veya Cezalandırılmama (Ne Bis İn İdem) İlkesi

26. Anayasa'da *aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama (ne bis in idem) ilkesi* açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi (AYM) önceleri hukuk devleti ilkesinin temel ilkeleri arasında yer aldığını kabul ettiği bu ilkeyi, *Ünal Gökpınar* kararında hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkesi konusundaki kendi içtihadından hareketle ve bazı uluslararası hukuk metinlerine referansla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak görmüştür (*Ünal Gökpınar* [GK], B. No: 2018/9115, 27/3/2019, § 50). Kişilerin haklarında yürütülen ve kesinleşen bir ceza yargılaması sürecinin ardından tekrar yargılanmamalarını veya cezalandırılmamalarını güvence altına alan aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi ile adil yargılanma hakkı kapsamındaki cezai süreçler yönünden hukuki güvenliğin sağlanması amaçlanmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No.lu Protokol'de ayrı bir hak olarak düzenlenmiş

olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında bu ilkenin adil yargılanma hakkı ile bağlantılı özel bir güvence olduğu vurgulanmıştır. Bazı uluslararası sözleşmelerde de aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi açık bir biçimde adil yargılanma hakkının bir güvencesi olarak kabul edilmiştir (Ünal Gökpınar, § 49).

27. Konuya ilişkin uluslararası belgeler de dikkate alınarak aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi şöyle tarif edilebilir: *Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz*. Bu tarife göre ilkeye aykırılık sonucuna varılabilmesi için gerçekleşmesi gereken bazı koşullar vardır. Bu koşullar şunlardır:

- “Ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin olması.
- Bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması.
- Tekrar (yeniden) “ceza” ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi.
- Farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması.
- İlkenin istisnalarından birinin olmaması.

28. Birinci ve üçüncü koşul bakımından “ceza” ile ilgili yargılama süreçlerinin her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir süreç olarak öngörülmüş olması şart olmayıp bu kavram anayasal anlamda özerk bir yoruma tabidir. Nitekim AYM norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında, Anayasa’nın 36. ve 38. maddelerini yorumlayarak “ceza” kavramının idari vergi cezalarını da kapsadığını belirtmiştir (bkz. AYM, E.2019/16, K. 2019/15, 14/3/2019, § 13; bkz. Gür-Sel İnşaat Malzemeleri San. Tic. Ltd. Şti., B. No: 2013/4324, 7/7/2015; Ünal Gökpınar, §§ 54-56).

29. İkinci koşul bakımından *mahkûmiyet* ya da *beraat* hükmünden ne anlaşılması gerektiği AYM tarafından özerk olarak yorumlanmalıdır. Bu bağlamda aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin koruduğu menfaat; “ceza” yaptırımına bağlanmış olan bir eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin/

kesinleşmiş bir karardan sonra tekrar/yeniden yargılanmaması ve cezalandırılmamasıdır. Dolayısıyla özerk yorum çerçevesinde “ceza” olarak nitelendirilen bir yaptırıma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi anlamında mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekir. Bununla birlikte isnadın esası incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit içermeyen kararlar, örneğin zaman aşımı nedeniyle verilen düşme kararı ya da kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar söz konusu ilke kapsamında beraat kararı olarak nitelendirilemez. *Kesin olma/kesinleşme* de AYM’nin özerk yorumuna tabidir. Bu kavramlardan anlaşılması gereken ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş sürelerde başvuru yapılmadan geçirilerek kesinleşmiş olmasıdır.

30. Üçüncü koşul bakımından *iki kere (kez)* cezalandırma ve *tekrar (yeniden)* cezalandırma birbirinden farklıdır. İlke bir kişiye aynı fiilden dolayı iki kere ceza verilmemesini değil kişinin aynı fiilden dolayı tekrar (yeniden) yargılanamamasını ve bu yargılamaya bağlı olarak cezalandırılmamasını gerektirir. Dolayısıyla kişinin aynı fiilden dolayı aynı yargılama süreci içinde birden fazla yaptırıma maruz kalması tek başına ilkeyi zedelemeyebilir. Zira bu durumda ortada “ceza” ile ilgili birden fazla süreç bulunmamaktadır.

31. Dördüncü koşul bakımından aranması gereken *aynı suç* değil *aynı fiildir*. Nitekim AYM, *Ünal Gökpınar* kararında suçun unsurları arasındaki farklılıkların incelenmesine gerek görülmediğine ve süreçlere kaynaklık eden fiilin/olgunun aynılığının dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir (*Ünal Gökpınar*, § 56). Suç ve kabahatlerin aynı fiille işlenip işlenmediğinin tespiti için fiile ilişkin zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın sağlanması gerekmektedir. Aynı fiilden söz edilebilmesi için birden fazla takibat ya da cezaya kaynaklık eden olguların *bire bir aynı veya maddi olarak (büyük ölçüde) aynı* olgular olması ve aynı zamanda ve mekânda gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek bir fiilin cezaya ilişkin iki farklı düzenlemede aynı biçimde ele alınması durumunda *birebir aynı* olma hâlinde, düzenlemelerde bazı farklılıklar bulunmakla birlikte bu farklılıkların önemsiz olması hâlinde *maddi olarak (büyük ölçüde) aynı*

olma hâlinde söz edilebilecektir (benzer yönde AİHM, *Zolotukhin/Rusya* [BD], B. No: 14939/03, 10/02/2009, §§ 78-84, 97; *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 108).

32. İlk dört koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde ilkeye aykırılık oluşur. Bununla birlikte uluslararası hukukta ilkeye istisna teşkil edebilecek bazı özel durumlar öngörülmüştür. Bunlar Anayasa'nın anılan ilke bağlamında yorumunda da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer verilen, Türk hukukunda kanunlarda kabul edilen *yeni delil ortaya çıkması* ve *davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı* ilk iki istisnai durum olarak değerlendirilebilir. Üçüncü istisnai durum ise AİHM içtihatları ile geliştirilen (şeklen birden fazla olsalar bile) cezaya ilişkin süreçlerin *bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesidir* (AİHM, *A ve B/Norveç* [BD], B. No: 24130/11 ve 29758/11, 15/11/2016, § 130).

33. Üçüncü istisnai duruma ilişkin olarak (özellikle aynı fiile ilişkin farklı hukuk disiplinleri kapsamında yürütülen cezaya ilişkin süreçler bağlamında) -AİHM içtihadında ortaya konulanlara benzer şekilde (*A ve B/Norveç*, §§ 132, 134)- şu kriterlerin dikkate alınması gerekir:

- Birden fazla sürecin hukuka aykırı aynı fiilin farklı yönlerini ele almak üzere birbirini *tamamlayıcı farklı amaçlar takip edip etmediği*;

- Aynı fiile ilişkin birden fazla sürecin yürütülebileceğinin *öngörülebilir* olup olmadığı;

- Birden fazla süreç arasında mümkün olduğunca *delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli etkileşim sağlanıp sağlanmadığı*, bu kapsamda birden fazla bağımsız süreç yürütüldüğü izlenimi verecek şekilde herhangi bir tekrarın oluşmasından kaçınılıp kaçınılmadığı, özellikle farklı yetkili makamlar tarafından bir süreçte tespit edilen olguların diğer süreçte de kullanılmasına özen gösterilip gösterilmediği;

- Kişilerin, haklarında yürütülen birden fazla süreç sonunda tek bir süreç yürütülmüş olsaydı karşılaşacakları külfete göre aşırı bir külfet yüklenmesini önlemek için *ilk olarak kesinleşen süreçte uygulanan yaptırımın sonradan kesinleşende dikkate alınıp alınmadığı*;

- Yukarıda unsurlarına yer verilen maddi yönden bağlantının sağlanması hâlinde her iki sürecin *zaman yönünden de bağlantılı* olup olmadığı (Bu bağlamda bir sürecin diğer sürecin tamamlanmasından sonra makul bir süre içerisinde sonlandırılıp sonlandırılmadığının değerlendirilmesi gerekir).

B. İtirazların Gerekçeleri

34. Başvuru kararlarında özetle; itiraz konusu kurallar ile vergi hukuku mevzuatında aynı fiilin hem suç hem de kabahat olarak nitelendirilmesi nedeniyle vergi mükelleflerine idari nitelikli vergi cezası yaptırımının yanı sıra adli nitelikli hürriyeti bağlayıcı cezanın uygulanabildiği, bu yaptırımlara ilişkin davalardan birinin vergi mahkemesinde diğerinin ise ceza mahkemesinde yürütülüp farklı yargılama usullerine tabi olduğu, anılan mahkemeler arasında herhangi bir etkileşimin olmadığı, bu nedenle aynı fiilden kaynaklanan yargılamalar sonucunda verilen kararların birbiriyle çelişmeleri hâlinde dahi geçerli olduğu, bu durumun hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Kanun'un 340. Maddesinin, 359. Maddesinin Son Paragrafının ve 367. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının (Anılan Maddeye 7318 Sayılı Kanun'un 5. Maddesiyle Eklenen Dördüncü Fıkra Nedeniyle Beşinci Fıkrasının) İncelenmesi

1. Genel Açıklama

35. Ceza hukukunda içtima (gerçek içtima) "*Kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.*" ilkesine dayanmakta olup her suçun ayrı ayrı cezalandırılmasını ifade etmektedir. Ceza kanunlarında bu genel kurala istisnalar konulduğu görülmektedir. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bileşik suç (mad. 42), zincirleme suç (mad. 43/1), aynı neviden fikri içtima (mad. 43/2) ve farklı neviden fikri içtima (mad. 44) gerçek içtimanın istisnalarındandır.

36. İçtimaya ilişkin istisnalardan biri olan farklı neviden fikri içtima 5237 sayılı Kanun'un 44. maddesinde "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.*" denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu kurala göre işlenen tek fiil nedeniyle birden fazla suçun oluşması durumunda

her biri için ayrı ayrı ceza uygulanmayacak, cezalardan ağır olanı uygulanacaktır.

37. Benzer biçimde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da *"Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idarî para cezası öngörülmüşse, en ağır idarî para cezası verilir. Bu kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilir."* denilmek suretiyle kabahatler bakımından farklı neviden fikrî içtima ile ilgili düzenleme yapılmıştır. Buna göre bir fiil ile işlenen birden fazla kabahat için birden fazla idari para cezasının uygulanmasının gerekmesi hâlinde farklı neviden fikrî içtima kuralı benimsenerek yalnızca en ağır idari para cezasının uygulanması öngörülmüştür.

38. Anılan maddenin (3) numaralı fıkrasında ise suçlar ve kabahatler bakımından farklı neviden fikrî içtima düzenlemesine yer vermiştir. Bu fıkroda *"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hâllerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."* denilmek suretiyle hem suç hem de kabahat oluşturan bir fiil için sadece suçun yaptırımının uygulanacağı, suçun yaptırımının uygulanamadığı hâllerde kabahatin yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir.

39. Vergi hukukundaki kabahatler bakımından farklı neviden fikrî içtimaya ilişkin olarak 213 sayılı Kanun'un 336. maddesinde, vergi ziyai kabahati ile genel usulsüzlük kabahatinin tek fiille işlenmesi hâlinde 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla benzer bir düzenleme yapılarak cezalardan ağır olanının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre örneğin vergi beyannamesinin zamanında verilmemesi hâlinde hem birinci derece genel usulsüzlük kabahatine hem de vergi ziyai kabahatine neden olunmaktadır. Bu durumda her iki kabahat için belirlenmiş cezalardan ağır olanı uygulanacaktır.

40. Tekerrür ise daha önce suç/kabahat işleyen ve cezası kesinleşen bir kimsenin kanunda öngörülen süreler içinde yeniden suç/kabahat işlemesi hâlinde cezanın artırılması sonucunu doğuran bir kurumdur.

41. 5237 sayılı Kanun'un 58. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir*

suçun işlenmesi hâlinde, tekrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez.” denilmek suretiyle tekrüre ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir.

42. 5326 sayılı Kanun’da tekrüre ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte bazı özel kanunlarda bu yönde düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda 213 sayılı Kanun’da vergi kabahatleri ile ilgili olarak 339. maddede *“Vergi ziyasına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, vergi ziyası cezasında cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren beşinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar, usulsüzlükte cezanın kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren ikinci yılın isabet ettiği takvim yılının sonuna kadar tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyası cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır. Şu kadar ki, artırım tutarı kesinleşen cezadan (kesinleşen birden fazla ceza olması durumunda bunlardan tutar itibarıyla en yüksekinden) fazla olamaz. / Birinci fıkrada yer alan beş ve iki yıllık sürelerin hesabında, artırıma esas alınan cezaların kesinleşme tarihi dikkate alınır.”* denilmek suretiyle tekrüre ilişkin düzenleme yapılmıştır.

2. Anlam ve Kapsam

43. 213 sayılı Kanun’un itiraz konusu 340. maddesinin birinci fıkrasında Kanun’da yazılı vergi ziyası cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların ıçtima ve tekrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği öngörülmüştür.

44. ıçtima konusunda anılan maddenin itiraz konusu ikinci fıkrası, 359. maddenin itiraz konusu son paragrafı ve 367. maddenin itiraz konusu dördüncü (7318 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle aynı maddeye eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci) fıkralarında da bu doğrultuda düzenlemelere yer verilmiştir. 340. maddenin ikinci fıkrasında vergi cezası ile cezalandırılan fiillerin -aynı zamanda 359. maddeye göre suç teşkil ettiği takdirde- vergi cezası kesilmesinin söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmayacağı, 359. maddenin itiraz konusu son paragrafında kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanmasının 344. maddede yazılı vergi ziyası cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ve 367. maddenin itiraz konusu dördüncü (7318 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle aynı maddeye eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci) fıkrasında 359. maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesinin vergi

ziyayı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir.

45. Bu itibarla itiraz konusu kurallarla kaçakçılık suçu ile vergi kabahatlerinin bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde bunlara ilişkin cezaların ayrı ayrı uygulanacağı, bunlardan ağır olanının uygulanıp diğerinin uygulanamaması biçiminde fikrî içtima yapılmayacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda kurallarla suç ve kabahatlerin aynı fiille işlenmesi hâlinde sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanacağına ilişkin 5326 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasına istisna getirilmiştir.

46. Kanun'un itiraz konusu 340. maddesinin birinci fıkrasında ayrıca vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile kaçakçılık suçlarının cezaları ve diğer kanunlarda yazılı cezalar arasında tekerrürün söz konusu olmayacağı, bu cezaların tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

47. 359. maddenin itiraz konusu paragrafında *"Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyayı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez."* denilmektedir. Anılan paragrafta yer alan *"...işleyenler hakkında..."* ibaresinden kuralın, aynı kişiye hem kaçakçılık suçu nedeniyle bu suç için öngörülen cezanın hem de vergi ziyayı kabahati nedeniyle bu kabahat için öngörülen idari yaptırımın uygulanmasına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

48. Kanun'da yazılı vergi ziyayı cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceğine ilişkin itiraz konusu 340. maddenin birinci fıkrasında zikredilen içtima ve tekerrür kurumları da aynı kişinin cezalandırılmasında dikkate alınan kurumlardır.

49. Vergi suçları ile vergi kabahatlerinin bağlantılı olarak işlenmesi hâlinde vergi kabahatlerine ilişkin yargılama idari yargı teşkilatı içinde yer alan vergi mahkemeleri nezdinde yürütülecek iken vergi suçlarına ilişkin yargılama adli yargı teşkilatı içinde yer alan ceza mahkemeleri tarafından yürütülecektir.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

50. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden incelenmiştir.

51. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"* hükmüne yer verilmek suretiyle iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

52. Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmekte ve bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmesi anlamını taşımaktadır.

53. Söz konusu ilkelerin yukarıda belirtilen özelliklerinin sonuç ve yansımalarından biri, yürürlükteki hukuk kurallarına uygun şekilde haklarındaki yargılama kesin hükümle sona eren kişilerin aynı fiil nedeniyle tekrar yargılanma tehdidi altında kalmasının önlenmesidir. Aynı fiilden dolayı yeniden yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi de kaynağını bu düşünceden almakta olup anılan ilkeye göre kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz.

54. Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanma veya cezalandırma sürecine ilişkin yukarıda belirtilen (§ 27) şartların varlığı aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

55. Söz konusu ilke bakımından ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin olması ve yeniden ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi şartları her iki sürecin de ceza ile ilgili olmasını gerektirmektedir. İtiraz konusu kurallara konu cezalandırma ve yargılama süreçlerinden biri kaçakçılık suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin diğeri ise vergi kabahatleri için öngörülen idari para cezalarına ilişkindir. Bu cezalara ilişkin süreçlerden hangisinin daha önce başlayacağına dair kesin bir düzenleme ve uygulamada belirlilik bulunmamaktadır. Dolayısıyla hangisi önce başlarsa başlasın hem ilk başlayan sürecin hem de bu sürecin kesinleşmesinden sonra başlayan sürecin konusunun cezai nitelikte olması gerektiğinden her iki yaptırımın da cezai nitelikte olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir.

56. Kaçakçılık suçu için öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaların cezai niteliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, yukarıda da ifade edildiği gibi (bkz. § 28) değişik kararlarında vergi kabahatleri için vergi idaresince uygulanan idari para cezalarının da cezai nitelikte olduğu sonucuna varmıştır. Dolayısıyla her iki yaptırımın da cezai nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

57. 213 sayılı Kanun'da, çift defter kullanma fiilinde olduğu gibi kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri bakımından zamansal, mekânsal ve olgusal aynılığın (bkz. § 31) sağlandığı dolayısıyla kaçakçılık suçu ile vergi kabahatlerinin aynı fiille işlenebildiği bazı haller düzenlenmiştir.

58. İtiraz konusu kurallarla esas olarak kaçakçılık suçu nedeniyle hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmanın vergi kabahatleri için idari para cezası ile cezalandırılmaya engel olmayacağı, bu cezaların içtima hükümlerine göre birleştirilmeyeceği hüküm altına alınmakta dolayısıyla aynı fiil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesi hususları düzenlenmektedir. *"Aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama"* ilkesi belirli şartların sağlanması hâlinde ikili bir yargılama/cezalandırma sürecini, dolayısıyla birden fazla cezanın uygulanmasını dışlamamaktadır. Süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması hâlinde birden fazla cezanın uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Buna göre, cezalandırmaya ilişkin süreçlerin bağlantılı yürütülmesini dışlamayıp sadece birden fazla cezanın uygulanmasını ve bunların birleştirilmesine izin verilmemesini öngören kuralların *aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama* ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

59. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamıştır.

Hasan Tahsin GÖKCAN 340. maddenin birinci fıkrası, 359. maddenin son paragrafı ve 367. maddenin dördüncü (7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle aynı maddeye eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci) fıkrası yönünden bu görüşe katılmamıştır.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususlar Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında ele alınmış olduğundan Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ç. Kanun'un 359. Maddesinin (b) Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...veya bu belgeleri kullananlar,..." İbaresinin İncelenmesi

60. 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrasının birinci cümlesinde vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeleri yok edenlerin veya defter sahifelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanların ya da hiç yaprak koymayanların veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen ya da kısmen sahte olarak düzenleyenlerin veya bu belgeleri kullananların üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüş olup anılan cümlede yer alan "...veya bu belgeleri kullananlar,..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

61. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ne ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır (AYM, E.2019/74, K.2020/29, 12/6/2020, § 14).

62. Bununla birlikte kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *elverişlilik*, *gereklik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik*, başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklik* başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve *orantılılık* ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

63. İtiraz konusu kuralla vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin asıl veya suretlerinin sahte olarak düzenlenmiş şekillerinin kullanılmasının cezai yaptırıma bağlanması suretiyle vergi düzeninin sağlıklı biçimde

işlemesinin ve böylece verginin doğru şekilde tespiti ile tahsilinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

64. Vergi düzeninin sağlıklı biçimde işlemesine hizmet eden belgelerin sahte olarak düzenlenmiş şekillerinin kullanımının cezai yaptırıma bağlanmasının vergi kanunlarında gösterilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da bu yükümlülükler aykırı davranışlarda bulunulması konularında caydırıcı etkide bulunacağı gözetildiğinde kuralın anılan amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

65. Kuralda; vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan belgelerin sahte olarak kullanılması fiili, 213 sayılı Kanun kapsamında seçimlik hareketli suç olarak öngörülen vergi kaçakçılığı suçunun oluşmasına yol açan hareketlerden birini teşkil etmekte olup bu fiili işleyenlerin hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Vergi kaçakçılığı suçunun toplumsal etkisi, tehlikeliliği, vergi düzenine olan zararı ve işlenme oranı gözönünde bulundurulduğunda belirlenen ceza aralığının ağır ya da orantısız olduğu da söylenemez. Buna göre kuralla kişilere aşırı bir külfet yüklendiğinin söylenemeyeceği, bu bağlamda suç ile ceza arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği, dolayısıyla kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı anlaşılmıştır.

66. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 367. Maddesinin Beşinci Fıkrasının (Anılan Maddeye 7318 Sayılı Kanun'un 5. Maddesiyle Eklenen Dördüncü Fıkra Nedeniyle Altıncı Fıkrasının) İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

67. Kural, ceza mahkemesi kararlarının 213 sayılı Kanun'un "Dördüncü Kitap İkinci Kısım"ında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmayacağını, bu makam ve mercilerce verilecek kararların da ceza hâkimini bağlamayacağını düzenlemektedir.

68. Kuralda yer alan "...bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezaları..." ibaresi vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezalarına,

“...vergi cezalarını uygulayacak makam ve merciler...” ibaresi ise Kanun’un 365. maddesi uyarınca vergi idaresi birimlerine işaret etmektedir. Buna göre bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin olarak ceza yargılaması sırasında ve sonucunda ceza mahkemesince verilen kararlar vergi idaresini bağlamayacak, aynı şekilde vergi idaresi tarafından verilen kararlar da ceza hâkimini bağlamayacaktır.

69. Kuralın gerekçesinde “...açılmış olan bir kamu davasında, örneğin belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı verilmiş olabilir. Ancak, bu belgelerin düzenlenmesi suretiyle bir vergi ziyana sebebiyet verilmiş olabilir. Belgede sahtecilik suçunun manevi unsurunun oluşmadığı gerekçesiyle beraat kararının verilmiş olmasına rağmen, vergi ziyana sebebiyet verilmiş olması dolayısıyla idari para cezası olarak vergi cezası verilebilmelidir. Keza, Maliye Bakanlığı ile arasında anlaşma bulunmayan kişiler tarafından basılan örneklerin kullanılması suretiyle fatura düzenlenmiş olması dolayısıyla kişi hakkında cezaya hükmedilmiş olabilir. Ancak, düzenlenen fatura gerçek bir ticari ilişkiyi yansıtmış ve dolayısıyla, bir vergi ziyana sebebiyet verilmemiş olabilir. Bu nedenle, 359 uncu maddenin (c) bendindeki suç oluştuğu gerekçesiyle mahkumiyete rağmen, şayet bu örnekler kullanılmak suretiyle fatura düzenlenmiş olması dolayısıyla vergi ziyayı doğmamışsa idari para cezası olarak vergi cezası verilmez.” şeklindeki örneklerle yer verilmek suretiyle kurala açıklık getirilmiştir.

70. Öte yandan gerekçede kuralın mutlak olmadığı ifade edilerek “...Bir ticari ilişkide tutulan defter ve kayıtların sahte olmadığı, defter ve kayıtların gerçek bir ticari ilişkiyi yansıttığı ve içerikleri bakımından doğru olduğu gerekçesiyle beraat kararı vermiş olan ceza mahkemesinin kesinleşmiş hükmü, bu belgelere konu ticari ilişkiler dolayısıyla vergi ziyana sebebiyet verildiği gerekçesiyle idari para cezası olarak vergi cezası verilmesine engel teşkil eder.” açıklamasına yer verilmiştir. Gerekçede ayrıca maddi gerçeği araştıran ceza mahkemesinin bu bağlamdaki hükmünün sadece vergi mevzuatı uygulayıcıları tarafından değil vergi mahkemeleri tarafından da gözönünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

2. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

71. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesi yönünden incelenmiştir.

72. Kuralla vergi idaresince yürütülen vergi cezalarının tespiti ve uygulanması süreci ile ceza mahkemesince yürütülen yargılama/cezalandırma süreci arasında karşılıklı bağlamazlığa ilişkin düzenleme yapıldığı görülmektedir.

73. Karşılıklı bağlamazlığa ilişkin bu kural, sadece aynı fail tarafından aynı fiil ile işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri ile ilgili olmayıp farklı fiillerle veya farklı faillerce bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatleri ile de ilgili bulunmaktadır. Kapsamdaki bu hâller farklı değerlendirmeleri gerektirdiğinden, idarenin kararları ile mahkeme kararları arasındaki bağlamazlığa ilişkin kuralın belirtilen durumlar için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

74. Aynı fail tarafından aynı fiil ile işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin durumlarda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan *aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama* ilkesine aykırılığın oluşabilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere yargılanma süreçlerine ilişkin birtakım şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Anılan sürece ilişkin iki şarttan ilki *yargılama/cezalandırma sürecinin kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmış olması*, ikincisi ise, *tekrar (yeniden) ceza ile ilgili bir yargılama/cezalandırma sürecinin işletilmesidir*.

75. Ne şekilde tespit edildiği veya öğrenildiği önem taşımaksızın kaçakçılık suçunun takibatı vergi incelemesinin yapılmasını gerektirmektedir. Vergi incelemesi sonucunda vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği kanaatine varılmışsa idare tarafından düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaa Cumhuriyet başsavcılığına iletilir. 213 sayılı Kanun'un 367. maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi kaçakçılığı suçunda mütalaa alınması dava şartı olduğundan Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açılabilmesi için vergi idaresinden mütalaa alınması gerekmektedir. Mütalaa Cumhuriyet savcısı için bağlayıcı olmayıp soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilebileceği gibi iddianame de düzenlenebilir.

76. Vergi inceleme raporunun ilgili vergi dairesine bildirilmesi üzerine raporda tespiti yapılan kabahatler bakımından ceza kesme işlemleri başlatılacaktır. Anılan Kanun'un 364. maddesinde vergi cezalarını gerektiren olayların vergi dairelerince veya yoklamaya ve vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından tespit olunacağı, 365. maddesinde ise vergi cezalarının olayların ilgili bulunduğu vergi bakımından mükellefin bağlı olduğu vergi dairesi tarafından kesileceği hüküm altına alınmıştır. Cezalandırma süreci sonucunda kişinin ilgili kabahati işlediği ya da işlemediği konusunda vergi dairesince verilen karar cezai niteliktedir.

77. Kaçakçılık suçundan veya vergi kabahatlerinden dolayı başlatılan cezalandırma süreçlerinden birinin kesinleşmek suretiyle sona ermesinden sonra diğerinin başlaması ya da anılan süreçlerden birinin kesinleşmesinden önce başlayan diğer sürecin ilk sürecin kesinleşmesinden sonra da işlemeye devam etmesi durumunda yeniden yargılama/cezalandırma söz konusu olabilecektir. Nitekim vergi kabahatine ya da kaçakçılık suçuna ilişkin süreçlerden birisi kesinleştiğinde diğer sürecin işlemeye devam etmesi ihtimal dahilindedir. İtiraz konusu kural bu yönden bir engel getirmemektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi (§§ 32-33) süreçlerin bir bütünün parçaları olacak biçimde bağlantılı yürütülmesi hâlinde birden fazla yargılama veya cezalandırma aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesini ihlal etmeyecektir. Bunun için süreçlerin maddi yönden ve zaman yönünden yeterince yakın bir bağlantı içinde yürütülebileceğinin kuraldan anlaşılabilmesi gerekmektedir.

78. Farklı yargılama/cezalandırma süreçlerinin tamamlayıcı amaçlar taşıyıp taşınamaması hukuk düzeninin farklı disiplinleri tarafından hukuka aykırı fiilin farklı yönlerine odaklanılıp odaklanılmadığıyla ilgilidir. Kaçakçılık suçunda amaç genel olarak suçu oluşturan hukuka aykırı fiilleri işleyenleri cezalandırmak, bu yolla kişileri bu eylemleri işlemekten caydırmak, suç olarak düzenlenen her bir fiilin yasaklanmasıyla kamu düzenini korumaktır. Buna karşın, vergi kabahatleri nedeniyle yargısal bir karar olmaksızın idare hukuku usullerine göre uygulanan idari yaptırımların amacı, vergisel idari düzeni korumak, bu kapsamda mükellef ve sorumluların vergi kanunlarındaki yükümlülüklerine aykırı davranışlarına etkin ve caydırıcı yaptırım uygulamaktır. Bu bakımdan özünde aynı fiile ilişkin olmakla birlikte farklı hukuki değerleri koruyan biri adli, diğeri idari iki ayrı cezalandırma usulünün tamamlayıcı amaçlar izlediği söylenebilir.

79. 213 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri ile bu süreçler sonunda uygulanacak cezaların yeterli belirlilikte düzenlendiği gözetildiğinde bu süreçlerin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır.

80. Aynı fiil ile işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri esas olarak vergi incelemesine dayanmaktadır. Vergi inceleme raporundaki tespitler üzerine düzenlenen vergi suçu raporu ve mütalaanın Cumhuriyet başsavcılığına iletilmesiyle adli süreç başlamakta, vergi inceleme raporunun vergi dairesine

iletilmesiyle de idari cezalandırma süreci başlamaktadır. Bu başlangıç aşamasında her iki süreçte de idare tarafından sunulan deliller aynıdır.

81. Buna karşılık başlangıç aşamaları sonrasında yargılama süreçleri tamamen birbirinden bağımsız olarak yürütülmekte olup süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir etkileşime gerek dava konusu kuralda gerekse diğer kurallarda yer verilmemiştir.

82. Öte yandan vergi kaçakçılığı suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçlerinin vergi incelemesi sonunda düzenlenen raporlara dayanılarak başlatılması nedeniyle başlangıç aşamasında idarenin ve ceza muhatabının karşılıklı olarak delillerini sunmaları aşamasında kısa bir dönem için süreçler paralel yürümekte ise de aradaki etkileşimsizliğin sonucu olarak süreçlerin sonuçlandırılmasında zamansal farklılıkların ortaya çıkabildiği anlaşılmaktadır.

83. Bu itibarla aynı fiille işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine yönelik yürütülen yargılama/cezalandırma süreçlerinde, herhangi birinin diğerinden önce kesinleştiği ve birlikte başlayan ve başlangıçta bir süre paralel devam eden süreçlerin sonrasında zamansal bakımdan tamamen bağlantısız bir biçimde yürütülmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İtiraz konusu kural ile yargılama/cezalandırma süreçlerinde verilen kararların karşılıklı olarak karar verici birimleri bağlamayacağı hüküm altına alınmakla bu bağlantı eksikliği daha da pekiştirilmiştir. Bunun da ötesinde kuralın gerek idare ve gerekse yargı organlarınca bu eksikliğin giderilmesini ve süreçlerin bir bütünün parçası olacak biçimde bağlantılı olarak yürütülmesini sağlamaya imkân tanımadığı görülmektedir.

84. Öte yandan her iki yargılama sonucunda hükmolunan toplam cezanın kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşturmasının engellenmesi amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınıp alınmadığı, bu konuda her iki süreci yürüten kamu otoritelerinin birbirleriyle etkileşime girip girmedikleri hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda her iki sürecin de cezalandırma ile sonuçlandığı durumlarda ortaya çıkan sonucun kişi üzerinde orantısız bir külfete yol açması durumunda tamamlayıcılık unsuru ve dolayısıyla maddi yönden bağlantı zayıflayabilir.

85. Bu itibarla aynı fail tarafından aynı fiille işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri

sonucunda uygulanacak yaptırım konusunda herhangi bir şekilde ve seviyede bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer vermeyen kural, söz konusu süreçlerin hakkaniyete uygun yürütülmesini engelleyebilecek niteliktedir. Zira kural kişi üzerinde aşırı bir külfet oluşmasını engellemek amacıyla ilk yargılamadaki cezanın diğer yargılamada dikkate alınmasını engellemekte, süreçler arasında etkileşime izin vermemekte ve ilgili kişi aleyhine hükmedilen toplam cezanın aşırı külfet oluşturma riskinin arttığı hallerde dengeleyici mekanizmaların uygulanabilmesine imkân tanımamaktadır.

86. Farklı failler veya farklı fiiller ile bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin cezalandırma ve yargılama süreçleri de itiraz konusu kuralın kapsamında yer almaktadır.

87. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı maddi adaleti değil şekli adaleti temin etmeye yönelik güvenceler içermektedir. Adil yargılanma hakkı temel olarak yargılama sürecinin ve usulünün hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini teminat altına almakta (*M.B. [GK], B. No: 2018/37392, 23/7/2020, § 80*), bu nedenle yargılama/cezalandırma sürecinde bu sürece tesir edebilecek hususların dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda süreçler arasında yeterli bağlantının sağlanması da gerekebilecek aksi takdirde adil yargılanma hakkının güvencelerini ihlal eden sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bağlantılı olarak işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında yeterli bağlantının sağlanmaması halinde de gerekçeli karar hakkı (bu konuda bkz. *Mehmet Okyar, B. No: 2017/38342, 13/2/2020*), masumiyet karinesi gibi adil yargılanma hakkı güvenceleriyle bağdaşmayacak şekilde kararlar verilebilecektir.

88. Usul güvencelerine ilişkin yeterli bağlantının sağlanmasından sonra bağlantılı olarak işlenebilen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine konu fiilleri farklı boyutlarıyla ele alan, kendi usul ve kurallarına göre nitelendirip değerlendiren farklı organ, makam ve mercilerin kararlarının her hâl ve şartta birbirini bağlaması gerektiği ileri sürülemeyeceği gibi bunların hiçbir koşulda birbirini bağlamaması gerektiği şeklinde bir sonuca varılması da mümkün değildir. Dolayısıyla bağlantılı fiillerle işlenen vergi kaçakçılığı suçu ile vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri arasında bağlantı kurulmasına engel olan kuralın adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelere aykırılık oluşturabileceği anlaşılmaktadır.

89. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V. HÜKÜM

4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun;

A. 22/7/1998 tarihli ve 4369 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 340. maddesinin;

1. Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 276. maddesiyle değiştirilen 359. maddesinin;

1. (b) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...veya bu belgeleri kullananlar,..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Son paragrafının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 5728 sayılı Kanun'un 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin;

1. Dördüncü fıkrasının (Anılan maddeye 29/4/2021 tarihli ve 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle beşinci fıkrasının) Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Beşinci fıkrasının (Anılan maddeye 7318 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen dördüncü fıkra nedeniyle altıncı fıkrasının)

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE Kadir ÖZKAYA, Yıldız SEFERİNOĞLU, Basri BAĞCI ile İrfan FİDAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4/11/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu tarafından 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (Kanun) 340. maddesinin, 359. maddesinin son paragrafının ve 367. maddesinin dördüncü (bilahare yapılan ekleme nedeniyle beşinci) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve reddine karar verilmiştir.

2. İptali istenen kurallar, vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile kaçakçılık suçunu düzenleyen 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların ıçtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemeyeceğini, vergi cezası kesilmesinin 359. maddeye göre takibat yapılmasına (m. 340), kaçakçılık suçunu işleyenlere bu suçtan ceza verilmesinin 344. maddede

yazılı vergi ziyai cezasının uygulanmasına (359/son) ve 359. maddede yazılı suçlardan cezalara hükmedilmesinin vergi ziyai veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına (367/5) engel teşkil etmeyeceğini öngörmektedir.

3. Kurallar esas itibarıyla farklı yargılama/cezalandırma süreçlerine konu vergi kabahatleri nedeniyle uygulanan idari para cezası ile kaçakçılık suçuna uygulanan hürriyeti bağlayıcı cezanın birbirine engel teşkil etmeyeceği, bunlara ilişkin yargılamanın ayrı yapılacağı ve cezaların içtima edilemeyeceğini düzenlemektedir. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, kurallarla *“aynı fil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesi hususları düzenlenmektedir”* (§ 58).

4. Öncelikle Anayasa’nın 36. maddesinde mündemiç olan *“aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama”* (ne bis in idem) ilkesinin kapsamı ve temel unsurlarına ilişkin olarak çoğunluk kararında yer alan açıklamalara aynen katıldığımı ifade etmek isterim (§§ 26-33). Anılan ilkenin istisnalarının bulunduğu, bu kapsamda belli kriterlerin sağlanması halinde birden fazla yargılama ve cezanın uygulanmasını dışlamadığı bilinmektedir. Buna göre birden fazla yargılama veya cezalandırma süreçlerinin (1) birbirini *tamamlayıcı* farklı amaçlar izlemesi, (2) *öngörülebilir* olması, (3) aralarında delillerin toplanması ve değerlendirilmesi ile olguların tespitinde yeterli *etkileşim* sağlanması, (4) sonunda tek bir sürece oranla *aşırı bir külfet yüklenmemesi* ve (5) *zaman yönünden* de bağlantılı olması durumunda *ne bis in idem* ilkesine aykırılık olmayabilecektir (§ 33).

5. Bu şartların gerekliliği konusunda çoğunlukla hemfikir olmakla birlikte bunların mevcut kurallar yönünden varlığı noktasında çoğunluğa katılma imkânı olmamıştır. Çoğunluğa göre kurallarla öngörülen farklı süreçlerin *“bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı yürütülmelerine ilişkin güvencelerin sağlanması halinde”* söz konusu anayasal ilkeye aykırılık olmayacaktır (§ 58).

6. Esasen sorun tam da buradadır. İtiraz konusu kurallar bir bütün olarak ve kanun koyucunun tercih ettiği sistemin bir parçası olarak değerlendirilmediği için isabetli olmayan bir sonuca ulaşılmıştır. İptali istenen kuralların mantığına uygun olarak, Kanun’un 367. maddesinin son fıkrası gereğince iki ayrı yargılama veya cezalandırma sürecinin sonunda verilen mahkeme kararları birbirini etkilemeyecektir. Başka bir

ifadeyle ceza mahkemesi kararları, vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin kararlarına etkili olamayacağı gibi, bu makam ve mercilerin kararları da ceza hakimini bağlamayacaktır.

7. Mahkememiz bizim de katıldığımız gerekçelerle bu *kuralı ne bis in idem* ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi karşılıklı bağlamazlığa ilişkin bu kuralın yukarıda belirtilen kriterlerden tamamlayıcılık ve öngörülebilirlik açısından sorun teşkil etmemekle birlikte, *etkileşim*, *aşırı külfet yüklememe* ve *zaman bakımından bağlantı* kriterlerini sağlamadığını belirtmiştir (§§ 71-89).

8. Bu gerekçelerin aynı fiil için birden fazla cezanın uygulanması ve cezaların birleştirilmemesine ilişkin itiraz konusu kurallar için de geçerli olduğu açıktır. Belirtmek gerekir ki, karşılıklı bağlamazlığa ilişkin kuralın iptali itiraz konusu diğer kuralları Anayasa'ya uygun hale getirmemiştir. Zira iki ayrı yargılama/cezalandırma sürecinin sonunda verilen kararların karşılıklı bağlamazlığına son verilmesi, gerekli güvenceleri sağlamak için yeterli değildir.

9. Sözgelimi kararların karşılıklı bağlayıcı olduğu durumlarda bile iki farklı yargılama/cezalandırma süreci zaman bakımından bağlantılı olarak yürütülemeyebilir. Başka bir ifadeyle vergi cezasına ilişkin yargılama kesinleştikten sonra ceza yargılaması başlayabilir.

10. Daha önemlisi aynı fiil ile işlenen kaçakçılık suçu ve vergi kabahatlerine ilişkin yargılama/cezalandırma süreçleri başlangıç aşamalarından sonra tamamen birbirinden bağımsız olarak yürütülmektedir. Karşılıklı bağlamazlığa ilişkin kuralın iptali, söz konusu farklı süreçler arasında delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde herhangi bir tekrarın oluşmasını engelleyecek bir etkileşimi tek başına sağlayamayabilir.

11. Söz konusu etkileşim eksikliğini giderecek bir düzenleme de söz konusu değildir. Esasen çoğunluk kararında da iptal edilen kuralla *“yargılama/cezalandırma süreçlerinde verilen kararların karşılıklı olarak karar verici birimleri bağlayamayacağı hüküm altına alınmakla bu bağlantı eksikliği daha da pekiştirilmiştir”* (§ 83) demek suretiyle bu eksikliğin varlığı kabul edilmiştir.

12. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere karşılıklı bağlamazlığa ilişkin kuralın iptali, farklı süreçlerin maddi yönden ve zaman

bakımından yeterince yakın bir bağlantı içinde yürütülebilmesinin önündeki engellerden birini kaldırmış olabilir. Ancak bu yeterli değildir. Yukarıda belirtilen kriterlerin/güvencelerin de sağlanması gerekirdi. Halbuki ne itiraz konusu kurallar ne de diğer kurallar *ne bis in idem* ilkesini ihlal etmeyecek güvencelere yer vermiştir.

13. Diğer yandan itiraz konusu kuralların farklı süreçlerin bağlantılı yürütölmelerine ilişkin *güvencelerin sağlanması halinde* Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği şeklinde bir anlamda “*şartlı red*” kararının isabetli olmadığını düşünüyorum. Anayasallık denetiminde yapılması gereken söz konusu güvencelerin sağlanıp sağlanmadığının incelenmesidir. Kuralın bu güvenceleri dışlamadığından hareketle sonuca ulaşmak isabetli olmayabilir. Kuşkusuz bir güvenceyi *dışlamamak* farklı ona yer vererek sağlamak farklıdır.

14. Son olarak belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun konuya ilişkin tercihini ifade eden itiraz konusu kurallar bir bütün olarak ele alınıp gerekli güvenceler sağlanmadığı gerekçesiyle iptal edilmiş olsaydı, meselenin bir bütün olarak ele alıp yeniden değerlendirilmesine fırsat verilebilirdi. Bunun yerine kuralların iptal edilmemesi yoluna gidilmesi, ayrı süreçlerin bir bütünün parçaları olacak şekilde bağlantılı yürütölmelerine yönelik gerekli ve yeterli güvenceler sağlanmadan uygulanabilmesinin yolunu açmıştır.

15. Açıklanan gerekçelerle, kuralların Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğunu ve iptal edilmesi gerektiğini düşündüğümünden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Bu davada Mahkememizin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 240/1., 359/son ve 7318 sayılı Kanunla değişik 367/5. maddelerinin iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk kararına katılamadım. Bu konudaki gerekçelerimin ortaya konulabilmesi için öncelikle tartışmanın merkezinde olan *ne bis in idem ilkesinin* kapsamına ve daha sonra incelenen kurallar bakımından ilkenin uygulanmasına ve iptal nedenlerine ilişkin görüşlerime aşağıda yer verilecektir.

A. HUKUKUMUZDA NE BİS İN İDEM İLKESİ VE POZİTİF DAYANAKLARI

2. Mükerrer yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı ya da mükerrer yargılama/cezalandırma yasağı şeklinde ifade edilebilecek olan ne (non) bis in idem ilkesi Anayasamızda açıkça düzenlenmemiştir. Fakat bu durum Anayasanın ve hukuk sistemimizin, bir fiilin ancak bir kez yargılanacağı temeline dayanan ilkenin Roma hukukundan itibaren uygulanan kadim bir usul ilkesi olduğu gerçeğini dışladığı anlamına gelmez. Uluslararası insan hakları belgelerinde ise bu ilke özel olarak güvence altına alınmıştır. 4/6/2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinin 7. fıkrasında; *“Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.”* ifadesiyle ilkeyi güvence altına almıştır. 6684 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan (ve Türkiye Açısından 1.8.2016 tarihinde yürürlüğe giren) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No.lu Protokol'ün *“Aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı”* başlıklı 4. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında ise ilke ve istisnalarına yer verilmiştir:

“1. Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslî bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Ek Protokol'ün bu hükmü ikinci kez yargılama yasağı konusunda Sözleşmeye taraf devletlere bir takdir yetkisi tanımamaktadır. Devletler mevzuatlarını bu ilkeye uygun düzenlemekle yükümlüdür. AİHM düzenlemenin amacını şöyle ifade etmektedir: *"7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin amacı, "nihai" bir kararla sonuçlandırılan yargılamaların tekrarını yasaklamaktır* (Tsonyo Tsonev - Bulgaristan (2), No: 2376/03, 14.4.2010, par. 53; Sergey Zolotukhin-Rusya, No: 14939/03, 10.2.2009, par. 107). **Kararın nihailiği** olağan kanunyollarının tüketilmesini veya bu yola başvurulmadan sürenin geçmesini ifade eder. İlk kararın nihailiğinin (kesinliğin) tespitinde olağanüstü kanun yollarının varlığı veya bu yollara başvurulmuş olması dikkate alınmaz. Mahkemeye göre aynı fiil nedeniyle iki kez yargılama yapılarak ceza verilmesi adaletsiz bir uygulamadır; *"7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin amacı, bir kişinin suç sayılan aynı davranıştan dolayı iki kez kovuşturulması veya cezalandırılmasının adaletsizliğini önlemektir."* (AİHM Bajcic-Hırvatistan, 8 Ekim 2020, No: 67334/13, par. 26). Yine Mahkemeye göre *"7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi, iki kez yargılanmama hakkıyla sınırlı değildir, iki kez cezalandırmama hakkını da kapsar* (AİHM Lucky Dev-İsveç, No: 7356/10, 27.2.2015, par. 58-59 ve Franz Fischer / Avusturya, no. 37950/97, § 29, 29 Mayıs 2001). Öte yandan Mahkeme hukuk sistemlerinde farklı amaçlarla aynı veya yakın fiillerin farklı yaptırımlar öngörülmesini ve bunlara ilişkin yargılama süreçlerinin yürütülmesinin mümkün olduğunu, fakat süreçler arasında bağlantı kurulması gerektiğini kabul etmektedir; *"... aynı suçla ilgili bir karar kesin olduğunda, bir kişi hakkında daha fazla cezai işlem yapılması yasaktır. Bununla birlikte, 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesi, bu nihai karar verilmeden önce birkaç eş zamanlı yargılamanın yürütülmesini engellemez"* (AİHM Lucky Dev-İsveç, No: 7356/10, 27.2.2015, par. 58-59; AİHM Bajcic-Hırvatistan, 8 Ekim 2020, No: 67334/13, par. 26, 39). Öte yandan Ek 7 nolu Protokol'ün 4. maddesinin ikinci fıkrasında *ilkenin istisnaları* kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki ikinci kez yargılanmama hakkı, cezai nitelikteki kesinleşmiş bir kararın *yargılamanın yenilenmesi* yoluyla canlandırılması karşısında da güvence sağlamaktadır. Başka deyişle istisna kapsamına girmeyen hallerde yargılamanın iadesi yoluyla aynı fiil hakkında ikinci kez yargılama yapılması güvenceye aykırı olacaktır. Bununla birlikte maddede sayılan istisnalar kapsamına girmese dahi, kesinleşen kararda sanık aleyhine yapılmış adli hataların düzeltilmesi için yargılamanın yenilenmesi şartlarının akit devletlerce sanık lehine genişletilmesinin adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olacağı ve Sözleşmeye aykırı düşmeyeceği değerlendirilmelidir.

4. Kişiler arasındaki uyuşmazlığın hukuken bağlayıcı bir kesin hükümle sonuçlandırılarak hukuki istikrarın ve hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesi yönünden devletin yükümlülükleri içerisindedir. Bu nedenle Anayasamız açısından ikinci kez yargılama/cezalandırma yasağının ilk olarak hukuki öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir gereği olan *kesin hükmün otoritesi-dokunulmazlığı ilkesi* bağlamında hukuk devleti kapsamında güvence altında olduğu söylenmelidir (bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7.B. İstanbul 2000, s. 694; KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. B., Ankara 2012; s. 665; Hamide Özkaya Ferendeci, Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2007, s. 14, 98; Hamit Yelken, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi, AYBÜ SBE Ankara 2022, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 281). Kesin hükmün bağlayıcılığı ve otorite etkisi kamu düzenine ilişkin olduğundan (*“Kesin hüküm, hem bireyler hem de devlet için hukuki durumda bir kararlılık ortaya koyar. Bununla, hukuki güvenlik ve yargı erkine güven sağlandığından kamu yararı ile doğrudan ilgilidir.”* HGK 5.2.2003, E.30-K.57) ikinci kez yargılamayı önleyen bir dava şartı olarak mahkemelerce re’sen dikkate alınmalıdır. Bu nedenle hukuk devleti açısından hukuki güvenlik ilkesi bağlamında sağlanan güvencenin kapsamının yalnızca ceza yargılamalarını değil, hukuk yargılamalarını da kapsadığı düşünülmelidir. Diğer bir anlatımla ikinci kez yargılama yasağı, kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinin ceza yargılamasına yansıyan biçimi olarak da ifade edilebilir. Doktrin ve uygulamada ise Sözleşme uygulaması dolayısıyla ilkenin *adil yargılanma hakkının* cezai nitelikteki yargılamalara ilişkin özel bir güvencesi olduğu kabul edilmektedir. Nitekim AYM de kararlarında bu ilkeyi önce Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağlantılı olarak değerlendirmişken (bkz. AYM 5.3.2015, 2014/124 E. – 2015/24 K.) sonraki kararlarında (bkz. AYM Ünal Gökpinar, B. No: 2018/9115, 27.3.2019 ve karşıoya konu bu kararda (2019/4 – 2021/78, par. 59) adil yargılanma hakkı (AY m. 36) kapsamında incelemiştir. Öte yandan anayasal bir temelinin bulunduğu kabul edilmesi durumunda ilkenin bir yargılama usulü kuralı olmasından öte, anayasa yargısında ölçü norm olarak önemli bir işlevi olacağı açıktır. Başka deyişle bu ilke uygulamada yargılama usulüyle ilgili olarak bir güvence işlevi görürken, maddi veya şekli cezai nitelikli kuralların güvenceye aykırı biçimde düzenlenmesini önleme işlevi yönüyle yasama organına da bir sınır çizmektedir.

5. Öte yandan ceza yargılaması hukukunda ilkenin pozitif bir dayanağının bulunduğu görülmektedir. 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin 7. fıkrasında, *"Aynı fi il nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir"* şeklindeki düzenleme ile ilkeye aykırı uygulamaların önü alınmak istenmiştir. Fakat bu kural aynı fiilin farklı disiplinler yönünden yargılanması ve yaptırıma bağlanması karşısında bir güvence sunmamaktadır. Diğer yandan Ceza Kanununda yer alan içtima kuralları da aşağıda ayrıca değinileceği üzere dolaylı da olsa ilkeyle bağlantılıdır. Bu anlamda 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 15/3. maddesinde aynı fiilin suç teşkil etmesi durumunda yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı belirtilmiş ve bir fiil ile birden fazla kabahat işlendiğinde ise en ağır idari para cezasının uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Vergi Usul Kanununun 336. maddesinde de bir fiil ile vergi ziyayı ve usulsüzlük kabahatlerinin işlenmesi durumunda yalnızca en ağır cezanın verileceği hükmü yer almaktadır. Yine TCK'nın 9. maddesindeki düzenleme nedeniyle Türkiye'de işlenen suçlar ile yabancı ülkede işlenen bazı suçlar yönünden ve insanlığa karşı işlenen suçlarda (m.13/1-3) iç hukukumuzdaki düzenlemeler yabancı mahkeme kararları karşısında ne bis in idem ilkesinin güvencelerini sağlamaktan uzaktır. Ceza Kanununun 11/2. maddesinde ise ilkenin sağladığı güvenceye uygun bir düzenleme yapılmıştır. Buna karşın 12/2. maddeye göre, yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlenen suçta non bis in idem ilkesi geçerli olmazken, bir Türkün zararına işlenmesi halinde ilke geçerli olacaktır. Anayasanın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk kuralı niteliğinde bulunan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (CYMDAS)'nin 53. maddesinde ise ilkenin uygulanmasını daraltır biçimde, ne bis in idem etkisinin doğabilmesi için; beraat kararı verilmesi veya mahkûmiyet hükmünün kısmen veya tamamen infaz edilmeye başlanması gerektiği belirtilmiştir. İlkenin gözetildiği diğer bir Sözleşme, Ceza Kovuşturulmasının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin 35. maddesidir.

6. Ne bis in idem ilkesi, bir kişinin aynı fiil nedeniyle yargılandıktan (hüküm kesinleştikten) sonra ikinci kez yargılanmasını ve cezai hüküm kurulmasını yasaklamaktadır. Başka deyişle kural olarak bir kimse bir fiille yargılanıp, kanunda öngörülen yaptırım veya yaptırımlara kesin olarak mahkum edildikten veya beraat ettikten sonra aynı fiilden dolayı ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılamaz. Aynı fiil nedeniyle ikinci

kez yargılanma hukuki güvenliği ortadan kaldırdığı gibi ikinci kez cezalandırma boyutuyla anayasal *kusur ilkesini* (bkz. aşağıda par.15) de ihlal eder. Çünkü kusur ilkesi gereği hiç kimse kusuruyla orantısız bir cezaya mahkum edilmemelidir. Dolayısıyla ilke, aynı fiil nedeniyle ikinci kez yargılama yapılıp hüküm kurulmasına ve cezalandırılmasına karşı bir güvence sağlamaktadır. Bununla birlikte yargılamanın yenilenmesini gerektiren nedenlere (yeni bir delilin sonradan ortaya çıkması veya yargılamada esaslı bir kusurun tespit edilmesine) bağlı olarak yapılacak yargılamalar ilkeyi ihlal etmez. Fakat ilkeyle çatışmaya neden olan temel sorunlardan biri aynı fiil hakkında suçtan başka idari yaptırımların da öngörülmüş olmasıdır.

7. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere ne bis in idem ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için; 1- cezai nitelikte bir yargılama süreci bulunmalı, 2- bu süreç kesin ya da kesinleşmiş bir mahkumiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanmalı, 3- bundan sonra *aynı fiille* ilgili olarak cezai nitelikte yeni bir yargılama süreci işletilmeli ve 4- olayda ilkenin istisnalarından biri bulunmamalıdır. İlke, bir fiil isnadiyla yargılanıp mahkumiyet veya beraat şeklinde bir hüküm kurulduktan sonra aynı fiilin yeni bir yargılamaya ve yaptırım uygulanmasına konu yapılmasına karşı güvence sağlamaktadır. Fakat bu ilke aynı fiile ilişkin farklı hukuksal düzenlemelere dayalı ikili bir yargılama sürecinin uygulanmasını mutlak olarak önlememekte, ancak yargılamalar arasında yakın bağlantı kurulması ve etkileşimin sağlanması gerekmektedir (AİHM Bajcic-Hırvatistan, 8 Ekim 2020, No: 67334/13, *par.* 39; A ve B – Norveç, No: 24130/11 ve 29758/11, 15. 11. 2016; Oliveira-İsviçre, No: 25711/94, 30.7.1998, *par.* 25-29; AİHM Glantz-Finlandiya, No: 37394/11, 20.8.2014, *p.* 61-62). Anayasa Mahkemesi de bu davada Çoğunluk gerekçesinin 29. Paragrafında ifade edildiği üzere iki yargılamaya ilişkin “*süreçlerin bir bütünün parçası olacak şekilde bağlantılı bir biçimde yürütülmesi*” durumunda ilkenin ihlal edilmeyeceğini kabul etmektedir. Bu nedenle farklı hukuki değerleri koruma amacıyla düzenlenen ve unsurları da aynı olmayan kuralların ihlali nedeniyle bir cezai yargılama tamamlanmadan diğerinin de başlaması ve süreçlerin bağlantılı biçimde yürütülmesi durumunda ilkenin ihlal edildiği söylenemez. Başka bir anlatımla ilke suç ve kabahat şeklinde farklı unsurları kapsayan kuralların düzenlenmesine ve bu kuralların ihlaliyle ilgili olarak aynı veya yakın yargısal süreçleri kapsayan soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesini önlememektedir.

8. İlkenin uygulanmasında gözetilecek **ilk kriter her iki yargılamanın da cezai nitelikte olmasıdır**. Bu açıdan özel veya genel ceza kanunlarında yer alıp özgürlüğü bağlayıcı cezayı veya adli para cezasını gerektiren yaptırımların tabi olduğu ceza yargılaması usulünün uygulandığı yargısal süreçlerin cezai nitelikte bulunduğu şüphe bulunmamaktadır. Kriter açısından sorun, suç yargılamasına temel alınan bir fiile ilişkin olarak ayrıca yürütülmesi gereken disiplin veya kabahat yargılamaları bakımından ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki bir başvuruda, aynı idari soruşturma kapsamında başvurucunun hem disiplin cezası ile cezalandırılması hem de görev yerinin değiştirilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası incelenmiştir. AYM “*aynı fiil nedeniyle yeniden yargılanmama ve cezalandırılmama ilkesinin (ne bis in idem) Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde anayasal güvence altında olduğuna*” işaret ettikten sonra disiplin cezası ve naklen atama işlemi şeklindeki müdahalelerin bu hak kapsamında *cezai süreç* olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir (Abdulahkim Şendül, B. No: 2017/26742, 17/11/2021, par. 39, 51). Disiplin yaptırımları yönünden AİHM’nin yaklaşımı da bu yöndedir (bkz. muhasebecilik görevinden geçici uzaklaştırma yaptırımı hakkında Luksch / Avusturya, No: 37075/97, 21 Kasım 2000; avukatlık yapma hakkını kaybetme hakkında Klein / Avusturya, No: 57028/00, 4.5.2006). Buna karşın AYM bireysel başvuruya ilişkin kararlarında (AİHM kararları gibi) vergi idaresi tarafından uygulanan ve kabahat niteliğinde bulunan idari para cezalarının *cezai nitelikte* bulunduğunu kabul etmiştir (bkz. Ünal Gökpınar, B.No: 2018/9115, 27.3.2019, p. 54-56). Kabahat olarak nitelenen fiiller belirli bir faaliyet veya hizmete ilişkin alanın disiplin altına alınması amacıyla çeşitli kanunlarda düzenlenmektedir. Suçların ve kabahatlerin yargılama usulleri de farklıdır. Bu tür düzenlemeler belirli bir alanın veya faaliyetin disiplin altına alınması ve hukuk düzenine uyumun sağlamasını amaçladığından toplumsal bir ihtiyacı da karşılamaktadır. Aynı fiil hakkında olsa dahi kimi durumda bunlardan birisi hakkında takibat yapılamamış veya yapılmamışsa diğeri ile ilgili kovuşturmanın sürdürülmesi mümkün olmaktadır. Kimi kabahat düzenlemeleri ise suç oluşturan fiilin farklı bir boyutunu, aşamasını düzenleyebilmektedir. Bunlar bakımından sorun olmayabilir. Fakat fiillerin suç ve kabahat için tam olarak aynı olduğu örneklerde ikinci kez yargılama yasağına aykırılığın varlığı araştırılmalıdır.

9. **İkinci kriter** *fiilin-olgunun aynı (idem) olmasıdır*. Ek protokol’de “bir suçtan dolayı” ibaresi kullanılmış ise de AİHM bu kavramı özerk yorum ilkesiyle ibareyi ‘aynı fiil’ (birden fazla takibata neden olan aynı olgular) olarak anlamaktadır (A ve B – Norveç, par. 114, 140). AİHM ilkeyle ilgili içtihadını geliştirdiği Zolotukhin kararında *aynı fiil* kriterini tartışırken, *aynı olay veya olgulara dayanan*, zaman, yer ve kişi bakımından aynılık taşıyan ve aynı harekete bağlı olarak gerçekleşen fiillerin aynı olduğunun kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Sergey Zolotukhin-Rusya, No: 14939/03, 10.2.2009, par. 84). Örneğin bir kişiye saldırıp kasten yaralama suçundan yargılanıp mahkum edilen failin bu mahkumiyet kararından sonra aynı fiille ilgili olarak nitelikli yaralama suçundan dolayı başka bir mahkeme tarafından da yargılanarak cezalandırılması dolayısıyla Ek 4 nolu Protokol’un 4. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir (AİHM Maresti - Hırvatistan, No: 55759/07, 25.6.2009, par. 63-64).

10. AİHM vergi yaptırımlarıyla ilgili olarak verginin eksik beyanı ile muhasebeleştirme kurallarına aykırılığın farklı fiiller olduğunu ifade etmiştir (Kiiveri-Finlandiya, No: 53753/12, 10.2.2015). Fakat aynı olgulara dayandığı takdirde vergi kaçakçılığı suçu ile idari ceza öngörülen fiillerin aynı fiil olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Mahkeme bir kararında bu duruma işaret etmiştir (AİHM Österlund- Finlandiya, No: 53197/13, 10.2.2015). Mahkeme diğer bir olayda; gelirini 500.000 Euro az beyan ettiği için hileli vergi ziyai suçu nedeniyle 2 yıl 8 ay hapis cezasına mahkum edilip ayrıca 214.000 Euro vergi cezası hükmedilen başvuru hakkındaki kararında vergi kaybını önlemeyi amaçlayan ve aynı fiil ile oluşan iki kuralın ihlaline ilişkin yargılama süreçlerinin birbirinden bağımsız olarak ve cezanın belirlenmesi için etkileşim içinde olmaksızın yürütülmesi nedeniyle ne bis in idem ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir (AİHM Glantz-Finlandiya, No: 37394/11, 20.8.2014, p. 61-62). Görüldüğü üzere Mahkeme bu kararında aynı fiille ilgili iki kural olmasını veya iki ayrı yargılama sürecinin yürütülmesini ihlal nedeni olarak görmemiştir. İhlali oluşturan hususun, aynı fiile ilişkin yargılama süreçlerinin birbirinden bağımsız ve özellikle yaptırımların belirlenmesi açısından bir etkileşime girilmeksizin yürütülüp sonuçlandırılması olduğu vurgulanmıştır. Diğer bir olayda vergi mükellefi hakkında defter tutmama suçu, nitelikli vergi suçu ve ek vergi cezası şeklindeki üç yaptırım uygulanması tartışılmıştır. Mahkeme adli nitelikteki iki suçun unsurlarının farklı olması nedeniyle bunlar yönünden ilkenin söz konusu olmayacağını, fakat nitelikli vergi suçu ile ek vergi cezasına

dair kuralların aynı unsurlara sahip olduğunu, iddianameye konu eylem ile vergi cezasına esas olayların aynı ticari gelirin ve KDV'nin beyan edilmemesine dayandığını, vergi suçundan beraat kararı verilmesine karşın ek vergi yaptırımına ilişkin kovuşturmanın dokuz buçuk ay daha devam ettiğini, böylece başvuranın beraat ettiği suçtan tekrar yargılanmış olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir (AİHM Lucky Dev-İsveç, No: 7356/10, 27.2.2015, par. 53-55, 61-64).

11. **Üçüncü kriter**, *mükerrer yargılamanın (bis) varlığıdır*. AİHM trafikte alkollü araç kullanmaktan dolayı mahkum edilmesinin bir sonucu olarak infaz sürecinde sürücü belgesinin geri alınması yaptırımı (tedbirin) uygulanmasının cezai niteliğini kabul etmekle birlikte ikinci yargılama niteliğinde olmadığına karar vermiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (Nilsson / İsveç, No. 73661/01, 13.12.2005). Başka bir olayda misafir olduğu evde bir kişiyi yaralayan sanık hakkında belediye tarafından konuta izinsiz girme ve yaralama fiilleri nedeniyle idari para cezası verilmiş, itiraz edilmeden kesinleşen bu cezadan sonra fail hakkında aynı fiiller nedeniyle ceza davası açılmış ve kasten yaralama suçundan mahkumiyet kararı verilmiştir. AİHM bu olayda ise ikinci yargılama nedeniyle ne bis in idem ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Tsonyo Tsonev / Bulgaristan (no. 2), No: 2376/03, 14.4.2010, par. 52-57). İzlanda aleyhine başvurunun konusu vergi beyan edilmemesi fiili nedeniyle idari ceza ve vergi suçundan ayrı yargılamaların yapılmasıdır. Mahkeme bu yargılamalar arasında bağlantı kurulmadan ikinci kez yargılama yapılması nedeniyle ihlal kararı vermiştir (AİHM Johannesson ve Diğerleri - İzlanda, No: 22007/11, 18.5.2017). Buna karşın hisse satışı gelirinin beyan edilmemesi nedeniyle idari para cezası ve vergi kaçaklığı suçundan mahkumiyet kararı verilmesiyle sonuçlanan yargılamalar arasında bağlantı kurulması nedeniyle ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır (AİHM A ve B – Norveç, No: 24130/11 ve 29758/11, 15.11.2016). Bu konuda diğer bir örnek Gushchin ve Gaskarov – Rusya kararıdır (AİHM No: 22581/15 ve 28251/15, 25.2.2020). Bu olayda başvuran Gushchin 6 Mayıs 2012 günü katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşünde polisin emrine uymadığı için 15 gün İdari Suçlar Kanununun 19. maddesine aykırılık nedeniyle sulh ceza mahkemesince 8 Mayıs 2012 tarihinde 15 gün hapis cezasına mahkum edilip cezası infaz edildikten sonra, aynı eylem sırasında polis kordonunu kırdığı ve taş ve cam şişe fırlattığı iddialarıyla 6.12.2013'te tutuklanmış, yargılama sonunda 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Mahkemede ve kanunyolu

incelemesinde ikinci kez yargılama yasağı ihlali iddiası reddedilmiştir. AİHM bu başvuruda **başvuranın**, süreçler arasında gerekli bağlantıdan yoksun şekilde iki farklı davada farklı makamlar tarafından aynı veya büyük ölçüde aynı davranış nedeniyle yargılanıp cezalandırıldığını tespit ederek Ek 7 No'lu Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par. 9-20, 85-90).

12. İstisna; yargılama süreçleri arasında yeterince yakın bağlantı kurulması: Yukarıda idari yaptırımlar ve kabahat hukukunun toplumsal bir ihtiyaç olduğundan söz etmiştik. Fakat aynı alana ilişkin farklı düzenlemelerin varlığı mükerrer yargılama-cezalandırma riskini doğurmaktadır. Bununla birlikte yargılamalar arasında yakın bir bağlantı kurulması, bu riski ortadan kaldıracaktır. Sözleşme uygulaması bakımından AİHM; aynı olgu ve fiile ilişkin cezai nitelikteki farklı yargılamalar arasında “yeterince yakın bir bağlantı kurulmuş olması” durumunda mükerrer yargılama yasağının ihlal edilmeyeceğini kabul etmektedir. AİHM çoğu kararında suç veya idari yaptırım içeren cezai nitelikteki yargılama beraat veya mahkumiyet kararıyla sonuçlanıp kesinleştikten sonra aynı olgunun diğer bir kuralın ihlali iddiasıyla yargılanması durumunda arada yakın bağlantı kurulmadığını kabul etmiştir. Başka bir anlatımla bağlantı kriteri, ilk kovuşturma sonuçlanmadan önce başlayıp nihayete erdirilen ikinci yargılamalar bakımından söz konusu olmalıdır. Dolayısıyla ilk yargılama kesinleştikten bir süre sonra ikinci takibatın başlatılması halinde iki yargılama arasında yakın bağlantı kurulduğu söylenemeyecektir. Bu yaklaşım, öncesinde başlatılan takibatın ilk karar kesinleştikten sonra devam ettirilmesi durumunda iki kez yargılama yasağının ihlal edildiğinin kabulünü gerektirmektedir. Nitekim Mahkeme'nin bu yaklaşımla verdiği ihlal kararları bulunmaktadır (örn.; *Rinas / Finlandiya*, No: 17039/13, 27.1.2015; *Österlund / Finlandiya* , No: 53197/13, 10.2015; *Nykänen / Finlandiya*, No: 11828/11, 20.5. 2014; *Glantz / Finlandiya*, No: 37394/11, 20.5.2014). Bununla birlikte Mahkeme bazı kararlarında bu yaklaşımı yumuşatmış, önceki yargılama kesinleşmeden önce başlayan takibat ve kovuşturmanın kesinleşmesinden sonra çok uzun olmayan bir süre devam etmesi durumunda yakın bağlantı ilişkisinin kurulabileceğini kabul etmiştir (örn. *Boman / Finlandiya*, No. 41604/11, 17 Şubat 2015; *Häkkä / Finlandiya*, No: 758/11, par. 50-52, 20.5. 2014).

13. Mahkemeye göre **yeterince yakın bağlantının var olduğunun kabul edilebilmesi şu soruların cevaplandırılmasını gerektirir** (bkz. AİHM Bajcic-Hırvatistan, 8 Ekim 2020, No: 67334/13, par. 39:

- *“farklı yargılamaların tamamlayıcı amaçlara yönelik olup olmadığının yalnızca soyut olarak değil, aynı zamanda somut olarak, ilgili toplumsal kural ihlalinin farklı yönlerinin ele alınıp alınmadığı;*

- *yargılamanın ikiliğinin, uyumsuzluğa konu aynı davranışın hem hukuki düzenlemede hem de uygulamada öngörülebilir bir sonucu olup olmadığı,*

- *ilgili takibat süreçlerinin; bilhassa delillerin değerlendirilmesine yönelik tekrarı yanı sıra, taraflar arasındaki yeterli etkileşim yoluyla kovuşturmaların tekrarlanmasından ve özellikle de delillerin değerlendirilmesinden kaynaklanan ek dezavantajlardan mümkün olduğunca kaçınacak şekilde yürütülüp yürütülmediği,*

- *ve hepsinden önemlisi önce kesinleşen işlemlerde uygulanan yaptırımın, sonradan kesinleşen işlemlerde, kişinin sonuç olarak aşırı bir yüke maruz kalmasını önlemek için dikkate alınıp alınmadığı. (Suçla ilgili kurallarda) uygulanan herhangi bir cezanın toplam miktarının orantılı olmasını sağlamak için tasarlanmış bir **denkleştirme mekanizmasının** mevcut olduğu durumlarda **bu riskin** gerçekleşmesi olasılığı çok düşüktür.”* Görüldüğü üzere Mahkeme Bajcic kararında ve atıf yaptığı diğer kararlarda (örn. bkz. A ve B – Norveç, No: 24130/11 ve 29758/11, par. 131-132) yargılamalar arasındaki bağlantının varlığına ilişkin olarak, farklı amaçlarla düzenlenen cezai nitelikli kurallarda toplam cezanın orantısız olmasını önleyecek bazı denkleştirici yöntemlerin yer alması gerektiğine özel vurgu yapmaktadır. Kuralda böyle bir güvencenin olmaması durumunda, sözü edilen adaletsiz sonuç riskinin gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir. Denkleştirici hukuki kurumlar; bu durumda ceza indirimi veya mahsup yapılması ya da indirim sağlayan içtima kuralları veya diğer yöntemlerden biri olabilir. Dolayısıyla ilgili kurallarda somut olaylar bakımından toplam cezanın adaletsiz sonuçlara yol açmasına karşı bir güvencenin yer almaması, norm denetimi yönünden ne bis in idem ilkesinin ihlaline neden olabilecektir.

**B. İPTAL İSTEMİNE KONU OLAN KURALLAR YÖNÜNDEN
MÜKERRER YARGILAMA-CEZALANDIRMA YASAĞININ
DEĞERLENDİRİLMESİ**

14. Yukarıda Mahkeme kararlarından verilen örneklerden görüldüğü üzere aynı olgulara bağlı olarak suç ve cezai nitelikli idari yaptırımın uygulanabileceğine ilişkin hukuki düzenlemelerin varlığı kategorik olarak ne bis in idem ilkesini ihlal etmemektedir. Başka deyişle bu tür kurallar, aynı fiile ilişkin olsa dahi yargılama süreçleri arasında bağlantı kurulmasını sağlayan güvenceler içermektedir ve bu şekilde uygulanırsa ilkeye aykırılıktan söz edilememektedir. Yargılama süreçlerine ilişkin bağlantı, delillerin değerlendirilmesi ve özellikle yaptırımın nitelik veya nicelik olarak belirlenmesine yönelik olarak kurulmalı, örneğin birinde hükmedilen cezanın diğer kural ihlali nedeniyle cezalandırmada dikkate alınması sağlanmalı, toplam cezanın ölçüsüz olması önlenmelidir. Yargılamalar arasında uygun bağlantının sağlanması durumunda ikinci kez yargılama yasağının ihlal edilmeyeceğine ilişkin yaklaşım AYM tarafından da kabul görmektedir. Karşıoya konu kararın Çoğunluk tarafından kaleme alınan 77. paragrafında bu fikrin ifade edildiği görülmektedir. Diğer yandan yukarıda değinildiği üzere ne bis in idem ilkesi kanun koyucuya da hitap etmektedir. Bu anlamda kuralların düzenlenmesinde mükerrer yargılama ve cezalandırma yasağına aykırılığa meydan verilmemesi gerekmektedir. Dolayısıyla aynı olgulara dayalı olarak suç veya kabahat şeklindeki faklı yaptırım içeren kuralların birbiriyle etkileşimini önleyen kuralların anayasal denetimde ilkeye aykırılık nedeniyle iptali gerekeceği açıktır. Nitekim bu dosyada VUK'nun 367. maddesinin son fıkrasının iptaline ilişkin gerekçede yargılama süreçleri arasında bağlantı kurulmasını sağlayacak güvencelere yer vermeyen kuralın, süreçlerin hakkaniyetle yürütülmesini engelleyeceği belirtilmiştir. Yine aynı gerekçede böyle bir güvencenin bulunmaması nedeniyle ikinci kez hükmedilen cezanın kişi üzerinde orantısız bir külfete neden olacağı, incelenen kuralda ise ilk yargılamada hükmedilen cezanın ikinci yargılamada dikkate alınmasının önlenmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının güvencelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşarak iptal kararı verilmiştir (par. 85, 88).

15. **213 sayılı Kanunun 340/1. maddesine gelince;** bir önceki paragrafta değindiğimiz gibi Mahkememiz çoğunluğunun iptal kararının gerekçesinin aslında karşıoy kullandığımız 340/1. ve 359/ son madde ve fıkraları yönünden de geçerli olduğunu düşünmekteyiz.

Gerçekten de madde 340/1'de öngörülen düzenlemeye göre vergi ziyai cezası, usulsüzlük cezaları ve 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı **cezaların içtima hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği** öngörülerek aynı olgulara (fiile) bağlı ikinci yargılama halinde yargılama süreçleri arasında bağlantı kurulması ve yaptırım yönünden denkleştirme imkanı önlenmektedir. Kanunda bağlantıyı sağlayacak diğer bir kuralın da bulunmaması nedeniyle, cezaların içtima hükümleri açısından birleştirilmesinin yasaklanması ne bis in idem ilkesinin ihlaline yol açtığından kuralın bu nedenle iptali gerekir.

16. Diğer taraftan içtima yasağı bağlamında ceza hukukundaki içtima kurumu ile anayasal ilkeler arasındaki bağlantıya da değinilmelidir. Ceza hukukunda neticeyi esas alan görüşler açısından tek eylemle farklı ceza normlarının ihlal edilmesi durumunda aslında failin hukuk düzenine karşı koyma yönündeki iradesi tektir. Tek iradenin birden fazla cezalandırılması, cezalandırmanın amacıyla bağdaşmaz. Neticeyi suçun unsurları içerisinde değerlendiren görüşler ise tek ceza verilmesini *fili* esas alarak açıklamakta ve gerekçelerini iki nedene dayandırmaktadırlar. Tek cezalandırmayı gerektiren ilk neden *çifte değerlendirme yasağıdır*. Mükerrer yargılama yasağından farklı bir kapsamı olan çifte değerlendirme yasağı *kusur ilkesiyle* bağlantılıdır. Ceza hukukuna ilişkin evrensel bir ilke olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi hukuk güvenliği ve adalet ilkeleri bağlamında hukuk devleti ilkesinin güvencelerinden biri olarak nitelenebileceği gibi bazı kararlarda belirtildiği (bkz. AYM, E.2015/35, K.2015/40, 22/04/2015; AYM, E.2020/61, K.2020/74, 10/12/2020, par.6.) üzere Anayasanın 38. maddesindeki cezaların şahsiliği ilkesinde mündemiç olduğu da söylenebilir. Kusur ilkesinin alt güvencelerinden biri kusursuz suç ve cezanın olmayacağını ifade ederken, ikinci güvence kusurla orantılı cezayı güvence altına almaktadır. İkinci güvenceyi kusurla orantısız, ölçüsüz ceza verilmesini önleme işlevi yönüyle ifade etmek daha yerinde olur. Aynı fiile bağlı olarak aynı unsurların ikinci kez diğer bir kuralın ihlali nedeniyle cezalandırmaya esas alınması cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi yönünden çifte değerlendirme yasağını ihlal etmektedir. Tek fiille birden çok kuralın ihlali durumunda birden fazla cezalandırmayı önlemeyi gerektiren ikinci neden ise kusur ilkesine bağlı olarak *haksızlık muhtevasının tüketilmiş olacağı* görüşüdür. Suç olarak düzenlenen kuralları ihlal eden her fiil haksızlık oluşturduğu için cezalandırılmaktadır. Bir fiille birden fazla suç kuralı ihlal edildiği gerekçesiyle her ihlalin ayrıca cezalandırılması halinde,

tek fiile karşı hükmedilen toplam cezanın, failin eyleminin haksızlık muhtevasından çok daha fazlasına karşılık geleceği ve orantısız olacağı belirtilmektedir. Tek fiilin neden olduğu kural ihlallerinin tek ceza ile karşılanması görüşünün diğer bir dayanağı ise ne bis in idem ilkesidir. Esasen fikri içtima kuralı ne bis in idem ilkesinin mutlak bir sonucu değildir. Fakat bir fiilin birden fazla cezai kuralı ihlal etmesi durumunda ikinci kez yargılama yasağına aykırılık oluşmaması için yargılamalar arasında bağlantı kurulması, hükmedilecek cezalar arasında etkileşim oluşturularak failin kusuruyla orantısız ve hakkaniyetsiz bir ceza ile karşılaşmasının önlenmesi gerekir. Bu bağlantıyı kuran ve ihlali önleyen farklı çözümler olabilir. Fikri içtima veya diğer içtima kuralları ise özünde yargılamayı veya cezalandırmayı teke indirerek ya da ikinci ihlal için bir miktar artırım öngörerek süreçler arasındaki bağlantıya dair uygun ve pratik bir formül oluşturmaktadır. **340. maddenin ikinci fıkrasında ise** vergi cezası kesilmesinin 359. maddeye göre suç teşkil eden hallerde *takibata engel olmayacağı* düzenlenmektedir. Daha önce değinildiği üzere idari ceza uygulanması, aynı olguların suç olarak düzenlenmesine ve kural olarak bu konuda soruşturma yürütülmesine engel değildir. Örneğin biri hakkında herhangi bir nedenle cezaya hükmedilemediğinde diğeriyle ilgili yaptırım/ceza uygulanması mümkündür (Kab.Kn. 15/3). Ayrıca süreçler arasında bağlantı kurulması halinde de ilke yönünden bir sorun olmayabilecektir. Nitekim bu madde bakımından temel sorun, birinci fıkrada yer alan içtima yasağıdır.

17. **213 sayılı Kanunun 359/son maddesinde** ise vergi kaçakçılığı suçunu işleyenler hakkında bu maddedeki cezaların uygulanmasının, 344. maddede yazılı vergi kaybı cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmediği düzenlenmiştir. Kanunun 344. maddesine göre, 341. madde kapsamında mükellefin vergilendirmeye ilgili yasal görevlerini yapmaması veya eksik yerine getirmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması nedenleriyle vergi kaybına yol açtığı durumda kayba uğratılan verginin bir katı kadar vergi ziyai cezası kesilir. İkinci fıkraya göre ise vergi kaybına 359. maddedeki fiillerden biriyle sebebiyet verilirse bu ceza üç kat uygulanır. Görüldüğü üzere 344/2. madde gereği kayba konu verginin üç katı vergi cezası uygulanmasını gerektiren fiiller ile 359. maddede yazılı fiiller aynıdır. Bu fiillerden bazıları zaman bakımından farklı tarihlerde tahakkuk edebilir. Buna karşın bazı fiiller bakımından aynı şey söylenemez. Örneğin defter ve belgeleri tahrif, yanıltıcı belge düzenleme veya kullanma gibi eylemlerde sahte veya hileli işlemler ile

vergi ziyana neden olan olguların aynı olduğu açıktır. Bu tür eylemler bakımından kanun koyucunun amacı vergi tahsilini güvence altına almak ve kuralları ihlal edenlere fiille orantılı ceza verilmesidir. Fakat vergi kaybı nedeniyle hükmedilecek idari cezalar ile vergi suçlarından dolayı yapılacak yargılama ve ceza arasında herhangi bir bağlantı kurulmaksızın her olayda kanunda yazılı soyut ceza miktarlarının uygulanması adaletsiz, hakkaniyetsiz sonuçlara yol açabilecek, mükerrer yargılama yasağını ihlal edebilecektir. Nitekim çoğunluğun iptal edilen kural hakkındaki 85. paragrafta ifade ettiği gibi, incelenen kuralda ve kanunun diğer bir hükmünde her iki yargılama süreciyle ilgili olarak bağlantı kurulmasını ve cezada denkleştirmeyi temin eden bir güvenceye yer verilmemiştir. Kuralda böyle bir güvencenin yokluğu ise uygulandığında mükerrer yargılama yasağının ihlal edilmesine yol açacağından iptal edilmesi gerekmektedir.

18. 213 sayılı Kanunun değişik 367/5. maddesine gelince; bu fıkra da diğer kurallara benzer bir düzenleme yer almıştır. Bu kurala göre vergi suçundan dolayı cezaya hükmedilmesinin idari ceza niteliğindeki vergi ziyai cezasının veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Yukarıda diğer iki fıkra hakkında ifade ettiğimiz gerekçeler bu fıkra yönünden de geçerlidir. Aynı fiile ilişkin olması halinde suç ve idari cezalara dair yargılamalar arasında bağlantı kurulmasını ve böylece yargılamanın hakkaniyetli yürütülmesini sağlayan bir güvencenin yokluğu, bu düzenlemenin de adil yargılanma hakkı yönünden iptal edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞI OY

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 367. maddesinin 6. fıkrasında, "Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz." Denilmek suretiyle ceza yargılaması ile idari cezalar açısından yürütülen süreçlerin birbirinden bağımsız yürütülmesine dair bir vurgu yapılmaktadır.

Adli ve idari olarak süreçlerin birbirini etkilemesi doğal olmakla birlikte, bu gibi ayrımların yapıldığı durumlarda her iki konunun birbirlerini etkilenmemesine dair hükümlere sıklıkla tesadüf olunmaktadır. Bunun en belirgin örneğini disiplin hukuku uygulaması ile alakalı olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131/2. maddesinde ki hükümde müşahade edebiliriz. Aynı şekilde ceza mahkemeleri tarafından verilmiş olan beraat kararlarının diğer alanlarda mutlak manada hüküm doğurmasını engelleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 74. ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 214. maddeleri konuya ilişkin somut örnekler olarak değerlendirilebilir.

Söz konusu düzenlemelerde amaç, usulü, müeyyideleri ve korudukları hukuki menfaat farklı olan iki farklı düzenlemenin birbirlerinden mutlak anlamda etkilenmelerinin önüne geçmekten ziyade iki farklı kurumun özdeşleşmelerine mâni olmaktır.

Vergi suçları ile idari yaptırım ihtiva eden kurumlar, usul, amaç ve yaptırım açısından farklı kurumlardır. Suçun var olması veya olmaması idari düzenlemelerin varlığı ve yokluğunun ön şartı değildir. İptali talep edilen düzenlemede de vurgulanan husus süreçlerine varlık veya yokluğunun birbirlerini mutlak manada etkilememesidir.

Diğer taraftan biri diğerinden farklı yürüyen iki sürecin belirli bir oran dahilinde etkileşim içerisinde olması hayatın bir gerçeğidir. Örneğin sahteliği iddia edilen bir belgenin sahte olmadığının ceza mahkemesi tarafından tespit edilmesine idari makamlar mutlak olarak duyarsız kalamayacaklardır.

Ayrıca bu kapsamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, kuralın vergi cezalarını uygulayacak idari makam ve merciler ile ceza yargılamasını yapacak adli mercilerin bir birlerinin

karar ve bulgularından yararlanmaları konusunda mutlak bir yasak getirmemesidir.

Bu gerekçeler doğrultusunda, birbirinden farklı hukuki kurumların birlikte varlığını temine ilişkin olan kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığını değerlendirdiğimizden çoğunluğun iptal yönündeki fikrine iştirak olunmamıştır.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2021/30
Karar Sayısı : 2021/82
Karar Tarihi : 4/11/2021
R.G.Tarih-Sayısı : 24/2/2022 - 31760

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi (E.2021/30)
2. Van 3. İdare Mahkemesi (E.2021/75)

İTİRAZLARIN KONUSU: 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5. 36., 38. ve 49. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talepleridir.

OLAY: Haklarında verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının bulunması nedeniyle davacıların özel güvenlik görevlisi olma taleplerinin reddine veya çalışma izinlerinin iptaline yönelik idari işlemlerin iptalleri talebiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 10. maddesi şöyledir:

"Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar

Madde 10- Özel güvenlik görevlilerinde aşağıdaki şartlar aranır:

a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak.

b) (Değişik: 21/4/2005 – 5335/23 md.) Silahsız olarak görev yapacaklar için

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

en az sekiz yıllık ilköğretim veya ortaokul; silahlı olarak görev yapacaklar için en az lise veya dengi okul mezunu olmak.

c) 18 yaşını doldurmuş olmak.

d) (Değişik: 2/1/2017 - KHK-680/69 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/67 md.) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş **veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;**

1) Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak.

2) Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak.

3) Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak.

e) (Mülga: 23/1/2008 – 5728/578 md.)

f) Görevin yapılmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı ile engelli bulunmamak.

g) 14 üncü maddede belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla tamamlamış olmak.

h) (Ek: 2/1/2017 - KHK-680/69 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/67 md.) Güvenlik soruşturması olumlu olmak."

II. İLK İNCELEME

A. E.2021/30 Sayılı Başvuru Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin

KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Bari BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 31/3/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2021/75 Sayılı Başvuru Yönünden

2. İktüzük hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Bari BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 14/7/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARI

3. 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan "...hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;" ibaresinin iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2021/75 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2021/30 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2021/30 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 14/7/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

4. Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Sınırlama Sorunu

5. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle

uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

6. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (d) bendinde yer alan "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;" ibaresinin iptalini talep etmiştir.

7. İtiraz konusu kuralda yer alan "...olsa bile;" ibaresi itiraz konusu kuralın yanı sıra bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmayan, anılan bentte yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş" ibaresi yönünden de geçerli ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla kuralın esasına ilişkin incelemenin "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

B. İtirazların Gerekçeleri

8. Başvuru kararlarında özetle; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın sanık hakkında hüküm ve sonuç doğurmaması gerektiği, buna rağmen itiraz konusu kuralla kişinin ekonomik hayata katılmasına, çalışma hakkı ve ödevine, maddi ve manevi varlığını geliştirmesine engel olunduğu, çalışma alanlarının daraltıldığı, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektiren masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 36, 38. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

10. 5188 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (d) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar arasında sayılmıştır. Anılan bentte yer alan "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

11. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...*" denilmek suretiyle çalışma ve sözleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde; özgürlük temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlüklerinin garanti altına alınmasının tabii olduğu ve bu özgürlüklerin ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

12. Anayasa'nın 49. maddesinde de çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

13. Anılan Kanun'un 10. maddesinde özel güvenlik görevlilerinde bulunması gereken şartlar düzenlenmiş olup bu şartlardan birisi de kuralın konusunu oluşturan özel güvenlik görevlilerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma,

hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmaması koşuludur. Buna göre anılan şartı taşımayan kişilerin özel güvenlik görevini yerine getirmelerinin mümkün olmadığı gözetildiğinde kuralla çalışma hakkına yönelik bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

14. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

15. Bu kapsamda çalışma hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

16. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

17. Kuralın yer aldığı bentte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında hangi cezaların ve suçların özel güvenlik görevinin yerine getirilmesine engel oluşturduğu açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) ila (14) numaralı fıkralarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hangi şartlarda verileceği, muhtevası, nasıl uygulanacağı, hangi suçlarla ilgili olarak bu kararın verilemeyeceği açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

18. Öte yandan Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde çalışma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir.

19. 5188 sayılı Kanun'un 1. maddesinde anılan Kanun'un amacının, kamu güvenliğini tamamlayıcı nitelikteki özel güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri belirlemek olduğu ifade edilmiştir.

20. Kanun'un 3. maddesine göre kişilerin silahlı personel tarafından korunması, kurum ve kuruluşlar bünyesinde özel güvenlik birimi kurulması veya güvenlik hizmetinin şirketlere gördürülmesi özel güvenlik komisyonunun kararı üzerine valinin iznine bağlıdır. Kanun'un 11. maddesi uyarınca özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecek kişiler hakkında valilikçe güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılmakta, soruşturma sonucu olumlu olanlara -Kanun'un 14. maddesinde belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla bitirmiş olmaları şartıyla- valilikçe çalışma izni verilmektedir.

21. Kanun'un 7. ve 8. maddesinde ise özel güvenlik görevlilerinin yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre özel güvenlik görevlileri; koruma ve güvenliğini sağladıkları alanlara girmek isteyenleri duyarlı kapıdan geçirme, bu kişilerin üstlerini arama, 5271 sayılı Kanun'un 90. ve 168. maddelerine göre yakalama, görev alanında haklarında yakalama emri veya mahkûmiyet kararı bulunan kişileri yakalama ve arama, yangın, deprem gibi tabii afet durumlarında ve imdat istenmesi hâlinde görev alanındaki işyeri ve konutlara girme -genel kolluk kuvvetlerine derhâl bildirmek şartıyla- aramalar sırasında

suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte tehlike doğurabilecek eşyayı emanete alma, zor kullanma, silah taşıma ve bulundurma gibi kolluk yetkilerine sahiptir.

22. Anılan düzenlemeler çerçevesinde itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın özel güvenlik görevlilerinin yerine getirdiği görevin niteliği ve sahip olduğu yetkiler gözetilerek özel güvenlik görevlilerine karşı bireylerin ve toplumun güven duygusu içinde yaklaşımlarının sağlanarak kamu güvenliğinin ve düzeninin korunması biçimindeki meşru amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesine göre de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin temel amaç ve görevlerindendir. Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın ön koşulu kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin tesisidir. Kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin sağlanmadığı bir ortamda hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması mümkün değildir. Bu kapsamda devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevinin yanında kamu düzenini ve kamu güvenliğini sağlama görevi de bulunmaktadır.

23. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

24. Kuralla özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak şartının öngörülmesinin özel güvenlik görevlilerine toplumun ve bireylerin güvenle yaklaşmasına katkı sağlayacağı ve bunu destekleyeceği gözetildiğinde kuralın kamu

güvenliğinin ve düzeninin korunması amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

25. Kural uyarınca özel güvenlik görevlisi olmaya engel durum, kasten işlenen en az bir yıllık hapis cezasına ilişkin hükmün açıklamasının geri bırakılması kararı ile süresi ne olursa olsun devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarına konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıdır. Bu bağlamda miktarı ne olursa olsun adli para cezasına veya süresi ne olursa olsun taksirli suçlara ya da anılan suçlardan olmayıp kasten işlenen diğer suçlardan bir yıldan az hapis cezasına konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları özel güvenlik görevlisi olmaya engel teşkil etmeyecektir.

26. Bu itibarla özel güvenlik görevlilerinin yerine getirdiği görevin niteliği, sahip olduğu yetkilerin kapsam ve etkinliği, kural uyarınca haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemiş olması gereken cezaların niteliği, süresi ile kurala konu suçların tehlikeliliği ve ağırlığı gözetildiğinde kuralın orantısız bir müdahaleye neden olmadığı, dolayısıyla anılan hakka ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

27. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan *masumiyet karinesi*, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Masumiyet karinesine göre bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında cezai müeyyidelerin uygulanabilmesi, adil bir yargılanma sonucunda kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır.

28. Anayasa'nın 36. maddesinde de herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası

sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının da bir unsurunu oluşturmaktadır (*Adem Hüseyinoğlu*, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

29. Kural, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte; yalnızca özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini, başka bir deyişle bu hizmeti yürütecek kişilerde bulunması gereken niteliklerden birini hükme bağlamaktadır. Nitekim kanun koyucu, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla güvenlik hizmetlerini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartları belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla kanun koyucunun anılan takdir yetkisi kapsamında öngördüğü kuralın masumiyet karinesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 36., 38., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İtirazların reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ile Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 36., 38., 48. ve 49. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleri yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

V. HÜKÜM

10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan;

A. "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;..." ibaresinin esasına ilişkin incelemenin "...veya hükmün

açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına OYBİRLİĞİYLE,

B. “...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ ile Selahaddin MENTEŞ’in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4/11/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu tarafından 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan "... veya hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmiş ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. İptali istenen kural özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlardan birini düzenlemektedir. Kuralın da içinde bulunduğu (d) bendinin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde belirtilen suçlardan dolayı mahkûm olanlar, haklarında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına (HAGB) dair karar verilmiş olsa bile özel güvenlik görevlisi olamayacaktır. Buna göre haklarında HAGB kararı verilmiş olsa bile, (1) kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına veya (2) affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar ile bu alt bentte sayılan diğer suçlardan mahkûm olmamak özel güvenlik görevlisi olmak için gerekli şartlardan biri olarak öngörülmektedir.

3. Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinde "*Şuçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*", 15. maddesinde de "*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" şeklinde ifadesini bulan ve olağanüstü durumlarda bile sınırlandırılmayan mutlak haklardan biridir. Masumiyet karinesi, suçluluğu kesinleşmeden kişilerin peşinen suçlu ilan edilmesini ve suçlu muamelesi görmesini engelleyen bir anayasal ilkedir.

4. Aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin gereği olan masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılmasını güvence altına alır. Masumiyet karinesi gereğince, kişinin suçlu sayılması ve yaptırıma tabi tutulabilmesi kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır (AYM, E. 2013/133, K.2013/169, 26/12/2013; AYM, E. 2018/101, K. 2019/3, 13/2/2019, §16).

5. Anayasa Mahkemesine göre suçluluğu hükmen sabit olmadan bir kişinin suçlu sayılması sonucunu doğuran bir kural masumiyet karinesiyle bağdaşmaz (AYM, E. 2020/35, K. 2021/26, 31/03/2021, § 54). Dahası masumiyet karinesi "*tüm devlet kurumlarının da işlem ve kararlarında,*

suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar” (AYM, E. 2018/75, K. 2021/61, 22/9/2021, § 57; Galip Şahin, B.No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39).

6. Bu bağlamda masumiyet karinesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı durumlarda mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararı olmakla birlikte, henüz ortada istinaf veya temyiz aşamasından geçerek kesinleşen, dolayısıyla hükmen sabit hale gelen bir mahkûmiyet yoktur. HAGB sonrası başlayan beş yıllık denetim süresi içinde belli şartlar altında “askıda” bir karar söz konusudur. Bu süre içinde yeni bir suç işlenmemesi durumunda askıda olan mahkûmiyet hükmü ortadan kaldırılmakta ve davanın düşmesine karar verilmektedir. Denetim süresi içinde suç işlenmesi halinde ise hüküm açıklanmakta ve yargılama kaldığı yerden devam etmektedir.

7. Bu haliyle HAGB’nin amacı masumiyet karinesinin amacıyla benzerlik arz etmektedir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 231. maddesinin gerekçesinden de anlaşılabacağı üzere HAGB, kişinin suçlu ilan edilmesini, dolayısıyla lekelenmesini önlemeye yönelik bir kurumdur.

8. CMK’nın 231. maddesinin gerekçesinde HAGB’nin amacı şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu kurum, çağdaş ceza hukukunun amaçlarından biri olan kişiyi mümkün olduğu kadar damgalamamayı ve toplum ile uyum sağlamasını gerçekleştirici bir uygulama niteliğindedir... (S)anık, denetim süresi içinde denetim koşullarına uygun olarak hareket ettiğinde hâkim, adı geçen hakkında açılmış bulunan kamu davasının düşmesine karar verecektir. Böylece hükmün geri bırakılmasına tâbi tutulan kişiye suçlu damgası vurulmamış olacaktır”.

9. Öte yandan aynı maddenin (5) numaralı fıkrasına göre “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.” Esasen açıklanması geri bırakılan hükümle birlikte bazı şartlar altında “hem muhakeme hem de sanıkla devlet arasındaki ceza ilişkisi sona ermektedir” (Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, s. 873).

10. HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmaması, kişinin masumiyet karinesinden yararlanmaya devam

edeceği anlamına gelmektedir (Emrah Şahin, B. No: 2018/37580, 20/10/2020, § 46). Gerçekten de HAGB kararı gereğince başlayan beş yıllık denetim süresi içinde ve yeni bir suçun işlenmesi halinde yeniden başlayan yargılama sürecinde de mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar masumiyet karanesinin devam ettiği izahtan varestedir (Emrah Şahin, B. No: 2018/37580, 20/10/2020, § 46).

11. Kişinin suçluluğu HAGB kararı ile kesin olarak sübuta ermediği için, bu kararın esas alınarak onu suçlu göstermeye veya suçlu olarak algılanmasına yol açacak nitelikteki kural, eylem ve kararlar masumiyet karanesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamındaki birçok kararında -somut olayın şartlarına göre farklı sonuçlara ulaşmış olsa da- ilkel düzeyde HAGB kararına dayalı olarak kişilerin suçlu gösterilmesine yönelik yaklaşımın masumiyet karanesiyle bağdaşmayacağına dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre *“ceza davası dışında, fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karanesiyle çelişebilir”* (Kürşat Eyol, B.No: 2012/665, 13/6/2013, § 29; Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014, § 40).

12. Bu açıklamalar çerçevesinde itiraz konusu kurala bakıldığında masumiyet karanesiyle bağdaşmayan bir durumun olduğu görülmektedir. Çoğunluğa göre, *“Kural, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte; yalnızca özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini...hükme bağlamakta”* olduğundan masumiyet karanesine aykırı değildir (§ 29).

13. Çoğunluğun belirttiği iki husus da doğru, ancak ulaştığı sonuç isabetli değildir. Gerçekten de kuralın hakkında HAGB'ye hükmedilen kişilere ceza hukuku anlamında bir *“ceza”* öngörmediği ve özel güvenlik görevine *“giriş şartı”* öngördüğü hususlarında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durum masumiyet karanesinin ihlal edilmediğini göstermek için yeterli değildir.

14. Belirtmek gerekir ki, itiraz konusu kuralda hakkında HAGB kararı verilen kişiyi suçlu olarak yansıtan bir dilin kullanılması nedeniyle masumiyet karanesi ihlal edilmiştir. Kuralın dili hükmen sabit olmuş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen kişinin *suçlu sayılması* sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Nitekim özel güvenlik görevlisi olabilmek için

aranan şartlardan birinin belli suçlar yönünden “hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile... mahkûm olmamak” şeklinde ifade edilmesi, HAGB kararının da kesinleşmiş bir mahkûmiyet olarak görülmesine neden olabilecektir.

15. Bu noktada itiraz konusu kuralın dilinin masumiyet karinesi bakımından doğurduğu sakıncaları daha iyi anlayabilmek için Anayasa Mahkemesinin *Turgut Duman* kararındaki tespitlerine değinmek gerekir. Bireysel başvuruya konu olayda başvuru hakkında yapılan yargılamada 4616 sayılı Kanun uyarınca davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine dair karar verilmiş, beş yıllık deneme süresi içinde başka suç işlemediği gerekçesiyle de kamu davası ortadan kaldırılmıştır. Buna karşın başvurunun sözleşmeli ceza infaz kurumu şoförlüğü görevine başlatılmaması nedeniyle açtığı davada idare mahkemesi anılan erteleme kararının “davacının üzerine atılı suçu işlemediği anlamına gelmeyeceği”, bu yönde verilen herhangi bir “beraat kararı da bulunmadığı” gerekçesiyle red kararı vermiştir.

16. Anayasa Mahkemesi söz konusu ifadelerin kullanılmasının masumiyet karinesiyle bağdaşmadığına hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesine göre idare mahkemesinin kararında kullanılan ifadelerle, hakkında mahkûmiyet kararı olmadığı, dahası açılan ceza davası bilahare kaldırıldığı halde, başvurunun “ceza davasına konu suçu işlediği izlenimi verilmiş”, başka bir deyişle “suçlu olduğu inancının yansıtıldığı” görülmüştür (*Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 111).

17. Bu bağlamda iptali istenen kural, kişilerin belli suçlardan mahkûm olması ile haklarında HAGB’ye hükmedilmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmaması sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde kuralın, haklarında HAGB kararı verilmiş kişilerin de “suçlu” olduğunu ima ettiği, bu kişileri mahkûmiyet kararları kesinleşmiş kişilerle birlikte “mahkûm” olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

18. Suç işledikleri henüz hükmen sabit olmayan kişilerin “mahkûm” olarak değerlendirilmesi, hatta bu yönde imada bulunulması bile masumiyet karinesini ihlal eder. Yukarıda belirtildiği üzere masumiyet karinesi, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan kişinin kendisine isnat edilen suçu işlediği izlenimini veren ve suçlu olduğu inancını yansıtan bir dilin kullanılmasına müsaade etmez.

19. Diğer yandan iptali istenen kuralın güvenlik görevlisi olabilmek ve göreve devam edebilmek bakımından HAGB kararına hukuki sonuç bağladığı açıktır. İtiraz başvurusuna konu somut uyuşmazlıkta yaklaşık on bir yıldır özel sektör bünyesinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının iptali istenen kural nedeniyle özel güvenlik kimlik kartı ve çalışma izni iptal edilmiştir. Başvuru kararında belirtildiği üzere “*özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının sosyal medya hesabında başka bir şahsın paylaşımına yapmış olduğu yorum ve beğeni nedeniyle hakkında verilen HAGB kararı sonucu... çalışma izni iptal edilerek çalışma hayatının dışına itildiği*” anlaşılmaktadır.

20. Kuşkusuz herhangi bir HAGB kararına konu olan fiille ilgili olarak disiplin soruşturması yürütülebilir ve ilgililer meslekten çıkarma dahil muhtelif yaptırımlara maruz bırakılabilir. HAGB kararı, Anayasa Mahkemesinin bir kararında belirttiği üzere, kişiye “*ceza hukuku alanına girilmeden aynı eylemleri nedeniyle daha hafif ispat külfetinde disiplin hukuku sınırları dahilinde kalınarak hukuki sorumluluk yüklenilmesine engel değildir*” (Emrah Şahin, § 47).

21. Bu yapılmadan bazı görevlere giriş ve görevde kalma engeli olacak şekilde HAGB kararına hukuki bir sonuç bağlanması, henüz herhangi bir suç işlediği sabit olmayan kişilerin gereksiz yere suçlu olarak “*damgalanmaması*” amacına matuf olan kurumun mahiyetiyle bağdaşmaz. Bu sebeple suç işleyip işlemediği henüz belli olmayan bir kişiye bir anlamda yaptırım uygulanmak suretiyle HAGB’ye hukuksal sonuç bağlanmasının masumiyet karinesini güvence altına alan Anayasanın 38. maddesine aykırılık teşkil edeceği söylenebilir (bkz. Akif Yıldırım, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, ss. 486-487, 495).

22. Bir an için, tıpkı soruşturma/kovuşturma süreçlerinde kişilere tutuklama veya el koyma gibi tedbirlerin uygulanmasının tek başına masumiyet karinesini ihlal etmediği gibi, hakkında HAGB kararı verilen kişilerin belli görevlere alınmamasının bu kişilerin mutlaka “*suçlu*” olduğunun kabul edilmesi veya gösterilmesi anlamına gelmeyebileceği düşünülebilir. Bu durumda da kanun koyucunun HAGB kurumunu yeniden düzenleyerek kişiler bakımından öngörülemeyen durumların ortaya çıkmasını engellemesi gerekir.

23. Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti

ilkesinin en önemli unsurlarından biri hukuki güvenliktir. Hukuki güvenlik, kamu otoritesi kullananların keyfi uygulamalarına izin vermeyecek şekilde yasal düzenlemelerin belirli ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Hakkında HAGB kararı verilen bir kişi bu kararı takip eden beş yıl içinde suç işlemediği takdirde davanın düşeceğini ve en önemlisi verilen kararın hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağını bilmektedir. Kişiler bu şartlar altında haklarında verilen kararın geriye bırakılmasına rıza göstermektedirler.

24. Ne var ki, itirazı istenen kural HAGB kararlarının hukuki sonuç doğurmayacağına dair kanun hükmünü en azından düzenlediği alanda işlevsiz kılmaktadır. Bu da doğrudan HAGB kurumunu bu alanda anlamsız kılabilecek niteliğe sahiptir. Kişilerin haklarında verilen HAGB kararının bir göreve girişte veya görevde kalışta engel teşkil edeceğini öngörmelerini beklemek gerçekçi değildir. Kural bu yönüyle hukuki güvenlik ilkesini de zedelemektedir.

25. Açıklanan gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümünden red yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasanın 7. maddesi uyarınca asli ve genel nitelikli yasama yetkisine sahip olan yasama organının kanun vaz ederken takdir alanı oldukça geniş olmakla birlikte anılan yetkinin Anayasal ilke ve kurallarla sınırlı olduğu da bilinen bir husustur. Bu konuda sınır oluşturan ilkelerden biri de Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan ve 15. maddesinde de olağanüstü hallerde dahi asla ihlal edilemeyeceği belirtilen *masumiyet karinesidir*. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin ilk boyutu, suç isnadı altındaki kimsenin kesin bir mahkeme kararıyla mahkum edilmeye kadar aynı uyuşmazlık veya bağlantılı davalar dolayısıyla suçlu olduğu algısına yol açacak eylem veya işlemlere karşı koruma sağlamasıdır. Karinenin ikinci boyutu, ceza yargılamasının

mahkumiyet dışında beraat veya düşme gibi bir kararla sonuçlanması durumunda devreye girer ve aynı olaya bağlı sonraki yargılamalarda kişinin bu fiil nedeniyle masumiyetinden şüphe duyulmamasını gerektirir.

2. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231/11. maddesi uyarınca hukuki sonuç doğurmayan kararlardır. Bu kararlar her ne kadar ceza mahkemesinin suçun sanık tarafından işlendiğine ilişkin yargısına dayanmakta ise de henüz ortada olağan kanun yolları süreci tamamlanmış ve hukuki geçerliği olan bir mahkumiyet kararı bulunmadığı için bu karara konu cezai uyumsuzluk yönünden de masumiyet karinesinin güvencesi sürmektedir. Başka deyişle hakkında HAGB kararı verilen ve bu nedenle anılan kararın askıda olduğu 5 yıllık dönemde bu karardan hareketle şahsın yargılandığı suçtan mahkum edilmiş gibi bir işlem veya eylem tesisi, masumiyet karinesini ihlal edecektir.

3. İncelenen 10. maddede özel güvenlik görevlisi olabilmek için aranan şartlar içerisinde (d) bendi sonunda yer alan “**hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile**”, ibaresinden sonra olumsuz şart olarak 1. ve 2. bentlerde belirtilen suçlardan hapis cezasına **mahkum olmamak**” şartı aranmaktadır. Dolayısıyla kurala göre anılan suçlardan hakkında HAGB kararı verilen kimse cezaya *mahkum edilmiş gibidir*. Başka deyişle bizzat kanun tarafından HAGB kararı özel güvenlik görevlisi alınması konusunda “ceza mahkumiyeti” olarak nitelenmiştir. Kuraldaki ifade açık şekilde masumiyet karinesini ihlal eder durumdadır.

4. Açıklanan nedenlerle, incelenen kuralın masumiyet karinesini ihlal etmesi dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Kanunun 10. maddesinde özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar sayılmakta, bu maddede yer alan itiraz konusu kuralda ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası alanların yahut Kanunda yazılı bazı suçlardan bir yılın altında olsa bile mahkum olanların özel güvenlik görevlisi olamayacakları belirtilmektedir. Kurala göre kişinin özel güvenlik görevlisi olarak çalışmasına izin verilmesi açısından aldığı mahkumiyet kararının bir mahkumiyet kararı olmasıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı arasında fark bulunmamaktadır.

2. Karşıoy gerekçemiz kuralın Anayasanın 38., 48. ve 49. maddelerine aykırılık taşıdığı düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle önce kuralın neden 38. maddeye uygun düşmediğini açıklayacağım. Daha sonra da 48. ve 49. maddelere aykırılık gerekçelerimi sunacağım.

A) Anayasanın 38. maddesi yönünden

3. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 231. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını güvence altına almaktadır. Kanunun 223. maddesinin birinci fıkrasında da ceza yargılaması sonucunda “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi” kararları hüküm olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere ceza yargılaması sonucu verilen kararların hangilerinin hüküm olduğu açıkça sayılmıştır ve bunlar arasında HAGB bulunmamaktadır. Dolayısıyla HAGB’nin bir hüküm olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

4. İtiraz konusu kural, HAGB kararının mahkûmiyet hükmü olduğu varsayımına dayanmaktadır. HAGB düzenlemesinde mahkûmiyet kararı verilmekle birlikte bu karar hukuki bir sonuç doğurmamaktadır. HAGB’de sanık hükmün erteli olduğu zaman diliminde bir denetim süresine tabi kılınmakta ve sanık bu süreyi tedbirlere uygun geçirdiğinde hakkında açılan davanın düşmesine karar verilmektedir. HAGB kararı verilen durumlarda, sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat, “kasten yeni bir suç işlenmemesi” şartına bağlı olarak hüküm ifade etmektedir. Mahkeme,

her ne kadar sanığın suçlu olduğu konusunda bir kanaate ulaşılmış ise de, bu kanaat bir hüküm olarak açıklanmamaktadır. Denetim süresi içerisinde kişi kasıtlı bir suç işlerse hüküm açıklanmakta ve askıda kalan hüküm canlanarak hukuki bir sonuca yol açmaktadır.

5. Çoğunluk görüşü HAGB'nin mahkûmiyet kararı olduğu düşüncesinin üzerine inşa edilmiştir. Buna göre ortada sanık hakkında verilen bir mahkûmiyet kararının varlığıyla bu kararının infaz edilip edilmesi iki ayrı duruma işaret etmektedir, çünkü HAGB mahkûmiyet kararının infaz edilip edilmemesini belli şartlara bağlayan bir kurumdur ve beraat kararı anlamına gelmemektedir. Bununla birlikte masumiyet karinesi bakımından beraat etmiş olmak veya suçsuz olmak önemli değildir. Masumiyet karinesi hükmün kesinleşmesiyle ilgili bir durumdur ve hükmün kesinleşmesine kadar varsayılması gerekir.

6. Anayasanın 38. maddesinin dördüncü fıkrası açık, net ve herhangi bir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” hükmünü içermektedir. Burada HAGB kararı hukuki sonuç doğuran kesin bir mahkûmiyet hükmü olarak kabul edilmediğinden hakkında HAGB kararı verilen kişinin “suçluluğu hükmen sabit olmuş” kişi olarak görülmesi Anayasanın 38. maddesine aykırı düşecektir. Anayasanın 38. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince mahkûmiyet hükmü hukuksal olarak kesinleşmediği sürece masumiyet karinesinin devam ettiği kabul edilmelidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, HAGB kararının 5271 sayılı Kanunun 231. maddesi uyarınca sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığına dikkat çekerek, bu durumda masumiyet karinesinin devam ettiğini vurgulamaktadır (Emrah Şahin, B. No: 2018/37580, 20/10/2020, § 46).

7. Masumiyet karinesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Bu ilke uyarınca, bir kişi ancak hakkında verilmiş bir mahkûmiyet kararı olduğunda suçlu sayılabileceğinden kesinleşmiş bir karar olmadıkça kişinin suçsuz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığın suçlu olarak kabul edilmesi ve hukuki yaptırımlara tabi tutulması, HAGB kurumunun düzenlenme amacına aykırılık teşkil etmektedir. Masumiyet karinesi, yargılama sonuçlanmadan ve suçluluğu kesinleşmeden kişilerin peşinen suçlu ilan edilmesini, suçlu muamelesi görmesini ve damgalanmasını engelleyen

bir anayasal ilkedir. HAGB kararının sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmaması, kişinin masumiyet karinesinden yararlanmaya devam edeceği anlamına gelmektedir.

8. Mahkememize göre, masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır (AYM, E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013). Bu karine, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26, Ekrem Aysu, B. No: 2018/13227, 15/12/2020, § 33). Bir ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 28, 29, D.E. B.No:2014/11453, 9/1/2019, § 41).

9. Dava konusu kural, HAGB kararının varlığına belli bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Buna göre kuralda yer alan “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile; ... mahkûm olmamak.” ibareleri haklarında HAGB kararı verilmiş kişilerin “mahkûm” olduğunu yani suçlu olduğunu öngörerek bu kişilerin özel güvenlik görevlisi olmalarının önünü kapatmaktadır. HAGB kararı verilmiş kişinin mahkûmiyet kararı açıklanması ertelenmiş olduğundan bu karar kesinleşmemiş bir karardır. HAGB kararlarında kesinleşen karar mahkûmiyet kararı değil mahkûmiyet kararının açıklanmasının ertelenmesine ilişkin karardır.

10. Ek olarak kural HAGB kararı altında olan kişilerin adeta suçlu imiş gibi muamele görmelerine neden olduğundan masumiyet karinesinin bir yansıması olan kişilerin lekelenmeme haklarına da zarar vermektedir.

11. Yukarıda ifade edilen gerekçelerle dava konusu kuralın Anayasanın 38. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmam mümkün olmamıştır.

B) Anayasanın 48. ve 49. maddeleri yönünden

12. Anayasa'nın 5. maddesinde demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

13. Anayasanın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."; 49. maddesinde de "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." denilmek suretiyle herkesin çalışma hakkına ve özgürlüğüne sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

14. Anayasa'nın 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

15. Anayasanın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

16. Türkiye'nin taraf olduğu (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartının 1. maddesinin 2. fıkrasına göre de Akit Taraflar "Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı" güvence altına alırlar.

17. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişinin mesleki faaliyetlere katılımının sınırlandırılmasının veya engellenmesinin geçimini sağlamasını güçleştireceğini, bunun da özel yaşam üzerinde son derece olumsuz etkilere neden olabileceğini belirtmiştir (Sidabras ve Džiautas/ Litvanya, B. No: 55480/00 - 59330/00, 27.7.2004, §§ 48-50, 62).

18. Çalışma hürriyeti ve hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde özel bir sınırlama nedenine yer verilmemişse de Anayasa'nın 5. maddesi kapsamında kişilerin ve toplumun huzur ve güvenliğinin korunması nedenleriyle anılan hak ve özgürlüğün sınırlandırılabilmesi mümkündür (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, K.T. 4.5.2017, § 309). Bu haklar için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni belirtilmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir.

19. Dava konusu kuralın çalışma hakkını ortadan kaldıran veya son derece zorlaştıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlamaya neden olmadığı açıktır. Bununla birlikte çalışma hürriyeti ve hakkının sınırlandırılması için belirtilen nedenin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması düzenini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesindeki diğer güvenceleri de göz ardı etmemek gerekir (AYM, E. 2015/41, K. 2017/98, K.T. 4.5.2017, § 310). Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca çalışma hürriyeti ve hakkı, bu hürriyet ve hakkın özüne dokunmaksızın yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

20. Anayasa Mahkemesi, milli savunmaya, kamunun sağlığına ve Devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, belirli meslek ve görevleri icra edemeyeceklerini hükme bağlayan düzenlemeyi incelediği bir kararında, kişilerin belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edemeyerek hak yoksunluğuna uğramalarına neden olan kuralların, ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiğinin altını çizerek dava konusu düzenlemeleri hukuk devleti ilkesine aykırı bulmuştur (AYM, E. 2008/17, K. 2010/44, K.T. 25.2.2010). Burada Mahkeme, ceza yargılaması neticesinde hakkında hüküm kurulmuş kişilerin belli meslek ve görevleri sınırsız olarak icra edememesini anayasaya aykırı görmüştür. Görüldüğü gibi bu kararda mahkememiz hakkında hüküm verilmiş kişiler için getirilen bir mutlak sınırlamayı Anayasaya uygun bulmamışken, önümüzdeki olayda çoğunluk HAGB kararından dolayı hakkında kesin hüküm bulunmayan kişilerin özel güvenlik elemanı olarak çalışmasının yasaklanmasında anayasal bir sorun görmemiştir.

21. Bireyin serbestçe seçtiği bir alanda ve işte çalışma hakkına yönelik kısıtlamaların en aza indirilmesi Anayasanın 48. ve 49. maddeleri çerçevesinde devletin bir görevidir. Kişi çalışarak diğer insanlarla ilişki kurma ve kendisini geliştirme imkânını arttırmaktadır.

22. İtiraz konusu kural, bireylerin tüm çalışma imkânlarını ve mesleki faaliyetlerini engellemekle beraber diledikleri alanda çalışmalarına ve faaliyette bulunmalarına Anayasanın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine uyarlık taşımayacak şekilde sınırlandırmaktadır. Bu müdahalede ulaşılmak istenen meşru amacın kamu güvenliği olduğunu kabul etsek bile bu amaca dönük olarak kuralın neden olduğu sınırlamanın ve müdahalenin gereklilik ve orantılılık kriterlerine aykırılık taşıdığını düşünmekteyim, zira masumiyet karanesinden yararlanması gereken kişilerin çalışma hürriyeti ve hakkı kapsamında özel güvenlik işini yapmalarının engellenmesi kamu güvenliği amacını gerçekleştirmek için elverişli bir araç olsa bile gerekli bir araç olmayıp, Anayasanın 48. ve 49. maddelerinde korunan hakların kullanılmasında orantısız bir sınırlamaya yol açmaktadır. Dolayısıyla toplumun huzur ve güvenliğinin korunması şeklindeki kamu yararı ile kişilerin çalışma hürriyeti ve hakkı arasında sağlanması gereken makul denge hak özneleri aleyhine orantısız olarak bozulmaktadır.

23. Güvenlikçi bir bakış açısını yansıtan itiraz konusu kural, demokratik toplum düzeni gerekleri bakımından kişilerin belirli alanlarda çalışma imkanını engelleyerek iş ve meslek seçme özgürlüğünden yararlanmalarını imkânsız hale getirmektedir. Böyle bir durum ancak ve ancak zorlayıcı ve acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanması söz konusuysa maruz görülebilir. Demokrasilerde güvenlik ve özgürlük birbirini tamamlayıcı değerler ve hedefler olup, aralarındaki ilişki ve etkileşim birinin diğerine feda edilmesinin mutlak zorunluluk olduğu sıfır toplamı bir oyun değildir.

24. Yukarıda ifade edilen gerekçelerle dava konusu kuralın Anayasanın 13. maddesine ve 5. madde ile birlikte değerlendirildiğinde çalışma özgürlüğü ve hakkını güvence altına alan 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaştığımdan çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunun 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan "... veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki kanaatine katılmamaktayız.

2. Dava konusu kural, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesi içindeki bağlamıyla özel güvenlik görevlilerinde aranan şartlardan biri olarak sadece tek başına kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olması şeklinde görülmemekte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile kuralın hemen akabinde sayılan suçlardan dolayı mahkum olmayı da doğrudan ilgilendirmektedir. Dolayısıyla dava konusu "*veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş*" ibaresi madde içerisindeki konumu itibarıyla adeta verilen bir mahkumiyet hükmü gibi sonuç doğuran bir niteliğe sahiptir.

3. Dava konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken asıl ölçüt alınması gereken kural Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" hükmüdür. Masumiyet ya da suçsuzluk karinesi olarak da ifade edilebilecek bu Anayasal güvence gereğince bir kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunmadığı sürece bu kişinin suçsuz olduğu, dolayısıyla özellikle konumuzla ilgili olarak belirtmek gerekirse kamusal işlemlerde masumiyet karinesi esas alınarak bu kişi hakkında işlem yapılması zorunluluğu geçerli olacaktır.

4. Mahkememiz çoğunluğu şu değerlendirmeyi yaparak kuralın Anayasa'nın 38. maddesindeki masumiyet karinesine aykırı olmadığına kara vermiştir:

"Kural, haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte; yalnızca özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini, başka bir deyişle bu hizmeti yürütecek kişilerde bulunması gereken niteliklerden birini hükme bağlamaktadır. Nitekim kanun koyucu, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla güvenlik hizmetlerini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartları belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla kanun

koyucunun anılan takdir yetkisi kapsamında öngördüğü kuralın masumiyet karinesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.” (§ 29).

5. Çoğunluk kararına katılmak mümkün değildir. Zira dava konusu kuralla özel güvenlik görevlisi olacak kişilerde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak koşulu getirilmiştir.

6. Esasında burada dava konusu ibare ile bir kişi hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmesi şeklindeki karara açık biçimde hukuki sonuç bağlanmaktadır. Bu biçimdeki hukuki sonuç ise adeta mahkum olma şeklinde tecelli etmektedir. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun niteliği gereği bir kişi hakkında bir mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilmiş olması o kişi hakkında verilen hükmün bir hukuki sonuç doğurmamasını ve sanığın mahkum olmamış gibi muamele görmesini gerektirmektedir.

7. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinin beşinci fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade ettiği açık biçimde vurgulanmaktadır. Aynı Kanun maddesinin 8. fıkrası gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulan sanık denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlememelidir.

8. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bu kişinin mahkumiyeti konusunda bir kanaate ulaşmış olan mahkemenin bu kararının beş yıllık bir süre boyunca kasıtlı bir suç işlememesi şartıyla hüküm ifade etmemesini ve bundan dolayı bu hükmün açıklanmasının ertelenmesini sağlamaktadır. Bu yönü ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması, Anayasa Mahkemesinin bir kararında da ifade ettiği üzere bir beraat kararı şeklinde değilse bile, suç ve suçlulukla mücadelede caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bir suç işleyen ve hakkında mahkumiyet kararı verilen bir kişinin yeniden topluma kazandırılması için verilen bu hükmün belirli koşulların varlığı halinde açıklanmasının geri bırakılması niteliğindedir (Bkz.: E. 2010/1, K. 2011/149, K.T.: 3/11/2011).

9. Burada hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili değerlendirme yaptıktan sonra şu hususa özellikle vurgu yapmak gerekir. Dava konusu *“veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş”* ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı doğrudan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundan kaynaklanmamaktadır. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da dava konusu ibarenin yer aldığı kural gibi bir başka kanunda yer almaktadır. Oysa burada yapılan denetim 5188 sayılı Kanun’da yer alan dava konusu ibarenin Anayasa’ya uygunluğunun denetimidir. Bu nedenle dava konusu ibarenin Anayasa’ya uygunluğunu değerlendirirken öncelikle kuralın ne anlama geldiği ve özel güvenlik görevlisi alımı sürecinde ne tür hukuki sonuçlara yol açabileceği boyutuyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu bağlamındaki durumu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak bu yapıldıktan sonra artık iptali talep edilen ibarenin Anayasa’nın 38. maddesine uygunluğu aşamasına geçildiğinde sağlıklı sonuca ulaşma imkanı mümkün olabilir.

10. Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *“Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz”* hükmünde karşılığını bulan masumiyet karinesi kişiler için esasında olağanüstü yönetim usullerinden birinin yürürlükte olduğu dönemlerde dahi hiçbir şekilde dokunulamayacak netlikte bir güvencedir. Zira temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı Anayasa’nın 15. maddesinin üçüncü fıkrasındaki sert çekirdekli haklar arasında *“Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”* şeklinde masumiyet karinesine de yer verilerek bu güvencenin olağanüstü dönemlerde de mutlak biçimde korunması öngörülmüştür.

11. Bu nitelikte mutlak bir hak olan masumiyet karinesi gereğince bir kişinin suçluluğu mutlaka bu kişi hakkında verilmiş olan ve kesinleşmiş bir mahkeme kararını gerektirmektedir. Dolayısıyla kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararı olmadığı sürece bir kişinin suçlu muamelesi görmesi masumiyet karinesini ihlal edecektir.

12. Anayasa Mahkemesinin bir kararında ifade ettiği gibi; *“Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan ‘suçsuzluk karinesi’, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Suçsuzluk karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun*

alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır” (E.2013/133, K.2013/169, 26/12/2013).

13. Bu bağlamda ceza yargılaması sürecinde kişi hakkında verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bu kişinin masumiyet karinesini ihlal edecektir. Zira verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü gibi sonuç doğurabilecek nitelikte olmayıp, sadece beş yıllık bir süre boyunca kasıtlı suç işlemesi durumunda ancak bu kişi için bir anlam ifade edebilecektir.

14. Bu yönü ile dava konusu ibarede kullanılan dil hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını mahkumiyet hükmü gibi görerek buna sonuç bağlamaktadır. Kuralın Anayasa’ya aykırılığı işte tam da bu yönü ile ortaya çıkmaktadır. Tekrar etmek gerekirse hükmün açıklanmasının geri bırakılması kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü değildir. Mahkumiyet hükmü olmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanarak bir kişi hakkında kamusal işlem tesis etmek de masumiyet karinesi ile açıkça çelişmektedir.

15. Zira, Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere, masumiyet karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına almaktadır. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

16. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesi bağlamında kişiye sağlanan güvencenin iki temel boyutu bulunmakta olup bunlardan herhangi birine uyulmaması durumunda masumiyet karinesinin ihlali gündeme gelmektedir. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerinde de bu hususlara bağlı biçimde denetim yaparak sonuca ulaşmaktadır.

17. Masumiyet karinesinin sağladığı ilk güvence; kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen süreç boyunca kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı olmayıp aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda

bulunmamasını gerekli kılar. Bu nedenle de sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (*Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39).

18. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencelerden ikincisi ve konumuz bağlamında daha önemli olanı ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğu aşamadan sonra devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını ve kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirmektedir (*Galip Şahin*, § 40).

19. Dolayısıyla bu bağlamda kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile suçluluğu sabit olmayan bir kişi hakkında kamusal yetki kullanan organların yaklaşımı, bu kişi ile ilgili kullandıkları dil fevkalade önem arz etmektedir.

20. Anayasa'ya uygunluğu denetlenen dava konusu kanuni ibare bağlamında değerlendirme yapıldığında ise burada kanun koyucunun henüz suçluluğu mahkeme kararı ile kesinleşmemiş olan bir kişiye adeta bir ceza davasında mahkum olmuş gibi bir muamelede bulunarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş bir kişinin özel güvenlik görevlisi olamayacağı şeklinde bir hükmü kanuna dercetmesi söz konusu olduğundan bu durum masumiyet karinesinin sağladığı güvencelere aykırılık teşkil etmektedir.

21. Anayasa Mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen kişi ile ilgili bir kararın bir başka kamusal işlemde kullanılıp burada sonuç doğurmasını bu kişinin masumiyet karinesinin ihlali olarak gördüğü şu değerlendirme konumuz bağlamında da önemlidir:

“Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani kanaat bulunmakta ve bu kanaat ‘kasten yeni bir suç’ işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, mahkûmiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin, buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini, bu süre zarfında hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak

davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder. Bu çerçevede, ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyumsuzluklarda, açıklanması geri bırakılan mahkûmiyet kararına dayanılması masumiyet karinesi ile çelişebilir. Buna karşılık, idari uyumsuzluğun çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi, masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için kararın gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir". (Hüseyin Şahin [GK], B. No: 2013/1728, 12/11/2014, § 40).

22. Esasında benzer yaklaşım Anayasa'ya uygunluğunu denetlediğimiz kanuni ibarede de mevcuttur. Zira dava konusu kuralla kanun koyucu bir ceza mahkemesince verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını esas alıp buna sonuç bağlayan bir kural ihdas etmektedir.

23. Dolayısıyla Mahkememiz çoğunluk kararında ifade edilen, kuralın haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmediği; yalnızca özel güvenlik görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini, başka bir deyişle bu hizmeti yürütecek kişilerde bulunması gereken niteliklerden birini hükme bağladığı şeklindeki değerlendirme masumiyet karinesi ile bağdaşmamaktadır. Zira dava konusu kuralla henüz kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile mahkumiyeti sabit olmamış bir kişinin özel güvenlik görevlisi olması imkanı engellenmiş olmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kural açık biçimde kamusal bir işlemde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hukuki sonuç bağladığından bu kuralla masumiyet karinesinin ikinci boyutu ile açıkça çelişen bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

24. Nitekim masumiyet karinesinin ikinci güvencesi boyutuyla Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru incelemelerindeki içtihadında da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hukuki sonuç bağlanan işlemlerle ilgili başvurularda kararlı bir biçimde ihlal sonucuna ulaşmaktadır.

25. Örneğin, devlet memurluğundan çıkarılma işleminin iptali istemiyle İdare Mahkemesinde açılan davada hükmün açıklanmasının

geri bırakılması kararı ile sonuçlanan ceza yargılaması ve bu yargılama sonucu ulaşılan sonuç esas alınarak karar verilmesinin masumiyet karinesini ihlal edici mahiyette olduğu kanaatine ulaşılmıştır. (Bkz.: Mehmet Akif Korkmaz, B. No: 2015/16027, 13/9/2018, §§ 47-50). Bunun gibi resen emekliye sevk işlemine karşı açılan davada salt hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılan bir diğer kararda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemesinin kullandığı dilin başvuruçunun masumiyetine gölge düşürücü nitelikte olup hakkındaki yargılamanın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile neticelenmiş olmasını anlamsız hâle getirmekte olduğunu belirterek, buradan hareketle kararda kullanılan ifadelerin masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır (Bkz.: Emre Cenik, B. No: 2015/19678, 19/4/2018, § 41). Avukat olan başvuruçuya disiplin cezası verilmesine dair işlemin iptali istemiyle açılan davada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanan ceza yargılaması ve ceza yargılamasına konu eylem esas alınarak karar verilmesinin de başvuruçunun masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar verilmiştir. (Bkz.: M.A., B. No: 2015/19048, 24/5/2018, §§ 40-46). (Bu biçimdeki benzer başka kararlar olarak bkz.: Oğuz Tiftikçier, B. No: 2013/2091, 4/11/2015; Ömer Aybar, B. No: 2013/6974, 14/4/2016).

26. Güvenlik soruşturması neticesinde eşi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinin ortaya çıkması üzerine başvuruçunun polis meslek eğitim merkezi öğrenciliğinden çıkarılması nedeniyle yapılan başvuru dolayısıyla daha yeni tarihli bir kararda başvuruya konu uyuşmazlıkta hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağına yönelik olarak 5271 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeye karşın eşi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bulunduğu gerekçesiyle mülga Yönetmelik hükmü uyarınca başvuruçunun aday öğrencilik hakkı sonlandırılarak polis meslek eğitim merkezinden ilişikinin kesilmesi konusunda başvuru tarafından ileri sürülen ve sonuca etkili olabilecek söz konusu temel argümanların derece mahkemesince incelenmediği ve gerekçeli kararda anılan hususlara yönelik herhangi bir değerlendirmede bulunulmadığı gerekçesiyle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği kanaatine ulaşılmıştır (Ümmügülsüm Salgar [GK], B. No:

2016/12847, 21/10/2021, §§ 86-91) .

27. Burada Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen ibarede ise bireysel başvuruda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile sonuçlanan ceza yargılamasına dayanılması ve buradan hareketle idare mahkemesi kararında kullanılan dilin masumiyet karinesinin ihlaline neden olmasından daha bariz bir aykırılık durumu söz konusudur. Zira iptali talep edilen kuralda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına dayanılarak buradan kişilerin özel güvenlik görevlisi olma şartına sahip olamaması biçiminde bir hukuki sonuca ulaşılmaktadır. Bu nedenle buradaki masumiyet karinesine aykırılık daha net biçimde kendisini göstermektedir.

28. Sonuç olarak yukarıda sıralanan gerekçelerle 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinde yer alan *"veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş"* ibaresinin Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *"Suçluluğu hükmün sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* hükmüne aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatiyle Mahkememiz çoğunluğunun aksi yöndeki kararına katılmamaktayız.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5188 sayılı Kanunun 10. maddesinin (d) bendinde yer alan *"... veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş..."* ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

İtiraz konusu kuralın Başkan Sayın Zühtü Arslan'ın karşıoy gerekçesinde açıkladığı sebeplerle Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Karşı Oy

1. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin 1/2/2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

2. Özel güvenlik görevlisi hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmü nedeniyle tesis edilen idari işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesine varan Mahkeme, kuralın iptali için mahkememize müracaat edilmiştir.

3. Başvuru, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum olan ya da belli bazı suçlardan mahkum olan kişilerin özel güvenlik görevlisi olamayacağını öngören kuralın HAGB kararının hüküm ve sonuç doğurmasına yol açtığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 5. ve 49. maddelerine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

4. Dava konusu kuralın başvuru hakkında uygulanmasıyla hukuki sonuç doğurduğu açıktır. Dava konusu kural özel güvenlik görevlisi olmak isteyen şahıs hakkında, idarece tesis edilen işlem sadece madde metnine bağlı olarak hüküm ve sonuç doğurmuştur. İdarenin bu kural nedeniyle bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Suça ve yapılacak işe ilişkin bir değerlendirme yapma şansı bulunmamaktadır. Kural işleme maruz kalan kişiler hakkında otomatik bir sonuç doğurmaktadır.

5. Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir.

6. Dava konusu kural çalışma hürriyeti ile ilgisi olmakla birlikte Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesiyle de ilgisi vardır bu nedenle kuralın masumiyet karinesi yönünden de incelenmesi gerekir.

7. Ceza hukukunun bir sistemi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi esasen çağdaş ve yeni bir sistemdir. Sistem niteliği itibarıyla kendine has bir düzenlemedir. Niteliği itibarıyla insan odaklı bir ceza adalet sisteminin yaklaşımı sonucu ortaya çıkmıştır. Ceza hukuku müessesesi olmasına rağmen uygulama alanı itibarıyla disiplin

hukuku idari hukuku açısından da hüküm ve sonuç doğurabilmektedir. Bu nedenle diğer yargı alanlarında uygulandığında sistemin bir bütün olarak değerlendirilmesi ceza hukukunda sonuç doğurmayan işlemlere idare hukuku açısından da anlam ve sonuç bağlanmamalıdır. Aksi uygulamalar müessesinin düzenleniş amacına da aykırı olacaktır.

8. HAGB, kararıyla hakkında HAGB kararı kurulan kişi bir denetim süresine tabii kılınmakta bu süreyi tedbirlere uygun geçirdiğinde hakkında düşme kararı verilmektedir. Tedbirlere aykırı davrandığında hüküm açıklanmakta hüküm açıklanınca kişinin bu kararı İstinafa veya temyiz süreçlerine tabii kılma hakkı bulunmaktadır. Mahkumiyet kararının hukuk tekniği açısından beraata dönüşme şansı bulunmaktadır. Hüküm açıklandığında da bu süreçler göz önüne alındığında kişi hakkında açıklandığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmadığı kararın hukuk sistemi içerisindeki süreçlere tabii olduğu anlaşılmaktadır.

9. Anayasa Mahkemesi Emrah Şahin kararında “(...) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının TCK’nın 231. maddesi uyarınca sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı dikkate alındığında başvurucunun masumiyet karinesinin devam ettiği açıktır.” demiştir.

10. Mahkeme genel kurulun Hüseyin Şahin kararında idari işlemlerde ve idari işlemlere açılan kararlarda HAGB kararında dayanılması hususunda aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur. “Buna karşılık hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani bir kanaat bulunmakta ve bu kanaat ‘kasten yeni bir suç’ işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten hükmün açıklanmasının geri bırakılması mahkumiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini bu süre zarfından hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder. Bu çerçevede ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararına dayanılması masumiyet karinesiyle çelişebilir. Bu karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için karar gerekçesinin

bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.” (Hüseyin Şahin GK, B. No: 2013/1723, 12/11/2014, 40.)

11. Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlenen paragrafında HAGB kararının kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü niteliğinde olmadığı Anayasa’nın 38. maddesinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz şeklindeki düzenlemenin içeriğinde belirtilen kişilerin suçluluğunu hükmen sabit hale getiren bir karar olmadığı dolayısıyla idari uyuşmazlıklarda salt HAGB kararındaki değerlendirmelere ve tespitlere dayanılmasının masumiyet karinesi açısından sorun teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

12. Yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda davası konusu kural incelendiğinde; kuralın tek başına HAGB kararının varlığına belli bir hukuki sonuç bağladığı görülmektedir. Dava konusu kuralın “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;... mahkum olmamak” şeklinde formül ediliş metninden haklarında HAGB kararı verilmiş kişilerin mahkum olmuş diğer bir ifade ile suçlu olarak kabul edildiği ve bu sebeple Özel güvenlik görevlisi şartını taşımadığı anlamı çıkmaktadır. Anayasa’nın 38. maddesindeki suçluluğu hükmen sabit olması ifadesi bir suçu işlediği gerekçesiyle kesin ya da kesinleşmiş bir kararla mahkum olmuş olmasını ifade eder. Hakkında HAGB kararı verilmiş kişi hakkında ortada kesinleşmiş ya da açıklanmış bir mahkumiyet kararı bulunmamaktadır. HAGB kararı verilmiş kişi hakkındaki mahkumiyet kararının açıklanması ertelenmiş ve bu karar hukuk alanında kesinleşmemiştir. HAGB kararlarında kesinleşen karar mahkumiyet kararı değil ‘mahkumiyet kararının açıklanmasının ertelenmesine’ ilişkin karardır. Bu haliyle kural Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır ve iptali gerekir.

13. Yukarıda açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı görüldüğünden iptal edilmesi görüşüyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmadım.

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Esas Sayısı : 2021/104
Karar Sayısı : 2021/87
Karar Tarihi : 11/11/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 25/3/2022-31789

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri
Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 44. maddesiyle 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ek 30. maddenin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un 44. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek 30. madde şöyledir:

“Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı kapsamında 33 üncü maddenin (a) fıkrası uyarınca araştırma görevlisi kadrosuna atanmış olup, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte araştırma görevlisi kadrosunda bulunanların statüleri herhangi bir işleme gerek kalmaksızın 50 nci maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen statüye dönüştürülmüş sayılır ve bunlar hakkında söz konusu (d) bendi hükümleri uygulanır. Bu şekilde statüleri değiştirilen araştırma görevlilerinden 33 üncü maddenin (a) fıkrasına göre yeniden ataması yapılmayanların mecburi hizmet yükümlülükleri kaldırılır. 35 inci madde uyarınca başka bir üniversitede ve yurtdışında eğitimde bulunanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üniversitelerinin talebi üzerine onbeş gün içinde kendi üniversitelerine dönmek zorundadırlar. Bu süre içerisinde dönmeyenlerin atamaları iptal edilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 9/2/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Abdullah TEKBAŞ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

3. Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz" hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnameleri Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin (OHAL KHK'ları) Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda OHAL KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

4. Bununla birlikte OHAL KHK'larının Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına

konu edilen 6758 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 1/9/2016 tarihli ve 29818 (2. mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 674 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (674 sayılı KHK) TBMM tarafından onaylanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte bu denetim yapılırken söz konusu kuralların olağanüstü hâle yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

5. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi Anayasa’nın 13. maddesinde, olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi ise Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

6. Anayasa’nın 13. maddesine göre *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

7. Anayasa’nın 15. maddesine göre ise *“Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir./ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”*

8. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler Anayasa’nın 13. maddesinde yer alırken *savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde* hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hatta kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasa’nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen

durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki sınırsız değildir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürümemesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

9. Olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

10. OHAL KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâlle ilgili kuralların yanında olağanüstü hâlle ilgisi olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

11. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.

12. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin

süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

13. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'nın 15. maddesinde üç ayrı ölçüt öngörülmüştür. Bu ölçütlerden ilki anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve çekirdek alan olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlüklere dokunma yasağıdır. Buna göre olağanüstü dönemde de olsa savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

14. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamasıdır. Bunların başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

15. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'nin 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında AİHS'e ek 7 no.lu Protokol'ün 4., 6 no.lu Protokol'ün 3. ve 13 no.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS

ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

16. Bununla birlikte MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 no.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken* gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Bu nedenle belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetileceği tabiidir.

17. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük *olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum* karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir.

18. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulacak aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve

özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfî niteliğe dönüşmemelidir.

19. Ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm şartları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama teşkil eden tedbirin ölçülülüğüne ilişkin unsurlar değerlendirilirken olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüğün niteliği ile tedbirin alındığı zamanın da gözönünde bulundurulması gerekir.

20. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması dışında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki *durdurma* kavramı o hakkın tamamen kullanılamaz hâle gelmesi değil onun kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması niteliğindeki tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

21. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" hükmünün de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu konuya ilişkin vermiş olduğu ilk karar olan *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 193-195) kararında da aynı inceleme yöntemi benimsenmiştir.

22. Buna göre yapılan incelemede, kuralın Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığının tespit edilmesi durumunda ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Zira Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle kuralın Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü güvencelere aykırılık taşıdığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kuralın temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez sınırlamanın *savaş, seferberlik veya olağanüstü hâl* dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır.

23. Bununla birlikte Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sebep ve şartlar ilgili maddede özel olarak somutlaştırılmıştır. Bu nedenle anılan nitelikteki temel hak ve özgürlüklere temas eden olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde, Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınıp alınmadığının tespiti bakımından ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler yönünden bir inceleme yapılması gerekli değildir. Bu gibi düzenlemelerin anayasallık denetiminde doğrudan Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygunluğunun tespit edilmesi gerekir.

B. Anlam ve Kapsam

24. 2547 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde öğretim elemanları *"Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir."* biçiminde tanımlanmıştır.

25. Kanun'un *"Öğretim Elemanları"* başlıklı *"Beşinci Bölüm"*ünün 33. maddesinde araştırma görevlilerinin atanmaları ile görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Maddenin (a) fıkrasında araştırma görevlileri *"yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır."* biçiminde tanımlanmıştır. Fıkraya göre araştırma görevlisi kadrosuna başvurabilmek için sınavın yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla otuz beş yaşını doldurmamış olmak gerekir. Anılan

bent kapsamındaki araştırma görevlileri ilgili ana bilim veya ana sanat dalı başkanlarının önerisi, bölüm başkanı, dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanırlar; atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bu kapsamda atananların aynı usulle yeniden atanabilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

26. Araştırma görevlisi kadrosuna atanmaya ilişkin bir diğer düzenleme Kanun'un "*Öğretim ve Öğrenciler*" başlıklı "*Yedinci Bölüm*"ünde yer alan "*Lisans üstü öğretim*" başlıklı 50. maddesinde yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasının (d) bendinde "*Lisans üstü öğretim yapan öğrenciler, kendilerine tahsis edilebilecek burslardan yararlanabilecekleri gibi, her defasında bir yıl için olmak üzere araştırma görevlisi kadrosuna da atanabilirler.*" denilmek suretiyle lisansüstü öğretim yapan öğrencilerin mali yönden desteklenmesi amacıyla bunlara burs verilebileceği gibi araştırma görevlisi olarak da atanabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

27. Böylece Kanun'da iki farklı statüde araştırma görevlisi kadrosu oluşturulmuştur.

28. Öğretim Üyesi Yetiştirme Programı (ÖYP), üniversitelerin nitelikli öğretim üyesi ihtiyacını karşılamak üzere geliştirilmiş bir programdır. ÖYP'ye ilişkin ayrıntılı düzenlemeler Yükseköğretim Kurumu (YÖK) tarafından hazırlanan Öğretim Üyesi Yetiştirme Programlarına İlişkin Esas ve Usuller'de yer almaktadır. Bu düzenleme ile araştırma görevlisi istihdamında diğer istihdam biçimlerine göre ilan ve başvuru şartları ile değerlendirme ve atama usulü bakımından farklı düzenlemeler getirildiği görülmektedir.

29. 674 sayılı KHK öncesi ÖYP kapsamında araştırma görevlisi atamaları 33. maddenin (a) fıkrasına göre yapılmıştır. Programın amacına uygun şekilde gerek yurt içi -başka üniversitelerde- gerekse yurt dışında eğitim alarak bunların karşılığında mecburi hizmet yükümlülüğü altına girmek bakımından anılan hükme göre atama yapılmasının uygun bulunduğu anlaşılmaktadır.

30. Yukarıda anılan Esas ve Usullerin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında diğer hâllerin yanı sıra 20/4/2016 tarihli ve 29690 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği gereğince azami süre içinde çalışmalarını tamamlayamayan ÖYP

araştırma görevlilerinin ilişkilerinin kesilmesi öngörülmüştür. Buna göre 2547 sayılı Kanun'un 33. maddesi uyarınca atanan diğer araştırma görevlilerinden farklı olarak ÖYP kapsamında atanan araştırma görevlilerinin azami sürede eğitimlerini tamamlayamamaları durumunda kadroları ile ilişkileri kesilecek ancak eğitimin azami sürede tamamlanması durumunda 33. madde kapsamında atama süreci devam edecektir. ÖYP kapsamı dışında 33. madde hükmüne göre atanmada ise lisansüstü eğitim yapma ve bu eğitimi belli sürede tamamlama şartı aranmadığından bu kapsamdakilerin bu nedenle ilişkilerinin kesilmesi söz konusu olmamaktadır.

31. 674 sayılı KHK ile ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin statüsünde değişiklik yapılmış ve 2547 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde düzenlenen statüye dönüştürülerek yukarıda açıklanan uygulamaya son verilmiştir.

32. 6758 sayılı Kanun'un dava konusu 44. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek 30. maddenin birinci cümlesinde ÖYP kapsamında Kanun'un 33. maddesinin (a) fıkrası uyarınca araştırma görevlisi kadrosuna atanmış olanlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte araştırma görevlisi kadrosunda bulunanların statülerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen statüye dönüştürülmüş sayılacağı ve bunlar hakkında söz konusu (d) bendi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu dönüştürmenin sonucu olarak bu şekilde statüleri değiştirilen araştırma görevlilerinden 33. maddenin (a) fıkrasına göre yeniden ataması yapılmayanların mecburi hizmet yükümlülüklerinin kaldırılacağı, anılan Kanun'un 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede ve yurt dışında eğitimde bulunanların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üniversitelerinin talebi üzerine on beş gün içinde kendi üniversitelerine dönmek zorunda oldukları, bu süre içinde dönmeyenlerin atamalarının iptal edileceği belirtilmiştir. Böylelikle 33. madde kapsamında atanan araştırma görevlileri ile ilgili olan başka üniversitede veya yurt dışında eğitim-öğretim görme imkânı ve bunun karşılığı olan mecburi hizmet yükümlülükleri 50. madde kapsamında atananlar için söz konusu olmadığından, statü değişikliğine paralel olarak bu hak ve yükümlülük ortadan kaldırılmıştır.

33. Diğer taraftan 11/5/2018 tarihli ve 7143 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 78. maddenin

beşinci fıkrası ile ÖYP kapsamında olup dava konusu kural uyarınca statüsü değiştirilen araştırma görevlilerinden devlet yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanı kadrolarında bulunmayanlara bir ay içinde başvurmaları hâlinde tekrar 33. maddedeki statüye göre araştırma görevlisi olarak atanma imkânı getirilmiştir. Ancak başarısızlık, lisansüstü eğitimi tamamlayamama veya terör örgütleri ile millî güvenliğe karşı faaliyette bulunan yapılarla bağlantısı nedeniyle ilişkili kesilenler için bu hak tanınmamıştır.

C. İptal Talebinin Gerekçesi

34. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla ÖYP kapsamında 2547 sayılı Kanun'un 33. maddesinin (a) maddesi uyarınca araştırma görevlisi kadrosuna atananların herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin statülerinin daha az güvenceli olan Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde belirtilen araştırma görevlisi statüsüne dönüştürüldüğü, bu durumun kişilerin kazanılmış haklarının geçmişe etkili kanuni düzenlemelerle ortadan kaldırılmasına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Ç. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

35. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 15. ve 70. maddeleri yönünden incelenmiştir.

36. Dava konusu kural 674 sayılı KHK'nın 49. maddesiyle ihdas edilmiş olup bu KHK'nın değiştirilip kabul edilmesine ilişkin 6758 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle aynen kabul edilmiştir. 6758 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde *"Kanun Hükmünde Kararname ile 15 Temmuz darbe teşebbüsü ve terör saldırısı karşısında 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirler neticesinde artan ihtiyaçların karşılanması amacıyla çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılmakta ve bazı düzenlemeler getirilmektedir."* denilmek suretiyle Kanun kapsamındaki diğer kurallarla birlikte dava konusu kuralın da olağanüstü hâl kapsamında alınan tedbirler neticesinde artan ihtiyaçların karşılanması amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Buna göre kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

37. Nitekim iptali istenen kuralın yürürlük tarihinden sonra çıkartılan 7143 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 78. maddenin 5. fıkrasıyla, kadroları 50. maddedeki statüye aktarılan araştırma görevlilerinin talepleri hâlinde tekrar 33. maddeye göre atanacaklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre başarısızlık ile ÖYP kapsamında süresi içinde lisansüstü eğitimlerini tamamlayamama veya terör örgütlerine veya devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmaları nedeniyle araştırma görevlisi kadrosuyla ilişkisi kesilenler hariç olmak üzere devlet yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanı kadrolarında bulunmayan doktora veya sanatta yeterlilik eğitimi tamamlamış olan veya hâlen lisansüstü eğitime devam eden araştırma görevlilerinin Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde başvurmaları hâlinde 33. maddeye göre atamaları yapılacaktır. Başarısız olanlar yanında terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmaları nedeniyle araştırma görevlisi kadrosuyla ilişkisi kesilenlere eski statülerine dönme hakkının verilmemiş olması dava konusu kuralın olağanüstü hâl ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesi amacıyla ihdas edildiğini ayrıca teyit etmektedir.

38. Kural olağanüstü hâl döneminde uygulanmış, hüküm ve sonuçlarını aynı dönemde doğurmuştur. Kuralın, muhatap kişilerin statülerinde ileriye yönelik sürekli değişiklikler meydana getirmesi, olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Kural Resmî Gazete'de yayımlanmak suretiyle defaten uygulanmış ve belli kişiler hakkında hükmünü icra etmiştir. Kuralın Kanun'da belirtilen kişilerle sınırlı olarak uygulandığı dikkate alındığında geleceğe yönelik genel, soyut ve herkesi bağlayıcı bir etki meydana getirmediği açıktır. Bu yönüyle kural olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği de taşımamaktadır.

39. Bu çerçevede olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olarak çıkarılan ve olağanüstü hâl dönemini aşan genel bir düzenleme niteliği taşımayan kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesinin dikkate alınması gerekmektedir.

40. Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemede önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır (bkz. §§ 21-23).

41. Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın Dördüncü Bölümü'nde "IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı" üst başlığı altında 70. maddede kamu hizmetlerine girme hakkına yer verilmiştir. "Hizmete girme" başlıklı maddenin birinci fıkrasında "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir." denilmek suretiyle hakkın tanımı yapılmış, ikinci fıkrasında ise "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." denilmek suretiyle hizmete alınmada sadece görevin gerektirdiği nitelikler itibarıyla ayırım yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

42. Anılan maddenin birinci fıkrasının lafzına bakıldığında maddede düzenlenen hakkın sadece kamu hizmetlerine giriş aşaması ile sınırlı olduğu söylenebilir. Ancak hakkın kapsamının tespit edilebilmesi için fıkranın sadece lafzıyla değil içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanması, kanunda yer aldığı kısım ve bölümler ile diğer kurallarla ilişkisinin de dikkate alınması, amacının araştırılarak amacına uygun yorumlanması gerekir. Ayrıca tarihsel süreç içerisinde daha önceki anayasalarda hakkın düzenleniş biçiminin de fıkranın yorumunda gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

43. Kamu hizmetlerine girme hakkı 1924 Anayasası'nın 92. maddesinde "Hukuku siyasiyeyi haiz her Türk ehliyet ve istihkakına göre Devlet memuriyetlerinde istihdam olunmak hakkını haizdir" şeklinde düzenlenmiştir.

44. Anılan hakka 1961 Anayasası'nda "IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı" üst başlığı altında 58. maddede yer verilmiştir. Madde "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. / Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." şeklinde olup gerekçesinde "Eski Anayasamızın 92 nci maddesinde de ilân edilmiş olan kamu hizmetlerin[e] alınma hakkı, yani Anayasalarda da olduğu gibi, tasarıda yer almıştır. 2 nci fıkra hükmü, 12 nci maddedeki eşitlik esasının zaruri neticesidir." denilmek suretiyle "istihdam olunma" kavramının "hizmete alınma"

anlamında kullanıldığı ifade edilmiştir. 1961 Anayasası'nda *"istihdam olunma"* kavramı yerine o tarihe kadar taraf olunan ve bazılarına aşağıda örnek olarak yer verilecek uluslararası sözleşmelerle kavram birliği sağlamak amacıyla *"girme"* kavramının kullanıldığı görülmektedir.

45. Kamu hizmetlerine girme hakkı 1982 Anayasa'nın 70. maddesinde de 1961 Anayasası'ndaki aynı sistematikte ve aynı içerikle düzenlenmiştir. Farklı olarak 1961 Anayasası'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında *"ödevin gerektirdiği nitelikler"* ibaresine yer verilmişken 1982 Anayasası'nın 70. maddesinin ikinci fıkrasında *"görevin gerektirdiği nitelikler"* ibaresine yer verilmiştir.

46. Anayasa'nın *"IV. Kamu hizmetlerine girme hakkı"* üst başlığı altında yer alan *"Mal bildirimi"* başlıklı 71. maddesinde *"Kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma süreleri kanunla düzenlenir..."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Anayasa koyucunun kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamındaki bir husus olarak gördüğü mal bildirimini kamu hizmetine *giriş* dışında kamu hizmetinde *bulunma* sırasında da zorunlu kıldığı açıktır. Bu düzenleme de kamu hizmetinde bulunmanın/kalmanın kamu hizmetlerine girme hakkı kapsamında olduğuna işaret etmektedir.

47. Bazı uluslararası sözleşmelerde de kamu hizmetlerine girme hakkına yer verildiği görülmektedir. Birleşmiş Milletler (BM) bünyesinde hazırlanan sözleşmelerden İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1948), Kadınların Siyasi Haklarına Dair Sözleşme (1953), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1965) ve Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'de (1965) kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik hükümlere yer verilmiştir. Bu sözleşmelerden Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin -kamu hizmetlerine girme hakkını da içeren- 25. maddesini yorumlayan Genel Yorum'da (Genel Yorum No 25: Kamusal İşlere Katılım Hakkı ve Kamu Hizmetine Girme Hakkı (madde 25): 12/07/96. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7) *"Genel anlamda eşit olarak kamu hizmetine girme hakkının güvence altına alınabilmesi için, kamu hizmetine girme, terfi, askıya alma ve işten çıkarılma kriterleri ve usullerinin tarafsız ve makul olması gereklidir."* denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinde bulunma/kalmayı da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir.

48. Görüldüğü üzere BM sözleşmelerinde kamu hizmetlerine girme hakkı, *seçme ve seçilme hakkı* ile birlikte vatandaşların ülkelerinin kamusal işlerinin yürütülmesine katılma hakkını ifade eden *siyasi haklar* (katılma hakları) arasında sayılmıştır. Vatandaşların ülkelerinin kamusal işlerinin yürütülmesine katılma hakkı kapsamında bir siyasi hak olarak tanınmış olan kamu hizmetlerine girme hakkının kamu hizmetlerinin yürütülmesine katılımı içermemesi düşünülemez. Bu hakkın niteliği (doğası) gereğidir. Kamu hizmetlerine girme hakkının sadece *girişi* kapsadığı, *kalmayı* kapsamadığı şeklinde yorumlanması anılan hakkı bir katılma hakkı olan siyasi hak olmaktan çıkarır. Zira sadece girişi güvence altına alan, kalmayı garanti altına almayan bir hakkın kamu hizmetlerinin yürütülmesine *katılmayı* temin etmesi mümkün değildir. Katılma ise -en azından belli bir süre- *devamlılığı*, hâliyle de o statüde *bulunmayı* gerektirmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 70. maddesiyle güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkının tarihsel süreç içerisinde 1924 ve 1961 Anayasalarında düzenleniş şekli ile sistematik ve amaçsal yorum yöntemleri gözönünde bulundurularak değerlendirildiğinde, kamu hizmetinde bulunmayı da kapsadığı sonucuna varılmıştır.

49. Belli bir statüye atanma kazanılmış hak sayılmamakla birlikte Kanun'un 33. maddesinin (a) fıkrası kapsamında ataması yapılan araştırma görevlileri bakımından üçer yıllık süreler için yeniden atanma yönünde herkes yönünden objektif olarak geçerli olabilecek haklı bir beklentinin ortaya çıktığı söylenebilecektir. Kanun'un 50. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre atamada ise atama bir yıllığına yapılmakta, bir yılın sonunda, lisansüstü eğitim yapan diğer öğrencilerin durumu da değerlendirilerek ilgili araştırma görevlisi yerine başkasının kadroya atanması söz konusu olabileceğinden yeniden atama yapılmayabilmekte ve her hâlükârda lisansüstü eğitimin sona ermesiyle kadro ile ilişik kesilmektedir. Bu durumda ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin 33. maddedeki statüden 50. maddedeki statüye aktarılmaları ile aktarılan statüde bir yıl veya birkaç yıl görev yaptıktan sonra kadro ile ilişkinin kesilmesi suretiyle göreve son verilecek olması nedeniyle başlangıçta 33. maddedeki statüye atanma dolayısıyla araştırma görevlilerinde oluşan haklı beklentiye sınırlama getirildiği dolayısıyla kamu hizmetlerine girme hakkının sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

50. Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere*

bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” denilmektedir. Buna göre kamu hizmetlerine girme hakkına getirilen sınırlamanın Anayasa’nın 70. maddesinde belirtilen sınırlama sebebine dayanması ve ölçülü olması gerekir.

51. Anayasa’nın 70. maddesinde kamu hizmetlerine girme hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu kapsamda maddenin ikinci fıkrasında *“Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez”* hükmüne yer verilerek hizmete alınmada *görevin gerektirdiği niteliklerin* gözetilmesi anılan hak bakımından özel bir sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Diğer yandan hizmete alınmada *görevin gerektirdiği niteliklerin* gözetilmesi -hakkın kapsamı gereği- bu niteliklerin kamu hizmetinde bulunma sırasında devam etmesini de içermektedir. Bu bağlamda anılan fıkra ile hizmete alınmada *görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği* öngörülerek bir yandan kamu hizmetine alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmış, diğer yandan da söz konusu şartlar belirlenirken bu hakka getirilecek sınırlamaların ancak *görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması* hâlinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre kamu hizmetine girme hakkına getirilecek sınırlama *görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir şarta bağlanamaz* (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 16).

52. Anayasa’nın 129. maddesinin birinci fıkrasında memurlar ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır. Milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin sadakat yükümlülüğüne sadece kamu görevine alınmada değil, kamu görevinin yürütülmesi sırasında da uyulması gerekmektedir.

53. FETÖ/PDY’nin üniversiteler de dahil kamu kurumlarının neredeyse tamamında ve kesinleşmiş yargı kararlarına da konu olan birçok yasa dışı faaliyeti gerçekleştirecek operasyonel bir güç hâline gelmesi nedeniyle demokratik devlet düzenine karşı oluşturduğu potansiyel tehdit, darbe teşebbüsüyle birlikte mevcut, yakın ve açık bir tehlikeye dönüşmüştür. Esasen darbe teşebbüsünden önce uzun bir zaman süreci içerisinde söz konusu tehlikeye karşı mücadele başlamıştır.

54. Bu kapsamda terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunan oluşumlara karşı mücadelenin bir parçası olarak kamu görevinin ve bu kapsamda üniversitelerde sunulan hizmetlerin Anayasa ve kanunlara sadık personel tarafından yerine getirilmesi millî güvenlik ve kamu düzeni açısından oldukça önemlidir. Kuralda araştırma görevlilerinin statülerinin değiştirilmesinin olağanüstü hale sebep olan eylemlerin devamını ve bunların neden olacağı tehlikeleri bertaraf ederek millî güvenlik ve kamu düzenini sağlamak amacıyla alındığı anlaşılmaktadır.

55. Milli güvenlik ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla Anayasa ve kanunlara sadakat yükümlülüğüne uygun davranmanın kamu hizmetlerine alınma ve bu hizmetlere devam edilebilme bakımından bir şart olarak düzenlenmesinin Anayasa'nın 70. maddesinde ifade edilen *görevin gerektirdiği bir nitelik* kapsamında görülmeyeceği söylenemez. Bu bağlamda kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır (benzer yönde bkz. AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 27).

56. Bununla birlikte kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp ölçülü de olması gerekir. Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını, bir başka ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama aracı ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

57. Darbe teşebbüsü ve sonrasında yaşanan olaylar nedeniyle ortaya çıkan tehdit ve tehlikeleri bertaraf ederek milli güvenlik ve kamu düzenini sağlamak için ÖYP kapsamındaki araştırma görevlilerinin statülerinde değişiklik yapılması biçimindeki sınırlamanın amaca ulaşmak bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

58. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında sınırlama için seçilen aracın gerekliliğinin değerlendirilmesi konusunda kanun koyucunun

takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak kanun koyucunun bu konudaki yetkisi sınırsız değildir. Tercih edilen aracın sınırlamayı ulaşmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağırlaştırması durumunda Anayasa Mahkemesince sınırlamanın gerekli olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yapacağı denetim seçilen aracın isabet derecesine yönelik olmayıp hak ve özgürlükler üzerinde oluşturduğu sınırlamanın ağırlığına dönüktür (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 70).

59. Yukarıda ifade edildiği üzere *gereklilik* sınırlamanın zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını ifade eder. Olağan koşullarda kamu personelinin statülerinin kural olarak idari işlemle değiştirilmesi gerekmele birlikte hukuki ve fiilî zorunluluk hâllerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de kabul edilmektedir (AYM, E.2014/57, K.2014/81, 10/4/2014).

60. Dava konusu kuralda statü değişikliği kural kapsamında işlem yapılan her bir kişi yönünden söz konusu işlemin yapılmasının gerekli olup olmadığı yönünde bir inceleme ve araştırma üzerine tesis edilen bir işlemle değil KHK ile yapılmıştır. Bu durumda bireyselleştirme sağlanmadan yapılan söz konusu statü değişikliğinin -olağan dönem koşulları yönünden- hukuki ve fiilî bir zorunluluğa dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekmektedir.

61. Anayasa Mahkemesine göre sistem değişikliği gibi yapısal değişiklikler hukuki ve fiili bir zorunluluk olarak görülebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 25/7/2019 tarihli ve E.2017/18, K.2019/66 sayılı kararında 669 sayılı KHK ile harp akademileri, askerî liseler ve astsubay hazırlama okullarının kapatılması ve aynı düzenlemeyle 30 Ağustos itibarıyla mezun olacak askeri öğrencilerin subay ve astsubaylığa nasbının yapılmayacağı kuralını sistem değişikliği nedeniyle Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Ancak dava konusu kural yönünden bir sistem değişikliği söz konusu olmadığından kuralın bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

62. Diğer taraftan statüyü değiştirme işleminin yukarıda belirtilen bireyselleştirme sağlanarak işlem yapılan her bir kişi yönünden statü değişikliğini gerektiren hususun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yerine düzenleyici işlemle topluca yapılmasının amacının söz konusu

tedbirin etkili ve ivedi şekilde sonuç verebilmesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Ancak *olağan dönemde* bu amacın daha hafif bir sınırlama olan ve kural kapsamındaki her bir kişi yönünden gerekli bireyselleştirme sağlanarak yapılamayacağı söylenemez. Bu durumda statü değişikliğinin dava açma hakkını da engelleyecek şekilde toplu şekilde yapılmasında *-sistem değişikliği de bulunmayan olağan dönemde-* hukuki ve fiilî zorunluluğa dayandığı söylenemeyeceğinden sınırlamada gereklilik şartının sağlanamadığı sonucuna varılmıştır (aynı yönde bkz. Ömer Kılınç [GK], B. No: 2018/30695, 29/9/2021, §§ 100-101).

63. Bu itibarla kişilerin kamu hizmetlerine girme hakkına olağan dönem için Anayasa'da öngörülen güvencelerin ötesinde bir sınırlama getiren kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması ve sınırlandırmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

64. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan çekirdek alana dokunmamak, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamak ve durumun gerektirdiği ölçüde olmak şartıyla kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bu bağlamda kamu hizmetlerine girme hakkı olağanüstü hâllerde dahi dokunulması yasak olan ve Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan temel hak ve özgürlükler ile ilkeler arasında yer almamaktadır. Aynı şekilde söz konusu temel hak milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu MSHUS'nin 4. maddesi ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkraları ve bu Sözleşme'ye ek protokoller uyarınca dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır.

65. Dava konusu kuralla kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik sınırlamanın meşru amacının bulunduğu yukarıda 13. madde kapsamında yapılan incelemede ortaya konulmuştur.

66. Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca olağanüstü dönemlerde kişilerin kamu hizmetlerine girme hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkün olmakla birlikte bu husus, yapılacak düzenlemelerde sınırsız bir takdir yetkisi tanındığı

anlamına gelmemektedir. Anılan maddede olağanüstü hâllerde durumun gerektirdiği ölçüde söz konusu düzenlemelerin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında *durumun gerektirdiği ölçüde* olduğunun kabul edilebilmesi için anılan ölçüyü aşan keyfi sınırlamalara izin verilmemesi gerekir.

67. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere olağanüstü dönemlerde öngörülen tedbirin, olağanüstü duruma neden olan tehlikenin bertaraf edilmesi amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olması gerekir. Bunun yanında getirilen sınırlama, durumun gerektirdiği oranı aşacak şekilde keyfi niteliğe dönüşmemelidir. Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm şartları değerlendirilmelidir. Bu çerçevede olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüklerin niteliği ve tedbirin alındığı zaman gözönünde bulundurulmalıdır.

68. Dava konusu kuralla kamu hizmetlerine girme hakkına yönelik sınırlamanın elverişli olduğu yukarıda 13. madde kapsamında yapılan incelemede ortaya konulmuştur. Bu nedenle 15. madde kapsamındaki ölçülülük incelemesinin gereklilik ve orantılılık ölçütleri bakımından yapılması gerekmektedir.

69. Devletin yukarıda açıklanan meşru amaca ulaşmak için söz konusu temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamada başvurduğu aracın gerekliliği ile ilgili yapılacak incelemede öncelikle olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amacın bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamak olduğu hatırd tutulmalıdır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde, söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu noktada iptal davasına konu kuralın gerekliliğinde, uygulanan tedbirin *yönteminin* dikkate alınması gerekir. Tedbirde uygulanan yöntemin niteliği, sınırlama aracının hafif ya da ağır olup olmadığı ya da olması gerekip gerekmediğinin belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir unsurdur.

70. Ölçülülük yönünden yapılacak incelemenin en önemli unsurlarından biri de tedbirin alındığı zamandır. Bu bakımdan olağanüstü durumu oluşturan olayların yaşandığı ve somut tehlikenin tüm gerçekliğiyle birlikte ortada olduğu dönemde alınan bir tedbir ile tehlikenin veya bunu doğuran tehdidin büyük ölçüde bertaraf edildiği bir zamanda alınan tedbir farklı şekilde değerlendirilmelidir. Burada özellikle tedbirin alındığı andaki koşulların dikkate alınması gerekir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 207).

71. Bu çerçevede ilk olarak inceleme konusu tedbire dayanak düzenlemelerin kanunlaşan bir OHAL KHK'sı olduğunun altı çizilmelidir. Anılan KHK'nın yayımlandığı tarihte milli güvenlik ve kamu düzeni üzerinde darbe teşebbüsünden ve onun arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY'nin varlığından ve ülkedeki neredeyse tüm kurum ve kuruluşlarda örgütlenmiş olmasından kaynaklanan tehdit ve tehlikenin büyük ölçüde devam ettiği bilinmektedir. Nitekim bu dönemde çıkarılan KHK'larla on binlerce kişinin anılan örgütle bağlantısından dolayı kamu görevinden çıkarılması ve bunun yanı sıra çeşitli türde ve ölçekte tedbirlere başvurulması söz konusu olmuştur (ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 51-66).

72. Bu tür tedbirlerin alınması bağlamında OHAL ilanına sebebiyet veren durumun vahameti hiçbir koşulda unutulmamalıdır. Zira darbe teşebbüsü FETÖ/PDY'nin başta TSK olmak üzere devlet kurumları içindeki örgütlenmesinden kaynaklanan potansiyel tehdidin açık ve mevcut bir tehlikeye dönüştüğünü göstermektedir. Dolayısıyla söz konusu tehlikenin ağırlığı ölçüsünde tedbirlerin de ivedilikle alınmasının ve uygulanmasının gerekliliği açıktır.

73. Ayrıca olağanüstü dönemde ortaya çıkan tehlikenin niteliği olağanüstü tedbirlere muhatap olacak kişiler bakımından bireyselleştirme yapılmadan bazı tedbirlerin alınmasını zorunlu kılabilir.

74. Bu bağlamda tüm devlet kurumlarına olduğu gibi üniversitelere de sızma çabasında olduğu bilinen FETÖ/PDY'nin bu özelliği karşısında kamu makamlarının OHAL ilanına sebep olan tehlikeyi ivedi şekilde bertaraf etmek için gerekli tedbirleri hızlıca hayata geçirmek amacıyla bireyselleştirme yapmadan topluca işlem yapmasının, demokratik anayasal düzen ile millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması amaçlarına ulaşma bakımından gerekli bir tedbir olmadığını söylemek

zordur. Bir başka ifadeyle OHAL koşullarında söz konusu araca başvurulmasının gereklilik ölçütü bakımından durumun gerektirdiği ölçünün ötesinde olduğu söylenemez.

75. Ancak tedbirin gerekli olması OHAL koşullarında olsa bile ölçülü olduğunun kabulü için yeterli değildir. Sınırlamanın, durumun gerektirdiği oranı aşacak şekilde keyfî niteliğe dönüşmemesi de gerekmektedir.

76. Kişilerin statülerinin değiştirilmesine ilişkin olay ve olgular hakkında her bir birey özelinde değerlendirme yapılarak kişilerin söz konusu değişiklik kapsamında kalmalarını gerektirecek durumda olup olmadıklarının tespiti, tedbir işleminde bireyselleştirmenin sağlanması açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda kişilerin tedbir uygulandığı dönemde veya sonrasında oluşturulan tedbir işlemine karşı *etkili* idari ve yargısal yollara başvurma imkânına sahip olmasının da bireyselleştirmenin sağlanmasında temel bir rolü bulunmaktadır. Olağanüstü dönemlerde dahi söz konusu şartlar yerine getirilmeden yapılacak uygulamaların keyfiliğe yol açabileceği ve bunun da Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında durumun gerektirdiği ölçü içinde değerlendirilemeyeceği açıktır (AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/06/2021, § 108).

77. Kuralla ÖYP kapsamındaki araştırma görevlileri daha az güvenceli bir statüye aktarılacak suretiyle kamu hizmetlerine giriş hakkı sınırlandırılmışsa da 7143 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 78. maddenin beşinci fıkrasıyla bazı istisnalar dışında araştırma görevlilerine önceki statülerine dönme imkânı sağlanarak dava konusu kuralın doğurduğu sonuçların telafisi yönünde kanuni düzenleme yapılmıştır. Böylece bireyselleştirme yapılmadan hakkında kadro değişikliği yapılan kişilerin eski kadrolarına ve haklarına kavuşması sağlandığından ve tedbir sürecinin bir bütün olarak ele alınmasının gerektiği durumlarda olağanüstü dönemlerde böylesi istisnai yöntemlere başvurulmasına neden olabilecek zorlayıcı ve beklenmedik şartların da gözetilmesi gerektiği değerlendirilerek kuralın bu kişiler yönünden OHAL koşullarında orantısız ve dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

78. Bununla birlikte anılan düzenlemeyle süresi içinde başarısızlık, lisansüstü eğitimlerini tamamlayamama veya terör örgütlerine iltisakı

yahut bunlarla irtibatı olmaları nedeniyle araştırma görevlisi kadrosuyla ilişkisi kesilenlere eski kadro ve statülerine dönme imkânının tanınmadığı anlaşılmaktadır. Başarısızlık ve lisansüstü eğitimlerini tamamlayamama hususları işin doğasından kaynaklanan şartlar olduğundan bu şartlar kapsamında ayrı bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir. Ancak terör örgütlerine iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmaları nedeniyle araştırma görevlisi kadrosuyla ilişkisi kesilenler yönünden anılan telafi mekanizmasının öngörülmemesi yönünden ayrıca bir değerlendirme yapılması gerekir.

79. Anayasa Mahkemesine göre 14/11/2019 tarihli ve E.2018/89, K.2019/84 ile 20188/90, K.2019/85 sayılı kararlarında belirtilen koşulları taşımak kaydıyla kamu hizmetine girmede terör örgütleriyle iltisaklı veya irtibatlı bulunmama koşulunun aranması, kuralın kategorik olarak Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurmamaktadır. Burada kritik olan husus kişiyle ilgili yapılan bu tespitin keyfi olmaması, kişinin söz konusu işleme karşı idari ve yargısal yollara başvurarak hakkında uygulanan işlemin hukuka uygunluğunu denetletme imkânına sahip olmasıdır.

80. Bu bağlamda anılan kişilerin eski kadrolarına atanma başvurularının reddine ilişkin işlemlere karşı idari ve yargısal yollara başvurmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Buna göre dava konusu kuralla başta bireyselleştirme sağlanmadan kişilerin kadrolarının değiştirilmesi söz konusu olmuş ise de akabinde yapılan kanuni düzenlemeyle kişilerin söz konusu kadroya tekrar atanmamalarına karşı etkili idari ve yargısal yollara başvurma imkânına sahip kılındığı nazara alındığında bu kişiler yönünden de OHAL koşullarında orantısız ve dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Zira dava konusu kuralda olduğu gibi tedbir sürecinin bir bütün olarak ele alınmasının gerektiği durumlarda olağanüstü dönemlerde böylesi istisnai yöntemlere başvurulmasına neden olabilecek zorlayıcı ve beklenmedik şartlar da gözetilerek sonradan tedbir işlemlerine karşı etkili idari ve yargısal denetim mekanizmalarının oluşturulmasıyla bireyselleştirme şartının yerine getirileceği kabul edilebilir (AYM, E.2018/81, K.2021/45, 24/06/2021, §109).

81. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 15. ve 70. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15. ve 70. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

82. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 44. maddesiyle 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ek 30. maddeye yönelik iptal talebi 11/11/2021 tarihli ve E.2021/104, K.2021/87 sayılı kararla reddedildiğinden bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 11/11/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 44. maddesiyle 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen ek 30. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE 11/11/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2021/59
Karar Sayısı : 2021/90
Karar Tarihi : 16/12/2021
R.G.Tarih-Sayısı : 22/2/2022 - 31758

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Muğla 2. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4/1/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 7., 13., 38., 48. ve 124. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: İçkisiz lokal açma ve işletme izninin iptal edilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 26. maddesi şöyledir:

“Derneklerin izinle kurabileceği tesisler

Madde 26- Derneklerin, tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere, eğitim ve öğretim faaliyetleri için yurt, pansiyon; üyeleri için lokal açmaları ve lokallerinde alkollü içki kullanılması ile bu tesislerin işletilmesi mülkî idare amirinden izin almalarına bağlıdır. Bu tesislerin açılması, işletilmesi ve kapatılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte düzenlenir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız

SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 24/6/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5253 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptalini talep etmiştir. İtiraz konusu cümlede; dernekler tarafından işletilecek yurt, pansiyon ve lokal niteliğindeki tesislerin açılması, işletilmesi ve kapatılmasına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir.

4. Bakılmakta olan davanın konusu davacı dernek tarafından işletilen lokalin işletilmesine ve kapatılmasına ilişkindir. Dolayısıyla lokalin açılmasına ilişkin esas ve usuller uyuşmazlık kapsamında değildir. Bu itibarla Kanun'un itiraz konusu cümlede yer alan "...açılması..." ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

5. Öte yandan itiraz konusu kuralın kalan kısmı, bu tesislerin bakılmakta olan davanın konusu olan *işletilmesi* ve *kapatılması* durumunun yanı sıra dava konusu olmayan *açılma* hâli yönünden de geçerli ve ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek kuralın kalan kısmının esasına ilişkin incelemenin "...*işletilmesi ve kapatılmasına...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

6. Açıklanan nedenlerle 4/1/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 26. maddesinin;

A. İkinci cümlesinde yer alan “...açılması...” ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. İkinci cümlesinin kalan kısmının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin “...işletilmesi ve kapatılmasına...” ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ahmet CANPOLAT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralla yurt, pansiyon ve lokallerin kapatılmasına dair usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesi suretiyle kapatılma gerekçelerini belirleme yetkisinin idareye bırakıldığı, bu durumun hukuk devleti, yasama yetkisinin devredilmezliği, suçta ve cezada kanunilik ilkeleriyle bağdaşmadığı, çalışma hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa’nın 2., 7., 13., 38., 48. ve 124. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

9. 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 33. maddesi yönünden de incelenmiştir.

10. 5253 sayılı Kanun’un 23. maddesinin ikinci cümlesinde mülki idare amirinden alınan izin ile dernekler tarafından tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere işletilmesine müsaade edilen yurt, pansiyon ve lokal niteliğindeki tesislerin açılması, işletilmesi ve kapatılmasına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikte düzenleneceği öngörülmüş olup anılan cümlede yer alan “...işletilmesi ve kapatılmasına...” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

11. Anayasa'nın "*Dernek kurma hürriyeti*" başlığını taşıyan 33. maddesinde; herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğüne sahip olduğu, hiç kimsenin bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamayacağı, dernek kurma özgürlüğünün ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlandırılabilmesi, dernek kurma özgürlüğünün kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği öngörülmüştür.

12. Dernekler; belirli bir amacın gerçekleştirilmesi ya da izlenmesi için kişilerin bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirdikleri, örgütlenmiş ve tüzel kişilikle donatılmış kişi topluluklarıdır.

13. Dernek kurma özgürlüğü; bireylerin kendi menfaatlerini korumak ve savunmak, ideallerini ve ihtiyaçlarını gerçekleştirmek için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü; bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olan dernek kurma özgürlüğü; kişi açısından, dernek kurma özgürlüğünün yanı sıra derneğe üye olma, derneğin etkinliklerine katılma ve mensuplarının menfaatlerini korumak üzere faaliyetlerde bulunma gibi hakları da içermektedir.

14. Anılan Kanun'un 26. maddesinin birinci cümlesi uyarınca derneklerin; *tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere yurt, pansiyon ve lokal niteliğindeki tesisleri işletmesi de dernek kurma özgürlüğünün kapsamında yer alan faaliyetlerdendir.*

15. Bu bağlamda anılan tesislerin işletilmesine ve kapatılmasına ilişkin düzenlemeler yapılması dernek kurma özgürlüğüne sınırlama getirdiğinden temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine uyulması gerekmektedir.

16. Anayasa'nın anılan maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" denilmektedir. Buna göre dernek kurma

özgürlüğüne sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, anılan özgürlüğe sınırlama getirilebilmesinin ilk şartını oluşturmaktadır.

17. Anayasa'nın 13. ve 33. maddeleri uyarınca dernek kurma özgürlüğünü sınırlamaya yönelik kanuni bir düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

18. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 33. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

19. İtiraz konusu kuralla ise derneklerin; tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere yurt, pansiyon ve lokallerin işletilmesine ve kapatılmasına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikte düzenleneceği hükme bağlanmaktadır. Bu itibarla kural, dernek kurma özgürlüğüne ilişkin bir konuda herhangi bir yasal çerçeve çizmeden ve temel ilkeleri belirlemeden düzenlemenin yönetmeliğe bırakılmasını öngörmesi nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerekliliğiyle bağdaşmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 33. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 7. maddeleri yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 33. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 48. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 38. ve 124. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

21. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*” denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmak suretiyle Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

22. 5253 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “...işletilmesi ve kapatılmasına...” ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

23. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

4/11//2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “...işletilmesi ve kapatılmasına...” ibaresine yönelik iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE 16/12/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

4/11//2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 26. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “...işletilmesi ve kapatılmasına...”

ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince; KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE 16/12/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2021/52
Karar Sayısı : 2021/97
Karar Tarihi : 16/12/2021
R.G.Tarih-Sayısı : 22/3/2022-31786

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Denizli 4. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

A. 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'un 114. maddesiyle değiştirilen 278. maddesinin üçüncü fıkrasının 9/11/1988 tarihli ve 3494 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı bendinde yer alan "*Karı ve koca ile...*" ibaresinin,

B. 279. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin,

C. 538 sayılı Kanun'un 115. maddesiyle değiştirilen 280. maddesinin 3494 sayılı Kanun'un 55. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...karı veya kocası,...*" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Ödenmeyen kredi alacağının tahsiline engel olmak amacıyla gerçekleştirildiği iddia edilen taşınmaz pay devrinin yapıldığı tarihte karı ve koca olan davalılara karşı başlatılan tasarrufun iptali davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı;

1. 278. maddesi şöyledir:

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

“İvazsız tasarrufların butlanı:

Madde 278- (Değişik: 18/2/1965-538/114 md.)

Mutat hediyelet müstesna olmak üzere, hacizden veya haczedilecek mal bulunmaması sebebiyle acizden yahut iflasın açılmasından haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan yahut masaya kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır.

Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçemez.

Aşağıdaki tasarruflar bağışlama gibidir.

*1. (Değişik: 9/11/1988-3494/53 md.) **Karı ve koca ile** usul ve fûru, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesi’nin 11/7/2018 tarihli ve E.: 2018/9, K.: 2018/84 sayılı Kararı ile.) (...)sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarruflar,*

2. Akdin yapıldığı sırada, kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler,

3. Borçlunun kendisine yahut üçüncü bir şahıs menfaatine kaydı hayat şartıyla irat ve intifa hakkı tesis ettiği akitler ve ölünceye kadar bakma akitleri,”

2. 279. maddesi şöyledir:

“Acizden dolayı butlanı:

Madde 279- Aşağıdaki tasarruflar borcunu ödemiyen bir borçlu tarafından hacizden veya mal bulunmaması sebebile acizden yahut iflasın açılmasından evvelki bir sene içinde yapılmışsa yine batıldır:

1- Borçlunun teminat göstermeği evvelce taahhüt etmiş olduğu haller müstesna olmak üzere borçlu tarafından mevcut bir borcu temin için yapılan rehinler;

2- Para veya mutat ödeme vasıtalarından gayrı bir suretle yapılan ödemeler;

3- Vadesi gelmemiş borç için yapılan ödemeler.

4. (Ek : 9/11/1988-3494/54 md.) Kişisel hakların kuvvetlendirilmesi için tapuya verilen şerhler.

Bu tasarruflardan istifade eden kimse borçlunun hal ve vaziyetini bilmediğini ispat eylerse iptal davası dinlenmez.”

3. 280. maddesi şöyledir:

“Zarar verme kastından dolayı iptal

Madde 280- (Değişik: 18/2/1965-538/115 md.)

(Değişik birinci fıkra: 17/7/2003-4949/66 md.) Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı tüm işlemler, borçlunun içinde bulunduğu malî durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hâllerde iptal edilebilir. Şu kadar ki, işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflâs yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.

(Mülga ikinci fıkra: 17/7/2003-4949/103 md.)

*(Değişik: 9/11/1988-3494/55 md.) Üçüncü şahıs, borçlunun **karı veya kocası**, usul veya fîruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise borçlunun birinci fıkroda beyan olunan durumunu bildiği farz olunur. Bunun hilafını üçüncü şahıs, ancak 279 uncu maddenin son fıkrasına göre isbat edebilir.*

Ticari işletmenin veya işyerindeki mevcut ticari emtianın tamamını veya mühim bir kısmını devir veya satın alan yahut bir kısmını iktisapla beraber işyerini sonradan işgal eden şahsın, borçlunun alacaklılarını ızzar kasdını bildiği ve borçlunun da bu hallerde ızzar kasdiyle hareket ettiği kabul olunur. Bu karine, ancak iptal davasını açan alacaklıya devir, satış veya terk tarihinden en az üç ay evvel keyfiyetin yazılı olarak bildirildiğini veya ticari işletmenin bulunduğu yerde görülebilir levhaları asmakla beraber Ticaret Sicili Gazetesiyle; bu mümkün olmadığı takdirde bütün alacaklıların ıttılânını temin edecek şekilde münasip vasıtalarla ilan olunduğunu ispatla çürütülebilir.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 3/6/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında

dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mustafa Erdem ATLIHAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

3. Tasarrufun iptali davası ile borçlunun hacizden, aciz hâinden veya iflastan önce alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu bağışlama ve şüpheli tasarruflarının iptalleri suretiyle bu tasarrufların konusunu oluşturan malların cebrî icra yoluyla satılarak alacaklının alacağına kavuşmasına imkân sağlanmıştır.

4. Bu kapsamda anılan davaya konu olabilecek tasarruflar 2004 sayılı Kanun'un 278., 279. ve 280. maddelerinde üç grup hâlinde sayılmıştır.

B. Kanun'un 278. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının (1) Numaralı Bendinde Yer Alan “Karı ve koca ile...” İbaresinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

5. 2004 sayılı Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinde karı ve koca ile usul ve fûru, sıhren üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) hısımlar, evlat edinenle evlatlık arasında yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama gibi kabul edileceği öngörülmüştür. Söz konusu bentte yer alan “Karı ve koca ile...” ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

6. Kuralla tasarrufun iptali davası yönünden borçlunun karı veya kocası ile yaptığı ivazlı tasarruflar bağışlama olarak kabul edilmiş; Kanun'un 278. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtildiği şekilde haciz, aciz veya iflas hâlinde, haczin veya aciz vesikası verilmesinin sebebi olan veya iflas masasına kabul olunan alacaklardan en eskisinin tesis edilmiş olduğu tarihe kadar geriye doğru olan süre içinde ve her hâlükârda haciz, aciz veya iflastan önceki iki yıl içinde yapılmış olanların batıl olacakları öngörülmüştür.

2. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle; borçlunun henüz tasarruf yetkilerinin kısıtlanmadığı bir dönemde borç ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki eşle yapılmış olan karşılıklı kazandırmaların tamamının bağışlama olarak kabul edilmesini öngören kuralın eşlerin mülkiyet hakkını sınırladığı, bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, açılacak davalarda tasarrufun gerçek bir tasarruf olduğunun ve söz konusu bedelin ödendiğinin ispat etme imkânının tanınmamasının ve lehine tasarruf yapılan kişiye savunma hakkı verilmemesinin hak arama özgürlüğünün özüne dokunduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. Anayasa'nın 35. maddesinde *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır.

9. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.

10. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında da *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak kanun hükümlerinin Anayasa'nın anılan maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

11. İtiraz konusu kural, tasarrufun iptali davalarında borçlunun karı veya kocası ile yaptığı ivazlı tasarrufların bağışlama gibi kabul edileceğini öngörmek suretiyle mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

12. Anayasa'nın 13. maddesinde *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

13. Bu kapsamda mülkiyet hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

14. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

15. İtiraz konusu kuralda karı ve koca ile yapılan ivazlı tasarrufların bağışlama gibi kabul edileceği öngörülmek suretiyle kimler arasındaki ne tür tasarrufların bağışlama olarak nitelendirileceğinin herhangi bir tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve net olarak düzenlendiği gözetildiğinde kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmıştır.

16. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak da bu hakkın sınırlandırılması mümkündür.

17. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda belirtilen karı ve koca ile gerçekleştirilen ivazlı tasarrufların bağışlama olarak kabul edilmesi borçlunun henüz haciz, aciz veya iflas hâli gerçekleşmemiş olmakla birlikte bu hâllerden birinin yakında gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğu kritik zamanlarda şüpheli tasarruflarda bulunması, bu tasarrufları genellikle bir başka isim altında gizlemesi ile bu tasarrufların gerçekte ivazsız olduğunun ve tarafların bu husustaki gerçek iradelerinin alacaklı tarafından ispat edilmesinin oldukça zor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda kuralın, borçlunun alacaklılarından mal kaçırmasını ve alacaklıların alacağın tahsiline yönelik çabalarının sonuçsuz kalmasını önlemeyi; tasarruf işleminin taraflarının çoğu zaman dış dünyaya yansımayan gerçek iradelerinin ortaya konulmasının zorluğu sebebiyle alacaklıya ispat kolaylığı sağlamayı ve bu suretle toplumdaki ekonomik dengelerin, toplumsal barış ve adaletin sağlanmasına katkı sunmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

18. Öte yandan Anayasa'nın 5. maddesine göre kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak devletin temel amaç ve görevleri kapsamında kaldığından yukarıda belirtilen amaca ulaşmak aynı zamanda anılan madde gereği devletin pozitif yükümlülükleri içinde kalmaktadır. Bu yönüyle kuralın gerek mülkiyet hakkı gerekse hak arama özgürlüğü yönünden anayasal bağlamda meşru bir amaca dayandığı görülmektedir.

19. Kuralın kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması da gerekir. Ölçülülük ilkesi ise *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç

bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

20. Kuralın amacının borçlunun karı veya kocası ile gerçekleştirilen tasarruflarda alacaklının yaşayabileceği ispat zorluklarını ortadan kaldırmak ve şüpheli tasarruflarla alacaklıdan mal kaçırılmasını önlemek olduğu gözetildiğinde karı veya koca ile gerçekleştirilen ivazlı tasarrufların peşinen bağışlama olarak kabul edilmesinin söz konusu amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

21. Ayrıca tasarrufun iptali davasının açılabilmesi ve bağışlama olarak kabul edilen ivazlı tasarrufların iptal edilebilmesi bazı şartların varlığına bağlanmıştır. Buna göre başlatılan icra takibinin kesinleştirilmiş olması ile alacağın kısmen veya tamamen alınamaması durumunda iptal davası açılabilir ve ancak alacaklının alacağının doğumundan sonra borçlu tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemleri iptal konusu olabilecektir. İptal edilebilecek tasarruflar süre yönünden de ayrıca sınırlandırılmış olup ancak hacizden, aciz hâinden veya iflasın açılması tarihinden başlayarak geriye doğru son iki yıllık süreçte gerçekleştirilen tasarruflar iptal edilebilecek ve iptal davası ancak iptale tabi tasarrufun yapıldığı tarihten itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılabilir. Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu kural sebebiyle iptal davası açılabilmesinin ancak belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde mümkün olabileceği açıktır.

22. Öte yandan kuralda borçlunun karı veya kocası ile yaptığı ivazlı tasarrufların başka hiçbir şarta bağlı bulunmaksızın bağışlama olduğu, aksinin iddiası ve ispatı mümkün olmayan bir olgu olarak kabul edilmiştir. Bu bakımdan tasarruf konusu malın değerinin tam olarak veya fazlasıyla ödenmiş olması, tasarruf işleminin borçlunun alacaklılarının da menfaatine bulunması, alacaklıların tasarruf işlemi dolayısıyla zarar görmemesi, alacaklıların alacağı tahsil ve cebri icra imkânlarının zorlaştırılmamış hatta kolaylaştırılmış olması sonucu değiştirmeyecektir. Borçlunun karı veya kocası ile gerçekleştireceği ivazlı tasarruflara kesin olarak bağışlama sonucunu bağlayan kural, taraflara belirtilen hususlarda iddia ve savunmada bulunma, bu hususların ispatı yönünden delil, bilgi ve belge sunma imkânı vermemektedir (AYM, E.2018/9, K.2018/84, 11/7/2018, § 29).

23. Bu yönüyle kural, kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozmak suretiyle mülkiyet hakkının ve hak arama özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 279. Maddesinin Birinci Fıkrasının (2) Numaralı Bendinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

25. 2004 sayılı Kanun'un 279. maddesinde de borçlu tarafından hacizden veya acizden yahut iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde yapılmış bazı tasarrufların tasarrufun iptali davasına konu olabileceği hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda itiraz konusu kural uyarınca para veya mutat ödeme vasıtalarından başka bir suretle yapılan ödemelere konu tasarrufların da iptali talep edilebilecektir.

26. Anılan maddenin 278. maddeden farkı ise ilgili tasarrufun tarafı konumundaki üçüncü kişiye borçlunun borca batık olduğunu bilmediğini kanıtlama imkânının verilmesidir. Bu takdirde söz konusu tasarrufun iptaline karar verilemeyecektir.

2. İtirazın Gerekçesi

27. Başvuru kararında özetle; para veya mutat ödeme vasıtası dışında yapılan her ödemenin kayıtsız şartsız olarak iptale tabi tutulmasının mülkiyet hakkı ile hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu, taraflarca yapılacak sözleşme ile borçlanılan edimden tamamen farklı bir edimin ifa olarak kararlaştırılabileceği, itiraz konusu kuralla bunun ispatının olağan duruma göre daha sıkı bir şekilde bağlandığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

28. İtiraz konusu kuralla haciz, aciz veya iflasın açılma tarihinden bir yıllık dönem içinde borçlu tarafından para veya alışılmışın dışında başka bir ödeme aracı kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmiş olan ödemelerin iptal davasına konu olacağı öngörülmüştür.

29. Kural ile borçlunun alacaklılarından özellikle biri ya da birkaçı lehine bir durum yaratacak fiillerinin önlenmesi amaçlanmıştır. Kuralın yer aldığı maddenin ikinci fıkrasında ise tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye borçlunun borca batık durumda olduğunu bilmediğini ispat etme imkânı tanınmıştır. Bu takdirde söz konusu tasarruf iptal edilmeyecek ve geçerli olacaktır.

30. Esas olarak borçlunun mal varlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin henüz kısıtlanmadığı bir dönemde mülkiyet hakkının kapsamında olduğuna kuşku bulunmayan mal varlığı değerleri üzerinde ivazlı veya ivazsız olarak istediği gibi tasarrufta bulunması mülkiyet hakkının bir gereğidir. Ancak borçlu haciz, aciz hâli ve iflastan önceki yakın süreçte ve özellikle aciz halindeyken gerçekleştirmesi mümkün birtakım tasarrufları ile alacaklılar arasındaki dengeyi bozabileceğinden, alacaklıların tamamının korunması ve ispat yönünden yaşanacak güçlüklerin giderilmesi amacıyla kuralla borçlunun haciz, aciz hâli ve iflastan kısa bir süre öncesine denk gelen zamanda gerçekleştirdiği para veya mutat ödeme vasıtalarından başka bir şekilde yaptığı ödemeler iptal davasına konu edilmiştir. Bu yönüyle kuralla mülkiyet hakkına ve hak arama özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "*Karı ve koca ile...*" ibaresinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçelerle anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu açıktır. Sınırlamanın aynı gerekçelerle söz konusu amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı da söylenemez.

31. *Edime uygun ifa kuralı* gereğince bir borç ilişkisinde taraflar aralarındaki sözleşmede neyi borçlanmış iseler ancak ve sadece onu yerine getirmek suretiyle borçlarından kurtulabilirler. Bu ifa kuralı tarafların borçlarını kararlaştırılmış olan edimden başka bir edim ile ifa yapmalarına engel olur. Fakat taraflar, kendi aralarında yeni bir sözleşme yaparak borçlanılan edimden başka bir edim ile ifanın gerçekleşmesini kabul edebilirler. Bu şekilde taraflar arasında akdedilen ikinci bir sözleşme ile üzerinde anlaşılan edimin yerine getirilmesi ile de alacaklı tatmin olmuş ve ödenen kısım itibarıyla borç sona ermiş olur.

32. İtiraz konusu kural kapsamında kalan tasarrufların yani para veya alışılmış ödeme araçları dışında yapılan ödemelerin iptal davasına konu edilmesinin nedeni, bu tediyein ödeme günü gelmiş borçlarını ödeme imkânından süreklilik gösterecek şekilde yoksun olan borçlu tarafından gerçekleştirilmiş olmasıdır. Olağan koşullarda *sözleşme serbestisi ilkesi* gereğince herhangi bir müdahale öngörülmemiş olan bir tasarrufa Anayasa'nın 5. maddesi uyarınca devlete yüklenmiş olan pozitif yükümlülükler çerçevesinde yargı kararlarının uygulanması ve kişilerin alacaklarına kavuşması bakımından etkili bir icra sistemi kurma sorumluluğu gereğince borçlunun içinde bulunduğu mali durum gözönünde bulundurulmak suretiyle bir sonuç bağlanmış olup, bu hâlde kuralın toplumdaki ekonomik dengelerin, toplumsal barış ve adaletin sağlanmasına ve mülkiyet hakkı bağlamında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesine katkı sunmayacağı ifade edilemez.

33. Bunun yanı sıra kuralın yer aldığı maddenin ikinci fıkrası ile dava konusu tasarruftan yararlanan üçüncü kişiye hukuki işlemin yapıldığı anda borçlunun borçlarını ödeme yeteneğinden yoksun olduğunu bilmediğini, başka bir deyişle iyi niyetli olduğunu iddia ve ispat imkânının da tanındığı gözetildiğinde kuralın kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasındaki adil dengeyi bozmadığı ve taraflara aşırı külfet yüklenmediği sonucuna ulaşılmıştır.

34. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Ç. Kanun'un 280. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...karı veya kocası,..." İbaresinin İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

35. 2004 sayılı Kanun'un 280. maddesi mal varlığı borçlarını ödemeye yetmeyen borçlunun alacaklılarına zarar vermek kastıyla yaptığı tüm hileli tasarrufları iptale tabi tutmaktadır. Bu maddeye göre borçlunun

alacaklılarına zarar verme kastıyla tasarrufta bulunması ve işlemin tarafı olan bu üçüncü kişilerin iyiniyetli olmamaları yani borçlunun ekonomik durumunu ve alacaklılarına zarar verme kastını bilmeleri ya da gereken özeni göstermiş olsalardı bunu bilebilecek durumda olmaları yapılan tasarrufun iptali için gereken unsurlardandır. Anılan hüküm ile ispat yükü kural olarak iddia edene yani alacaklıya yüklenmiştir. Bu itibarla borçluda bulunan *zarar verme kastının* varlığını ispatla yükümlü olan alacaklıdır.

36. Kanun koyucu anılan maddenin üçüncü fıkrasında alacaklıya düşen bu ispat yükünü kolaylaştırıcı karineler öngörmüştür. Bu kapsamda öngörülen karinelerden olan itiraz konusu kural uyarınca işlemin tarafının borçlunun karısı veya kocası olması hâlinde borçlunun ekonomik durumunun ve zarar verme kastıyla hareket ettiğinin bilindiği kabul edilir.

37. Ancak bu karinenin aksinin iddia ve ispatı Kanun'un 279. maddesinin ikinci fıkrasına göre mümkündür. Bu kapsamda tasarruf işleminin karşı tarafı olan üçüncü kişi konumundaki karı ya da kocanın tasarruf işleminin yapıldığı anda borçlunun olumsuz mali koşullarını ve alacaklılarına zarar vermek kastıyla bu tasarrufu yapmış olduğunu bilmediğini veya bilebilecek durumda olmadığını ortaya koyması hâlinde söz konusu tasarruf iptale konu olmayacaktır.

2. İtirazın Gerekçesi

38. Başvuru kararında özetle; 2004 sayılı Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan "*Karı ve koca ile...*" ibaresi yönünden belirtilen gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

39. Kanun'un 279. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

40. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 35. ve 36.

maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

41. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*” denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Anayasa Mahkemesinin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

42. 2004 sayılı Kanun'un 278. maddesinin üçüncü fıkrasının (1) numaralı bendinde yer alan “*Karı ve koca ile...*” ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu ibareye ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. HÜKÜM

9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

A. 18/2/1965 tarihli ve 538 sayılı Kanun'un 114. maddesiyle değiştirilen 278. maddesinin üçüncü fıkrasının 9/11/1988 tarihli ve 3494 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı bendinde yer alan “*Karı ve koca ile...*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

B. 279. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

C. 538 sayılı Kanun'un 115. maddesiyle değiştirilen 280. maddesinin 3494 sayılı Kanun'un 55. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...karı veya kocası,..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

16/12/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

Esas Sayısı : 2021/17
Karar Sayısı : 2021/103
Karar Tarihi : 30/12/2021
R.G. Tarih-Sayısı : 23/3/2022-31787

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hatay 6. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 28. maddesinin yedinci fıkrasının "...kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanığın 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na muhalefet suçundan cezalandırılması talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 28. maddesi şöyledir:

"Kanun yolu değerlendirme formu:

Madde 28- (Mülga: 31/3/2011-6217/31 md.; Yeniden düzenleme: 1/7/2016 – 6723/25 md.)

Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda;

a) İstinaf kanun yolu incelemesinde görev alan daire başkanı, üye, Cumhuriyet başsavcısı ve savcılar,

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

b) İlk derece yargı yerlerinde duruşmaya, karara veya hükme katılan, karar veya hükmü veren ya da soruşturma aşamasında görev yapan hâkimler,

c) İlk derece yargı yerlerinde soruşturma aşamasında görev alan, iddianameyi tanzim eden, duruşmaya katılan, mütalaa veren veya kanun yoluna başvuran Cumhuriyet savcılar,

hakkında kanun yolu değerlendirme formu düzenlenir.

Kanun yolu değerlendirme formu; soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar dikkate alınarak çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlenir. Yapılan incelemede olumlu veya olumsuz kanaat edinilememesi hâlinde, değerlendirme formu bu durum belirtilerek düzenlenir.

Hükmün onanmış veya bozulmuş olması tek başına olumlu veya olumsuz değerlendirme yapılmasını gerektirmez. Ayrıca, incelenen karara uygun muhalefet şerhi bulunması hâlinde olumsuz değerlendirme yapılamaz.

Bölge adliye mahkemeleri veya bölge idare mahkemeleri dairelerince yapılan istinaf kanun yolu incelemesi sonucunda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kriterler esas alınarak kanun yolu değerlendirme formu düzenlenir. Aynı dosyaya ilişkin olarak istinaf kanun yolu incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu ile temyiz incelemesi sonucu düzenlenen değerlendirme formu arasında çelişki bulunması hâlinde temyiz mercilerince düzenlenen değerlendirme formu esas alınır.

Değerlendirme formu, kararı inceleyen heyetin başkanı tarafından düzenlenir. Hakkında değerlendirme formu düzenlenenler, formun Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)'ne kaydedilmesinden itibaren bir ay içinde gerekçelerini belirtmek suretiyle değerlendirme formunun yeniden incelenmesini isteyebilir. Yeniden inceleme talebi, başvuru tarihinden itibaren bir ay içinde incelemeyi yapan daire tarafından oyçokluğuyla karara bağlanır.

Yukarıdaki fıkraların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Yargıtay ve Danıştayın görüşü alınmak suretiyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.

Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

Kanun'un 21. maddesi şöyledir:

"Derece yükselmesinin koşulları:

Madde 21- (Değişik: 22/12/2005 - 5435/8 md.)

Hâkimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinin yapılabilmesi için;

a) Derecesi içinde iki yıl bulunmuş veya bu Kanuna göre bulunmuş sayılmaları,

b) Yükselmeye engel kesinleşmiş mahkeme hükmü veya disiplin cezalarının bulunmaması,

c) Ahlakî gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, kanun yolu değerlendirme formları, örnek karar ve mütalâaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri göz önünde tutularak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca ilân edilen derece yükselme ilkelerinde aranan koşulları taşımaları,

Gerekir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız

SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Basri BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 3/3/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ile Selahaddin MENTEŞ'in karşıoiyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşölüp düşünölüdü:

A. Anlam ve Kapsam

3. 2802 sayılı Kanun'un 28. maddesinin yedinci fıkrasında soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (Kurul) görüşü alınarak Adalet Bakanlığı (Bakanlık) tarafından belirleneceği öngörülmektedir. Anılan fıkranın *“kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir”* bölümü itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

4. Söz konusu maddede kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesine ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Bu kapsamda 30/9/2016 tarihli ve 29843 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik'in 3. maddesinde de kanun yolu değerlendirme formu *“Kanun yolu incelemeleri neticesinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarının dosyadaki hukuki bilgi, uygulama ve performanslarının değerlendirildiği belge...”* şeklinde tanımlanmıştır.

5. Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrasında *kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması*, hâkimlerin ve savcılarının hakkında çok iyi, iyi, orta ve zayıf şeklinde düzenlen ya da olumlu veya olumsuz kanaat oluşmadığı belirtilen kanun yolu değerlendirme formunun oluşturulmasında dikkate alınması gereken bir ölçüt olarak belirlenmiştir.

6. Kanun'un 21. maddesinde ise hâkimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinin yapılmasına ilişkin şartlar

düzenlenmiştir. Bu kapsamda hâkimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinde kanun yolu değerlendirme formlarının da gözönünde tutulacağı hükme bağlanmıştır.

7. 23/6/2017 tarihli ve 30105 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 4. maddesinin (d) bendinde ise hedef süre, *“Soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanmasında gözetilen, ilgilileri için hak doğurmayan, yargısal süreçleri iyileştirmeyi amaçlayan ve Kurul’un görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenen süre...”* şeklinde tanımlanmıştır.

8. Hedef sürelerin belirlenmesi ve duyurulması usulü anılan Yönetmelik’in 5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre hedef süresi belirlenecek soruşturma, kovuşturma veya yargılama türleri ile bunlara ilişkin hedef süreler, Kurulun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenir. Bu belirleme sırasında 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu’na dayanılarak oluşturulan Resmî İstatistik Programı kapsamında ve mülga 29/3/1984 tarihli ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Bakanlıkça hazırlanan adli istatistiklerde gösterilen ortalama soruşturma, kovuşturma veya yargılama süreleri, fiilen görev yapan hâkim ve savcı sayısı, derdest dosya sayısı, soruşturma veya yargılama usul kuralları ve Cumhuriyet başsavcılıkları ile adalet komisyonu başkanlıklarınca gönderilen yıllık raporlar dikkate alınır.

B. İtirazın Gerekçesi

9. Başvuru kararında özetle; adil yargılanma hakkı kapsamında makul sürede yargılanmanın sağlanması için yargılama mercilerinden kaynaklanan gecikmelerin önlenmesi amacıyla bazı tedbirlerin alınmasının gerektiği, hedef süre uygulamasının bu tedbirlerden biri olduğu, hedef sürelerin kim tarafından belirleneceğinin önem arz ettiği, yargıda hedef süre uygulamasının hâkimleri de bağlayıcı bir hedef ortaya koyduğu, yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin olduğu, itiraz konusu kural uyarınca bu sürelerin Bakanlık tarafından belirlendiği, hedef sürelerin yürütme organınca belirlenmesinin ise hukuk devleti ile yargının bağımsızlığı ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

10. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 7. ve 140. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

11. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2018/7, K.2018/80, 05/07/2018, § 28).

12. Hukuk devletinin en temel gereklerinden biri de hiç kuşkusuz kuvvetler ayrılığı ilkesidir. Nitekim Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği; 8. maddesinde yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağı; 9. maddesinde de yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce ifa edileceği belirtilerek temel bir anayasal tercih olarak kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği açıkça ortaya konulmuştur. Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü paragrafında ise *“Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu”* belirtilerek bu ilkenin niteliği açıklanmıştır (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 158).

13. Anayasa'da yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmakla beraber yargı işlevinin ne olduğu tanımlanmamıştır. Doktrinde yargı işlevi, genel olarak hukuki anlaşmazlıkların yargısal yöntemlerle çözüme kavuşturulması fonksiyonu olarak nitelendirilmektedir (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, § 159).

14. Anayasa'nın *“Mahkemelerin Bağımsızlığı”* başlıklı 138. maddesinde bağımsızlığın kapsamı *“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler./ Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında*

mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz./ Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz./ Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” şeklinde belirlenmiştir.

15. Anayasa’nın hâkimlik ve savcılık mesleğinin düzenlendiği 140. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*” denilmektedir. Anayasa’nın anılan maddesi uyarınca hâkim ve savcılarının özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi gerekir.

16. Türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisinin verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanması, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yasama organının temel kuralları belirledikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (AYM, E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 57).

17. Özlük hakları, bir görevi yürüten kişiye o görevi yürütmesi dolayısıyla tanınan hakları ifade etmektedir. Söz konusu haklar, ilgililerin bulunduğu kadro esas alınarak tanınmakta ve bunların bir kısmı aylık ve ödenek gibi mali hakları; bir kısmı ise izin hakkı, terfi, emeklilik

hakkı gibi diğer hakları kapsamaktadır (AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, § 72).

18. 2802 sayılı Kanun'un 15. maddesinde hâkimlik ve savcılık mesleğinin üçüncü sınıf, ikinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış ve birinci sınıf olmak üzere dört sınıfa ayrıldığı belirtilmiştir. Hâkim ve savcılarının belirtilen sınıf ve derecelere yükselmesinde aranan şartlar ise söz konusu Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca kanun yolu değerlendirme formları hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinin yapılabilmesi için gözönünde bulundurulması gereken hususlar arasında yer almaktadır.

19. Derece yükselmesinin yapılmasına ya da yapılmamasına Kanun'un çeşitli maddelerinde bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bunların başında bir derecede iki veya bir sınıfta üç defa yükselmeye layık görülmeyen hâkim ve savcılarının meslekte kalmalarının uygun olup olmayacağının Kurul tarafından değerlendirilmesi yer almaktadır. Bu itibarla Kanun'un 30. maddesine göre yapılacak değerlendirme sonucunda meslekte kalmaları uygun görülmeyen hâkim ve savcılarının görevlerinin sonlandırılacağı açıktır. Yine Kanun'un 103. maddesinde düzenlenmiş olan aylık tablosunda hâkim ve savcılar için ödenen aylık ve yargı ödeneği toplamından oluşan malî haklar da hâkim ya da savcının bulunduğu sınıf veya dereceye göre belirlenmiştir. Bunun yanı sıra Yargıtay veya Danıştay üyeliğine seçilmek için aranan şartlar arasında da *birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az üç yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş* olmak bulunmaktadır.

20. Bu itibarla kanun yolu değerlendirme formu hâkim ve savcılarının meslekte kalıp kalmamalarının değerlendirilmesine, mesleki kariyerlerinin ilerlemesine ve bu bağlamda özlük haklarına etki eden hususlardan birini oluşturmaktadır.

21. İtiraz konusu kural, kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde dikkate alınan ölçütlerden biri olan hedef sürenin belirlenmesini hüküm altına almaktadır (bkz. § 5). Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir ögesini makul sürede yargılanma hakkı oluşturmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 141. maddesi de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirtmekle bu

konuda bir yükümlülük öngörmektedir. Soruşturma ve yargılamaların makul sürede tamamlanması tarafların uzun süren soruşturma ve yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunmasıyla adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazasının sağlanmasında önemli bir role sahiptir. Bu itibarla kuralın soruşturma ve yargılamaların makul sürede tamamlanması amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

22. Her bir tür soruşturma, kovuşturma veya yargılama açısından ayrı bir hedef sürenin belirlenmesi ve bu aşamada hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi için makul bir sürenin tanınması gerektiği gözetildiğinde değişken ve farklılaşan hedef sürenin önceden kanun koyucu tarafından sabit bir veri olarak belirlenmesinin mümkün olmayabileceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu sürelerin idare tekniğine ve uzmanlığa ilişkin bir konu olarak ilgili kamu otoritelerince dinamik olarak belirlenmesi işin doğasının zorunlu bir sonucu olarak görülebilir. Bununla birlikte Kanun'un 28. maddesinde kuralın öngördüğü şekilde belirlenecek olan hedef sürenin bir ölçüt olarak dikkate alındığı kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesi ve değerlendirilmesine ilişkin kapsamlı bir düzenlemenin bulunduğu da görülmektedir. Bu çerçevede hâkim ve savcıların özlük haklarına etki eden kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesine ilişkin temel kuralların belirlenmesinden sonra hedef sürelerin tespiti şeklindeki uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususun yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakılmasında Anayasa'yla bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır.

23. *Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi*, yargının yasama ve yürütme başta olmak üzere her kişi ve kuruma karşı bağımsızlığını ifade etmektedir. Söz konusu bağımsızlık, yargılama fonksiyonunun gereği gibi yerine getirilmesi amacını gütmekte ve hukuk devleti ilkesinin bir gereğini oluşturmaktadır. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin çekinmeden ve endişe duymadan, hukukun öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız ve özgürce karar verebilmesidir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılması amacını gütmektedir. Bu nedenle mahkemelerin bağımsızlığı, insan

haklarının ve özgürlüklerinin en etkin güvencesidir (AYM, E.2016/144, K.2020/75, 10/12/2020, § 26).

24. İtiraz konusu kuralda soruşturma ve yargılamaların tamamlanmasında gözetilmesi gereken hedef sürelerin Kurulun görüşü alınarak Bakanlık tarafından belirlenmesi öngörülmektedir. Hedef sürenin davanın tarafları bakımından hak doğurucu bir niteliği bulunmayan, soruşturma ve yargılama makamları için bağlayıcılık içermeyen, soruşturma ve yargılamaların Anayasa'nın 36. maddesi ve 141. maddeleri uyarınca makul sürede tamamlanmasını sağlamak üzere getirilen bir program hükme dayandığı görülmektedir. Bu bağlamda anılan hedef sürelerin meselenin uzmanlık ve teknik boyutu da dikkate alınarak Adalet Bakanlığınca belirlenmesine izin verilmesi tek başına mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık oluşturmaz. Ancak hâkimlerin derece yükselmelerinde esas alınacak unsurlardan biri olarak *hedef sürenin* dikkate alınmasının onların bağımsızlığı üzerinde etkili olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

25. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı Kanun'un 28. maddesinde kanun yolu değerlendirme formu, içinde kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanmasının da bulunduğu birçok hususun dikkate alınmasıyla düzenlenmektedir. Soruşturmanın niteliği, iddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi, gereksiz masrafa sebebiyet verilmesi, duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması, dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi, bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması, soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması, dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalaa, gerekçeli karar ve tebliğnamelerin yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi gibi hususlar soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması ile birlikte kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde dikkate alınan diğer unsurlardır. Bu çerçevede formun düzenlenmesine etki edecek birçok unsur bulunmakta iken kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması unsurunun tek başına anılan formun belirleyici ögesi olduğunu söylemek mümkün değildir.

26. Anılan Kanun hükmü uyarınca hâkim ve savcı hakkında olumlu veya olumsuz bir değerlendirme yapılabilmesi için yukarıda yer verilen

ve kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde dikkate alınan hususların aynı anda ve aynı oranda gerçekleşmesi de gerekmemektedir. Bu bağlamda kararı hukuka uygun ve isabetli olan bir hâkimin yargılamayı hedef sürede tamamlayamamış olması o hâkimin kesin olarak olumsuz değerlendirmeyle karşı karşıya kalacağını göstermediği gibi yargılamayı hedef sürede tamamlayan ancak yukarıdaki kanun hükmünde belirtilen hususlara aykırı işlem yapan bir hâkim hakkında da kesin olarak olumlu değerlendirme yapılması gerektiği söylenemez.

27. Bu aşamada Kanun'un, kanun yolu değerlendirme formunun hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinde hakkaniyete aykırı olarak kullanılmasını önleyebilecek güvenceyi de öngördüğünün belirtilmesi gerekir. Kanun'un 28. maddesinin beşinci fıkrasında hakkında değerlendirme formu düzenlenenlerin, formun Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne kaydedilmesinden itibaren bir ay içinde gerekçelerini belirtmek suretiyle değerlendirme formunun yeniden incelenmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu durum formun düzenlenmesinde gözetilen diğer hususlar yönünden geçerli olduğu gibi hedef sürede soruşturma ve kovuşturmanın tamamlanması yönünden de geçerlidir.

28. Öte yandan yargılamanın hedef sürede tamamlanmasının, kanun yolu değerlendirme formunun tek ölçütü ve belirleyicisi olmamakla birlikte, anılan formun düzenlenmesinde gözetileceği ve bu formun da Kanun'un 21. maddesi gereği hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinde dikkate alınacağı açıktır. Hâkim ve savcılarının derece yükselmelerinin düzenlendiği Kanun'un 21. maddesinde derece yükselmesi için sadece kanun yolu değerlendirme formunun değil bunun yanında belli birtakım süre ve ceza şartları ile hâkim ve savcılarının ahlakı gidişleri, meslekî bilgi ve anlayışları, gayret ve çalışkanlıkları, gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları, çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin uygulanmasına ilişkin çalışmaları, göreve bağlılıkları ve devamları, üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen hâl kâğıtları ve sicil fişleri, kanun yolu incelemesinden geçen işleri, örnek karar ve mütalâaları ve varsa meslekî eser ve yazıları ile katıldıkları meslek içi ve uzmanlık eğitimleri gibi hususların da gözetilmesi gerekmektedir.

29. Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca kurulan Hakimler ve Savcılar Kurulunun görevleri anılan maddenin sekizinci fıkrasında "*Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme,*

geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.” şeklinde sayılmıştır. Hâkim ve savcılar hakkında derece yükselmeleri dâhil meslekte kalıp kalmamalarından terfi işlemlerine kadar tüm kararların Kurul tarafından alınacağı ve Kurulun da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olduğu Anayasa’nın anılan maddesinde belirtilmiştir.

30. Hâkim ve savcıların derece yükselmesinin şartları Kanun’un 21. maddesinde düzenlenmiş olup daha öncede ifade edildiği üzere hâkim ve savcıların derece yükselmesi için sadece hedef sürenin bir unsurunu oluşturduğu kanun yolu değerlendirme formu dikkate alınmamakta, bunun yanında belli birtakım süre ve ceza şartları ile diğer birçok unsur (bkz. § 31) birlikte değerlendirilmektedir. Bu değerlendirme, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olan Kurul tarafından yapılmaktadır. Kurul kararı sonucu derece yükselmesi yapamayan hâkim ve savcıların durumlarına itiraz etme ve yeniden inceleme talep etme hakları da bulunmaktadır.

31. Bu bağlamda, kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması ölçütünün kanun yolu değerlendirme formunun tek belirleyicisi olmadığı, hâkim ve savcıların derece yükselmelerinin aralarında kanun yolu değerlendirme formunun da bulunduğu birçok unsurun birlikte değerlendirilmesiyle yapıldığı, bu değerlendirmeyi yapmakla görevli Kurulun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olduğu gözetildiğinde hedef süreye ilişkin itiraz konusu kuralın hâkim ve savcılarının bağımsızlığını ihlal ettiği söylenemez. Ayrıca kuralda hedef sürelerin belirlenmesinde Kurulun görüşünün alınacağının belirtilmesi suretiyle Kurulun konuya ilişkin görüşlerinin Bakanlık tarafından gözetilmesi imkânı da sağlanmıştır. Bu nedenle kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle çelişen bir yönü de bulunmamaktadır.

32. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 2., 7., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal

Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

IV. HÜKÜM

24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 28. maddesinin yedinci fıkrasının "...kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 30/12/2021 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğu tarafından 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun (Kanun) 28. maddesinin yedinci fıkrasının "...kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. İtiraz konusu kural, hâkim ve savcılarının hukuki bilgi, uygulama ve performanslarının değerlendirilmesine yönelik olarak hazırlanan "kanun yolu değerlendirme formu"na ilişkin usul ve esasların belirlendiği 2802 sayılı Kanun'un 28. maddesinde yer almaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında "kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması" değerlendirme kriterlerinden biri olarak belirtilmiş, iptali istenen kuralla da bu hedef sürelerin Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılması adil yargılanma hakkının gereklerindendir. Bu amaca yönelik olarak ihdas edildiği anlaşılan hedef süre uygulamasının bu anlamda yerinde olduğu da söylenebilir. Ancak bir uygulamanın gerekli ve yerinde olması, onun Anayasa'ya uygun şekilde düzenlenmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

4. Bir yargılamanın tamamlanacağı sürenin belirlenmesine yönelik hususun yargılama usulüyle yakından ilgili olduğu açıktır. Bu sebeple, hedef sürelerin belirlenmesi doğrudan yargısal bir faaliyet olmamakla birlikte kişilerin temel haklarını etkileyen bir usul düzenlemesi mahiyetindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi makul sürede tamamlanmayan soruşturma, kovuşturma veya yargılamalar nedeniyle bir yandan adil yargılanma hakkının, diğer yandan etkili soruşturma/kovuşturma yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle başta yaşama hakkı olmak üzere birçok anayasal hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir.

5. Bu kapsamda yargılamanın makul sürede tamamlanması yargı mercilerinin görevlerinin başında gelmektedir. Ancak uyulması gereken bu makul sürenin ne olduğuna yürütme organının karar vermesi, Anayasa'nın 138. maddesinde güvenceye alınan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

6. Kuşkusuz hedef sürenin belirlenmesi, yargılamanın şu ya da bu yönde sonuçlanmasına yönelik bir müdahale değildir. Bu anlamda doğrudan hakimlin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkilediği de söylenemez. Bununla birlikte hedef sürenin yapılacak duruşma sayılarından duruşmaların ne sıklıkla yapılacağına, dinlenecek tanık sayısından bilirkişilere başvurulmasına kadar yargılama sürecine ilişkin birçok unsur etkileme potansiyeline sahip olduğu da izahtan varestedir. Bunu da son tahlilde değerlendirecek olan dosyanın sahibi konumundaki yargısal mercilerdir.

7. Diğer yandan yargısal tarafsızlık aynı zamanda görünüm meselesidir. Tarafsız olmak yeterli değildir, aynı zamanda tarafsız olunduğunun görülmesi ve gösterilmesi de gerekir. Bu bakımdan *hedef süre* belirleme yetkisinin yürütmenin parçası olan Adalet Bakanlığına verilmesi bağımsızlık ve tarafsızlık görünümünü ve algısını zedeleyebilecektir.

8. Bu noktada Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca hâkimlerin görevlerini kanuna uygun şekilde yapıp yapmadığını denetleme yetkisine sahip olan Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun (HSK) görüşünün alınmasının bu *görünümü* olumlu yönde etkileyebileceği söylenebilir. Lakin HSK'nın bu konudaki yetkisi "görüş" bildirmekten ibarettir. Adalet Bakanlığının hedef süreye karar verirken tavsiye niteliğindeki bu görüşe uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

9. Öte yandan Anayasa'nın 140. maddesi hâkim ve savcılarının özlük haklarının kanunla düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Kanun'un 21. maddesinde hâkimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinde hedef sürenin de içinde yer aldığı kanun yolu değerlendirme formlarının dikkate alınacağı belirtilmektedir. Derece yükselmelerinin hâkimler ve savcılarının aylıkları başta olmak üzere mesleki hayatları üzerindeki etkileri gözetildiğinde hedef süre düzenlemesinin özlük haklarıyla doğrudan bağlantılı olduğu, dolayısıyla kanunla düzenlenmesi gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

10. Anayasa Mahkemesinin hem norm denetiminde hem de bireysel başvuruda sıklıkla vurguladığı gibi bir konunun kanunla düzenlenmesi o konuda yalnızca bir kanun hükmünün bulunması anlamına gelmemektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti kanunların belirli ve öngörülebilir olmasını

gerektirmektedir. Aynı şekilde bir konuya ilişkin temel ilke ve esaslar belirlenmeden düzenleme yetkisinin yürütmeye bırakılması Anayasa'nın 7. maddesinde korunan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

11. İtiraz konusu kural hedef süreye ilişkin hiçbir esas, şart ve kriter belirlemeden bu konudaki yetkiyi yürütmeye bırakmaktadır. Bu nedenle kural belirlilik ve yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

12. Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 7., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden red yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2802 sayılı Kanunun 28. maddesinin incelemeye konu 7. fıkrasında kovuşturma ve yargılamanın tamamlanması için öngörülen *hedef sürelerin* Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. İncelenen kuralın yer aldığı madde ise ilk derece ve istinaf mahkemeleri hakim ve C. Savcılarının Yargıtay ve Danıştay kanun yolu incelemesinden geçen kararlar üzerinden ilgili hakim ve C. Savcısı hakkında *kanun yolu değerlendirme formu* düzenlenmesi öngörülmektedir. Maddenin 2. fıkrasında ilgili mahkeme kararı ve iddianamenin kanun yolu denetimi sonunda bu maddede belirtilen kriterler üzerinden Yargıtay ve Danıştay ilgili Dairesi tarafından hakim ya da C. Savcısı hakkında çok iyi, iyi, orta ve zayıf olarak nitelenen notların verilmesi öngörülmektedir.

2. Diğer taraftan 28. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu kriterler arasında “soruşturma, kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması” da yer almıştır. Dolayısıyla iptali istenen 7. fıkradaki kural aslında hakimlerin terfi ve dolayısıyla özlük haklarına ilişkin bir düzenlemenin parçasıdır. Bu nedenle konunun bu bütünlük içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan hakimlerin terfi sistemi içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte itiraz yoluna başvuran Mahkemenin

haklı olarak işaret ettiği gibi bu kural *mahkemelerin yargılama usulüyle* de ilgilidir. Davada soruşturma evresi inceleme dışında kaldığından buradaki değerlendirmeler yalnızca yargılama evresiyle ilgili olacaktır.

3. Öncelikle kuralın yargılama usulüne ilişkin hükümlerle bağlantısına değinilmelidir. Bilindiği gibi hukuk ya da ceza mahkemelerindeki yargılama usulü, süreler ve süreçler Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiştir. Mahkemelerin işleyiş ve uyuşmazlıkların çözüm şekilleriyle ilgili olan yargısal nitelikteki bu hususların Anayasanın 142. maddesi uyarınca *kanunla düzenlenmesi* zorunludur. Bu düzenlemelerin de Anayasanın 138-140. maddelerinde belirtilen mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine uygun olarak yapılması gerekmektedir. Ayrıca Anayasanın 140/3. maddesi uyarınca hakimlerin özlük haklarıyla ilgili düzenlemeler de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine göre kanunla düzenleneceği gibi hakimlik teminatı kapsamında özlük haklarının kanunlarca belirlenen ilke ve usuller çerçevesinde korunması işi Anayasanın 159. maddesi ile HSK'ya verilmiştir.

4. Konu hakimlerin özlük hakları kapsamında düzenlenmiş ise de Bakanlık tarafından yürürlüğe konulan Soruşturma, Kovuşturma Veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 7. maddesinin 2. fıkrasında ceza mahkemelerinde sanık, müdafî veya kanuni temsilcisine iddianameyle birlikte hedef süreyi gösterir belgenin de tebliğ edileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise *"Hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde, dava açılırken davacı veya vekiline tevzi bürosu tarafından UYAP üzerinden tanzim edilerek verilen tevzi formlarında hedef süre belirtilir. Davalı veya vekiline ise bu formlar dava dilekçesi ekinde gönderilir."* hükmü yer almıştır. Görüldüğü üzere hedef süreye uygunluk davanın tarafları, Bakanlık ve HSK tarafından denetleneceği gibi bu durum ayrıca hakimlinin terfisini olumlu veya olumsuz etkileyecektir. Bu kuralın hakimler üzerinde ne derecede baskı yaratacağını izaha ihtiyaç yoktur. Maksat davaların makul sürede karara bağlanmasını sağlamak ise anılan 28/2. maddede yer alan *"duruşmalara hazırlıksız çıkılarak gecikmeye neden olunması veya yargılamanın doğru zamanda yapılması"* gibi kriterlerin de aynı maksada yönelik olduğu belirtilmelidir. Sonuçta bu düzenlemeyle usul kanunlarında mahkemelerin işleyiş düzenine ilişkin var olan kurallara ayrıca hedef süreye uygunluk adı verilen yeni bir usul kuralı eklenmiştir.

Bu eklemenin kanunla yapıldığı için bir sorun oluşturmayaacağı ileri sürülebilir. Ne var ki hedef süre idare tarafından belirlenmektedir. Diğer yandan Anayasa'da hakimlerin özlük işleri ve haklarının hakimlik teminatı içinde yürütülmesi için kurulmuş olan HSK varken, hatta Anayasada mahkemelerin kurulması ve kaldırılmasına ilişkin tekliflerin dahi HSK tarafından karara bağlanması (AY m. 159/8) öngörülmüşken, hedef sürenin belirlenmesi işi Bakanlığa verilmiştir. Şu durumda incelenen kural bir yandan maddi bir usul kuralının diğer taraftan da hakimlerin özlük haklarına ilişkin bir kriterin doğrudan idare (Bakanlık) tarafından belirlenmesi sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle yasama alanına ilişkin bir yetkinin devri ve mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine aykırı olması (AY m. 7, 138-140) nedenleriyle kuralın iptali gerekmektedir.

5. İkinci olarak incelemeye konu 28. maddenin hakimlerin terfi sistemi ve özlük haklarını düzenlemesi nedeniyle 7. fıkranın madde bütünlüğü içerisindeki anlamı üzerinden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Maddede özetle hakimlerin kanun yolu denetiminden geçen kararları nedeniyle denetim yapan Yargıtay ve Danıştay Dairelerinin bu kararları maddede gösterilen kriterler etrafından bir değerlendirmeye tabi tutarak hakimlere mesleki başarıları anlamında *not* vermesi amaçlanmaktadır. Hakimlerin yargı sistemi içindeki temel ve vazgeçilmez rolü ve verdikleri kararların doğrudan adil yargılamayı veya diğer anayasal temel haklar üzerindeki etkileri karşısında hakimlik mesleğinin denetimsiz bırakılması düşünülemez. Fakat kuvvetler ayrılığı ilkesinin (AY m. 6-9) ve hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan yargı bağımsızlığı ilkesinin (AY m. 2, 138-141, 159) bir gereği olarak hakimlerin mesleki yönden denetiminin de belirtilen anayasal ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bilindiği gibi *mahkemelerin bağımsızlığının* en temel güvencesini *hakimlik teminatı* oluşturur. Hakimlerin mesleklerini yürütürken mahkemeler sistemi ile birlikte yasama organına, yürütme organına ve yargı sistemi içerisindeki diğer yargı organlarına karşı bağımsızlığının yasalarca güvence altına alınması Anayasal ilkelerin gereklerindendir. Bu anlamda hakimlerin özlük işleri hakkındaki tüm düzenlemelerin de Kanunla yapılması, idari bir merciin kararına tabi tutulmaması gerekmektedir.

6. Hakimlik teminatı bakımından hakimlerin diğer mahkemeler ve üst mahkemelere karşı bağımsızlığının sağlanması da önemli bir

hususudur. Hakimler yargılama fonksiyonlarını görürken kanunyolu denetimi yapan diğer bir hakim veya üst mahkeme karşısında da bağımsızlıklarını koruyabilmelidir. Mahkemelerdeki görevleriyle yargısal egemenliği (AY m. 6, 9) kullanan **hakimler arasında yargısal yetki kullanımı dolayısıyla üstlük-altlık ilişkisi kurulamaz**. Yalnızca bu şekilde yargının kendi iç yapısı ve örgütlenmesi yönünden bağımsızlığın korunduğu söylenebilir (Prof. Dr. Çetin Özek, Yargının İdari Denetimi, İÜHFM 1982, S. 1-4, s. 922). Başka deyişle kanunyolu denetimi yargılama usulüne ilişkin kanunların ve adil yargılanma hakkının bir gereği olmakla birlikte bu denetimin kararı incelenen hakim üzerinde üstlük-altlık ilişkisi kurulması biçiminde yapılması hakimlik teminatını zedeleyecektir. Elbette meslekteki uzmanlıkları ve birikimleri ile kanun yolu denetiminde yüksek mahkemelerin verdikleri kararların hukuki sorunların çözüm yöntemlerini gösterme, içtihat birliğini sağlama ve hatta öğreticilik gibi işlevleri bulunmaktadır. Fakat bir yargısal denetim yolunun aynı zamanda hakimnin mesleki performansını ölçen *başarı not sistemi* olarak kullanılması herşeyden önce kanunyolu sisteminin anayasal anlamına ve işlevine aykırıdır. Bu sistem, denetim yapan hakimlerin, kararını inceledikleri hakimler üzerinde *hiyerarşik bir ilişki* kurmasına neden olmaktadır. Bilindiği üzere idare hukukunda üst amir tarafından kullanılan hiyerarşik yetki; tayin, terfi, disiplin gibi işlemlerin tesisi yetkisini kapsar. Yargısal bir denetimde, terfi ve disiplin işleminde kullanılacak şekilde başarı notu verilmesi, denetim yapanı hiyerarşik amir konumuna getirmektedir. Öte yandan bu bir uygulama sorunu olmayıp, son derece objektif ve özenli bir not uygulaması yapılıyor olması da sistemin yargı bağımsızlığı üzerindeki etkisini ortadan kaldırmamaktadır. Diğer bir ifadeyle Kanunun 28. maddesindeki bu düzenleme sonucunda yüksek mahkeme dairesi hakimleri ile istinaf veya ilk derece mahkemesi hakimleri arasında hukuken hiyerarşik bir ilişki kurulmaktadır. Böyle bir durum Anayasal hakimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Hatta hakimler üzerinde bu yöntemle bir psikolojik baskı kurulması (hakimlerin not endişesiyle kendi hukuksal görüşlerini karara derç etmekten kaçınması) davanın taraflarının adil yargılanma haklarını da zedeleyebilecektir. Bu söylediklerimiz, temyiz denetiminden geçen kararların hakimlerin terfilerinde dikkate alınamayacağı anlamına gelmemektedir. Fakat temyiz denetiminin bir parçası olarak böyle bir sistemin kurulmasının anayasal ilkeleri ihlal ettiği açıktır. Kaldı ki bu sistem alternatifsiz de

değildir. Mahkemelerin tabi olduğu Uyap sisteminde tüm kararların elektronik kaydının bulunduğu gözetildiğinde terfilerle görevli Anayasal Kurum olan HSK'nın ilgili birimlerinin bu kararlardaki isabet derecesini terfi dönemleri öncesinde analiz etmesi çok güç olmasa gerektir.

7. Ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinin ulaştığı yüksek rakamlar karşısında hedef süre uygulaması gibi bir yöntemin yerinde olmadığı görüşü hiç de sevimli gelmeyecektir. Bununla birlikte hakimin mesleki performansında hedef süre gibi bir kriterin yer almasının yaratacağı baskı, usul kanunlarındaki yargısal süreçlerin izlenmemesi, pratik kaygılarla tarafların hukuki dinlenilme haklarının (HMK m. 27) veya sanığın savunma hakkının kısıtlanması gibi çeşitli usul ihlallerine neden olabileceği ve bunların da sonunda yargısal süreci uzatabileceği de ihtimaller içerisinde. Fakat bundan daha önemlisi sistemin usul kanunlarındaki adil yargılanma ilkelerini aşındırma etkisiyle ilgilidir. Nitekim 1981 tarihli Hukuk Kollokyumunda not sisteminin getirilmesini düşüncesini değerlendiren Prof. Eralp Özgen bu sistemin savunma hakkının kısıtlanmasına yol açabileceğine değinmiş ve böyle bir denetim yapılacaksa bile Yargıtay dışında yapılması gerektiğini ifade etmiş, yine Prof. Çetin Özek de temyiz denetimi üzerinden terfi sistemi kurulmasının yanlışlığına işaret etmiştir (bkz. Kollokyum tartışma bölümü; İÜHFİM 1982, S. 1-4, s. 999, 1004).

8. İptal istemine konu oluşturan 7. fıkranın aynı maddedeki temyiz denetimine bağlı performans başarı sisteminin bir parçası olduğu görülmektedir. Özünde mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ilkelerine aykırı olan düzenlemenin hedef süre uygulamasıyla birlikte belirtilen anayasal ilkelere aykırılık derecesini artırdığı görülmektedir. Hakimlerin terfilerinde önemli bir işlev görecektir olan hedef süre kriterinin kanunla düzenlenmesi yerine idarenin işlemine bırakılması, öte yandan bu işlemin hakimlik teminatını güvence altına almak üzere kurulmuş HSK yerine Bakanlık tasarrufu olarak düzenlenmiş olması yönleriyle de Anayasaya aykırılık söz konusudur. Belirtilen nedenlerle kuralın iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

2. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 28. maddesinin yedinci fıkrasının "... kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün iptalini istemiştir.

3. Bakılmakta olan dava sanığın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na muhalefetten cezalandırılması talebiyle açılanmıştır. Davadaki uyuşmazlığın konusunu ise sanığın icra ettiği iddia olunan fiilin 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinde düzenlenen suç tipine uygun olup olmadığı ve bu fiilin sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği oluşturmaktadır.

4. İptali istenen kural ise hâkim ve Cumhuriyet savcılarını için düzenlenen kanun yolu değerlendirme formunun oluşturulmasında dikkate alınması gereken "*soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması*" kriterinde belirtilen hedef sürenin nasıl belirleneceğini düzenlemektedir. Yargılamanın belirlenen hedef sürede tamamlanması somut olay kapsamında ceza mahkemesinin ilerleyişine bir etkisi bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile hedef sürenin yargılamadaki usul işlemlerinin yapıp yapılmaması üzerinde etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte hedef süre somut olayda iddia olunan fiilin sübutuna ilişkin yapılacak değerlendirmelerde de etkisi olan bir kural değildir. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralın bakılmakta

Norm Denetimi Seçme Kararlar (2021)

olan davada uyuşmazlığı olumlu ya da olumsuz yönde sona erdirecek bir kural olduğu söylenemez. Dolayısıyla itiraz konusu kural, başvuruda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural değildir.

5. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurala ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmesi düşüncesiyle, saygın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2802 sayılı Kanunun 28. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin Hakimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafınca belirleneceği düzenlemesi itiraz yolu ile Mahkememiz önüne gelmiş ve oyçokluğuyla Anayasaya uygun bulunmuştur.

2. Davaların makul bir sürede sonuçlandırılması Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu da hüküm altına alınmıştır. Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için hedef sürelerin öngörülmesin anılan maddelerdeki anayasal amaçların gerçekleşmesine katkı sağladığı kuşkusuzdur.

3. Kanunun 28. maddesinin ikinci fıkrasında kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması hâkim ve savcılar hakkında

kanun yolu değerlendirme formunun oluşturulmasında dikkate alınması gereken bir ölçü olduğu belirtilmiştir. Anılan maddede kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesine ilişkin esas ve usullere yer verilmiştir. Buna göre, Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmeliğin 3. maddesinde yer verildiği şekliyle kanun yolu değerlendirme formu kanun yolu incelemeleri neticesinde hâkim ve Cumhuriyet savcılarının dosyadaki hukuki bilgi, uygulama ve performanslarının değerlendirildiği belgedir. Kanunun 21. maddesi uyarınca kanun yolu değerlendirme formları hâkim ve savcıların derece yükselmelerinin yapılabilmesi için göz önüne alınması gereken hususlardan birini oluşturmaktadır. Sonuç itibarıyla bu form hâkim ve savcıların meslekte ilerlemelerine ve mesleki kariyerlerine, dolayısıyla özlük haklarına etki eden bir özelliğe sahiptir.

4. Anayasanın 140. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca hâkim ve savcıların meslekte ilerlemelerinin kanunla düzenlenmesi gereken bir konu olduğu açıktır. Kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler, bu madde uyarınca hâkim ve savcıların nitelikleri, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, meslekten çıkartılmayı gerektiren yetersizlik halleri ile diğer özlük işlerine yönelik bir düzenleme olduğundan bu sürelerin belirlenmesine ilişkin temel ilkelerin ve çerçevenin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi gerekir.

5. İtiraz konusu kuralla, hakimlerin derece yükselmelerinde esas alınan unsurlardan biri olan hedef sürenin düzenlenmesi konuya ilişkin temel ilkeler ve çerçeve kanunla belirlemeksizin tamamıyla yürütmenin bir parçası olan Adalet Bakanlığına bırakılmaktadır. Yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği Anayasanın 7. maddesinde güvence altına alınmıştır.

6. Mahkememize göre, “türevsel nitelikteki düzenleyici işlemler bakımından kural olarak kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle Anayasa’da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanması, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve

çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz” (AYM, E:2019/36, K.2021/15, 4/3/2021; AYM, E.2011/42, K.2013/60, 9/5/2013).

7. Yukarıdaki açıklamalar ışığında kuralın Anayasanın 7. ve 140. maddelerine aykırı olduğu açıktır. Kural, bu maddelerin yanı sıra, Anayasanın 2., 9. ve 138. maddeleriyle de uyarlılık taşımamaktadır. Şöyle ki; hedef sürelerin belirlenmesinin yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili bir durum olduğu gayet açıktır. İtiraz konusu kurala göre bu süreler HSK’nın görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca belirlenmektedir. Nihai karar verici olarak Bakanlık, HSK’nın görüşüne uymak zorunda değildir.

8. Yürütme erkinin bir parçası olarak Adalet Bakanlığı hedef süre uygulamasıyla davaların hangi sürede bitirilmesi gerektiği hususunda hakimler için bağlayıcı hedefler koymaktadır. Anayasanın 138. maddesine göre “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz...”. Benzer şekilde Anayasanın 9. maddesine göre “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.” Son olarak Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğu hüküm altına alınmıştır.

9. Bir üstte belirttiğimiz Anayasa maddeleri çerçevesinde de itiraz konusu kuralın, kuvvetler ayrılığı yönünden Anayasayla uyumlu olmadığı görülmektedir.

10. Kuvvetler ayrılığının negatif ve pozitif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Negatif anlamda hükümet gücünü sınırlama ve denetleme işlevini içerirken, pozitif manada da farklı kurumların işleyişini düzenlemektedir. İdeal bir dünyada erklerden beklenen kendi özerk alanlarına ilişkin işlevleri yerine getirirken diğer erklerin alanına müdahil olmaktan kaçınmalarıdır. Aslında kuvvetler ayrılığı, ayrılıktan ziyade devlet organları arasındaki farklılıkların vurgulanması, güçlerinin dengelenmesi ve bünyelerine uygun olmayan yetkileri kullanması ve

işlevlere sahip olmasının önüne geçilmesi anlamına gelmektedir. Her üç kuvvet de Anayasanın ve hukukun çizdiği sınırlar dahilinde işlevlerini yerine getirmek, yetkilerini kullanmakla mükelleftir ve bu açıdan hukuk devleti ile kuvvetler ayrılığı birbirini tamamlamaktadır.

11. Belirtilen gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasanın 2., 7., 9., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, çoğunluk kararına katılmak mümkün olmamıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

2802 sayılı Kanunun 28. maddesinin yedinci fıkrasının "... kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

Red kararının gerekçesinde; Anayasanın 140. maddesi uyarınca hâkim ve savcıların özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi gerektiği, ancak Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda da yasama organının temel kuralları belirledikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı, hâkim ve savcılarının özlük haklarına etki eden kanun yolu değerlendirme formunun düzenlenmesinde esas alınacak ölçütlerden biri olan hedef sürenin her bir kovuşturma ve yargılama türü açısından kanunla ayrı ayrı belirlenmesinin mümkün olmadığı, bu sürelerin idare tekniğine ilişkin bir konu olarak dinamik şekilde belirlenmesinin zorunlu olduğu, kanun yolu değerlendirme formuyla ilgili diğer konularda kapsamlı bir düzenlemenin bulunduğu ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması ölçütünün değerlendirme formunun tek belirleyicisi olmadığı da dikkate alındığında hedef sürelerin tespitine ilişkin hususların yürütmenin düzenleyici işlemlerine bırakılmasında Anayasa ile bağdaşmayan bir yön

bulunmadığı, ayrıca hedef sürelerin belirlenmesinde HSK'nın görüşünün alınacağını hükme bağlanması sebebiyle kuralın hâkimlik teminatı ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleriyle de çelişmediği belirtilmiştir.

2802 sayılı Kanunun iptali talep edilen kuralın da bulunduğu 28. maddesinde, Yargıtay ve Danıştayda yapılan kanun yolu incelemeleri sonunda ilgili hâkimler ve savcılar hakkında düzenlenecek kanun yolu değerlendirme formunda dikkate alınması gereken hususlar sayılarak bunlar arasında “kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması”na da yer verilmiş; son fıkrasında ise sözü edilen hedef sürelerin HSK'nın görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Kanunun “Derece yükselmesinin koşulları” başlıklı 21. maddesinde de, hâkimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinin yapılabilmesi için kanun yolu değerlendirme formlarının da gözönünde tutulacağı belirtilmiştir.

Derece yükselmesinin yapılmasına veya yapılmamasına ise Kanunun çeşitli maddelerinde bazı sonuçlar bağlanmıştır. Bunlardan biri, bir derecede iki, bir sınıfta üç defa yükselmeye layık görülmeyen hâkim ve savcılardan Kanunun 30. maddesine göre yapılacak değerlendirme sonucunda meslekte kalmaları uygun görülmeyenlerin görevlerine son verilebilmesidir. Ayrıca Kanunun 103. maddesinde düzenlenen aylık tablosunda hâkimler ve savcılar için ödenen aylık ve yargı ödeneği toplamından oluşan malî haklar, bunların bulunduğu sınıf ve dereceye göre belirlenmiş; Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilmek için aranan şartlar arasında birinci sınıfa ayrıldıktan sonra üç yıl daha başarılı görev yapmış olma da sayılmıştır.

Dolayısıyla, kanun yolu değerlendirme formu ve bu kapsamda mezkûr hedef süreler hâkimlerin ve savcıların meslekte ilerlemelerinde veya meslekten çıkarılmalarında yahut malî haklarının belirlenmesinde esas alınan unsurlar arasında yer aldığından, diğer hususların yanında bunların da mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesini öngören Anayasanın 140. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.

Başka bir anlatımla, hedef süreler, Anayasada kanunla düzenleneceği özel olarak hükme bağlanan hususlar arasında sayılmış olmasa da

yukarıda açıklanan sebeplerle kanunla düzenlenmelidir. Nitekim kanun yolu değerlendirme formu da Anayasada kanunla düzenleneceği açıkça belirtilen hususlar arasında yer almamasına rağmen, Anayasanın 140. maddesine uygun olarak Kanunun 28. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Anılan hedef sürelerin belirlenmesinin, makul sürede yargılanma hakkının korunması yönünden çok önemli olduğu tartışmasızdır. Bu sürelerin, hâkimlerin ve savcılarının yükselmelerinde gözönünde bulundurulacak kanun yolu değerlendirme formunda yer verilmesi gereken hususlar arasında sayılması da aynı sebeple kamu yararına uygundur ve yasama organının takdir yetkisi kapsamındadır.

Ancak kanunla düzenleme, hukuk devleti ile yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine de uyulmasını gerektirir. Kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde de, kanun hükümlerinin Anayasanın 2. ve 7. maddelerinde öngörülen bu ilkelere uygun olup olmadığı değerlendirilir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devletinin temel unsurlarından biri olan belirlilik ilkesi, kanunî düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüte ve şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılır, nesnel ve sınırlarının belirli olmasını, ayrıca keyfiliğe yol açmayacak bir içeriğinin bulunmasını gerektirmekte; hukukî güvenlik ilkesiyle bağlantılı olarak da normların öngörülebilir olmasını ve kanunda belirli bir kesinlik içinde hangi somut olgulara hangi sonuçların bağlandığının görülebilmesini zorunlu kılmaktadır (geniş açıklama için bkz. 3/6/2021 tarihli ve E.2020/9, K.2021/37 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Bu ilke uyarınca kanun hükümleri, ilgililerin bir işlem veya fiilin belirli şartlarda ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak ve kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanımayacak şekilde düzenlenmeli ve idareye verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulama usulü açık olarak belirlenmelidir.

Kuşkusuz -yukarıda belirtilen karşıoy gerekçemde de ifade edildiği üzere- kanunî düzenlemelerde, yukarıda açıklanan ilkelere ilişkin şartların aranması, bunlara uygun bir kanunî düzenleme yapılmadığı

takdirde yürütme organının mutlaka keyfî düzenlemeler yapacağı anlamına gelmediği gibi kanun hükmündeki belirsizlik hukukî güvenlik ilkesiyle bağdaşmayan sonuçlar da doğurmayabilir. Ancak Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olan bu ilkeler, Anayasaya uygunluk denetiminde, uygulamadan ve kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan düzenleyici işlemlerden bağımsız olarak, sadece kanun hükmü üzerinden değerlendirilir ve bu değerlendirmeye göre yürütmenin düzenleyici işlemlerinin dayanacağı, muhataplarınca öngörülebilir bir normun bulunup bulunmadığı belirlenir.

Anayasanın 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği hükme bağlanmakta; yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesini engellemeyen bu ilke kanunla düzenlenmesi gereken konularda genel ifadelerle değil, kanunla temel kuralların ve esasların belirlenmesinden ve konunun çerçevesinin çizilmesinden sonra ayrıntıların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasını gerektirmekte ve düzenleme konusunda bu şartlara uyulmadan çok geniş bir takdir yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır (geniş açıklama için bkz. 3/6/2021 tarihli ve E.2020/9, K.2021/37 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçem).

Yukarıda aktarılan anayasal ilkelere göre, kanunla düzenleme, konuya ilişkin bütün ayrıntılara kanunda yer verilmesini gerektirmemekle ve kuralların, özellikle de kanun hükümlerinin belli bir ölçüde soyutluk içermesinin kaçınılmaz olduğu tartışmasız olmakla birlikte, bir konudan kavramsal veya kurumsal olarak bahsedilmesinin yeterli olduğu anlamına da gelmemektedir. Anayasaya göre, kanunla düzenlenmesi gereken konularda genel ifadelerle yetinilmemesi, temel esasların belirlenmesinden ve konunun çerçevesinin çizilmesinden sonra ayrıntıların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması; kanun koyucunun tespit edeceği temel esaslar ile çezeceği çerçevenin de yürütme organının düzenleyeceği ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterecek nitelikte olması gerekmektedir.

İncelenen kuralda ise hiçbir esas öngörülmeden hedef sürelerin Bakanlıkça belirleneceği hükme bağlanarak bu konuyu düzenleme bakımından idareye çok geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Buna karşılık idarenin hangi ölçütleri esas alarak bu süreleri belirleyeceği mezkûr hükümde de Kanunun başka bir maddesinde de açık, anlaşılır

ve nesnel bir şekilde düzenlenmemiş ve bir çerçeve çizilmemiştir. Bu nedenle düzenleme, yorum ve değerlendirme farklılıklarına bağlı olarak keyfî uygulamalara yol açabilecek, başka bir ifadeyle belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık oluşturacak nitelikte olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Başka bir ifadeyle, mezkûr sürelerin yasama organı tarafından her bir dava türü açısından doğrudan kanunla ayrı ayrı belirlenmesi -uygulamada karşılaşılması muhtemel sorunlar sebebiyle- pratik olarak mümkün olmasa da, özellikle davaların türü, davacı, davalı, sanık ve müdahil sayısı gibi kriterler ile aynı tür davalardaki ortalama yargılama süreleri, hâkim sayısı, mevcut dosya sayıları ve verilen kararların bunlara oranı gibi hususların dikkate alınmasını öngören bir çerçeve çizilmeden, düzenleyecekleri değerlendirme formlarında bu konuda asıl değerlendirmeyi yapacak olan temyiz mercilerinin görüşleri de aranmadan ve ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterecek nitelikte hiçbir ilke getirilmeden hedef sürelerin Bakanlıkça belirlenmesinin öngörülmesinin, anayasal anlamda kanunla düzenleme zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılması için yeterli olduğu söylenemez. Dava konusu kural aynı sebeplerle, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına da uygun değildir.

Bu itibarla, dava konusu ibarenin Anayasanın 2., 7. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına karşıyım.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunun 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 1/7/2016 tarihli ve 6723 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 28. maddesinin yedinci fıkrasının "...kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki kanaatine katılmamaktayım.

2. Dava konusu kuralla kovuşturma ve yargılamaların hedef sürelerde tamamlanabilmesi için Hakimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından hedef sürelerin belirlenmesi

esasları getirilerek yargılama sürecindeki temel bir sorunun çözümüne yönelik bir politikanın hayata geçirilmesi amaçlanmaktadır.

3. Gerçekten de Türkiye’de yargılamaların uzun sürmesi adil yargılanma hakkı bağlamındaki en önemli sorunlardan birisi olarak görülmektedir. Yargının iş yükü yoğunluğu, hakim ve savcı sayısının yetersizliği, fiziksel imkanlarla ilgili sorunlar ve başka bazı faktörler uzun süren yargılama sorununun ortaya çıkmasında önemli etkenler olarak ortaya çıkmaktadır. Adil yargılanma hakkı bağlamında makul süreyi aşan yargılama süreleri sorunu Anayasa Mahkemesinin yapmış olduğu bireysel başvuru incelemelerinde de kendisini göstermekte olup, bugüne değin Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru ile ilgili istatistiklerinde makul sürede yargılanma hakkının ihlali açık ara biçimde halen ilk sırada yer almaya devam etmektedir.

4. Bu yönü ile bakıldığında adil yargılanma hakkı bağlamında makul sürede yargılanma hakkının tesis edilmesi amacıyla dava konusu kuralla kovuşturma ve yargılamanın tamamlanması için hedef sürelerin belirlenmesi fevkalade önemli ve gerekli adımlar olarak görülebilir. Ancak önemle ifade etmek gerekir ki yargılamadaki hedef süre adil yargılanma hakkının tesisi açısından sadece bir araç olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu konuya ilişkin reform çalışmalarında yargılamaların belirlenen hedef süre içinde sonuçlandırılması hiçbir zaman nihai bir amaç haline getirilmemelidir. Zira bir hukuk devletinde adil yargılanma hakkı bağlamındaki temel amaç, gerçekleştirilen yargılama sürecinin adil yargılanma hakkının tüm ilkelerine riayet edilerek sonuçlandırılması olmalıdır. Dolayısıyla hedef süre ile ilgili düzenleme yapılırken bu hususların dikkate alınması da önem arz etmektedir.

5. Bununla birlikte dava konusu kuralla ilgili Anayasa’ya uygunluk denetiminde ortaya çıkan temel sorun ise hedef sürenin belirlenmesi noktasında Kanun’da yer alan hükümler bağlamında kendisini göstermektedir. Dolayısıyla burada öncelikle ifade edilmesi gerekir ki dava konusu kuralın Anayasa’ya uygun olup olmadığının değerlendirilmesi ile yargılamadaki hedef sürenin gerekliliği birbiri ile karıştırılmamalıdır. Kanun koyucunun yargılamada hedef süre ile ilgili düzenleme yapması tek başına Anayasa’ya aykırılık teşkil etmez. Aksine yukarıda da ifade edildiği üzere Türkiye’deki uzun süren yargılamalar sorunu dikkate alındığında kanun koyucunun buna yönelik düzenlemeler yapması adil yargılanma hakkının etkili biçiminde

tesisi açısından fevkalade gerekli de görülebilir. Ancak dava konusu kuralla ilgili gerçekleştirilen Anayasa'ya uygunluk denetiminde böyle bir hususun denetime tabi tutulmamakta olduğunu özellikle ifade etmek gerekir.

6. İptali talep edilen hüküm sadece *“kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlen”*eceğini düzenlemektedir. “Hedef süre”ye 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda ayrıca *“Kanun yolu değerlendirme formu”* başlıklı 28. maddenin ikinci fıkrasında *“soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması”* şeklindeki kullanımla Yargıtay ve Danıştay daireleri ile genel kurullarınca yapılan kanun yolu incelemelerinde hakim ve savcıların değerlendirmeleri konusunda dikkate alınacak hususlar arasında yer verilmiştir. Bunun dışında Kanun’un başka hiçbir yerinde hedef süre ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir.

7. Dolayısıyla dava konusu kuralda da ifade edildiği üzere kovuşturma veya yargılamanın tamamlanması için öngörülen hedef süreler Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmektedir. Nitekim bu doğrultuda Adalet Bakanlığınca 23/6/2017 tarih ve 30105 sayılı Resmî Gazete’de Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

8. Mahkememiz çoğunluğu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşırken farklı aykırılık iddialarını toplu biçimde şu gerekçe ile özetleyerek reddetmiştir:

“Bu bağlamda, kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması ölçütünün kanun yolu değerlendirme formunun tek belirleyicisi olmadığı, hâkim ve savcıların derece yükselmelerinin aralarında kanun yolu değerlendirme formunun da bulunduğu birçok unsurun birlikte değerlendirilmesiyle yapıldığı, bu değerlendirmeyi yapmakla görevli Kurulun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına sahip olduğu gözetildiğinde hedef süreye ilişkin itiraz konusu kuralın hâkim ve savcılarının bağımsızlığını ihlal ettiği söylenemez. Ayrıca kuralda hedef sürelerin belirlenmesinde Kurulun görüşünün alınacağını belirtilmesi suretiyle Kurulun konuya ilişkin görüşlerinin Bakanlık tarafından gözetilmesi imkânı da sağlanmıştır. Bu nedenle kuralın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle çelişen bir yönü de bulunmamaktadır” (§ 31).

9. Öncelikle ifade edilmelidir ki Anayasa'ya uygunluğu bağlamında kuralın asıl sorunlu yönlerinden birisi hedef süre ile ilgili olarak başkaca bir hususa Kanun'da yer verilmeden bu konunun Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmesi noktasında kendisini göstermektedir. Zira hedef sürenin belirlenmesi, uygulanması ve takibi gibi değişik boyutlarına ilişkin hiçbir hususu ile ilgili olarak Kanun'da bir düzenlemeye yer verilmemektedir.

10. Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisini kullanan Türkiye Büyük Millet Meclisi, özellikle yargılama sürecini de ilgilendirdiği dikkate alındığında hedef süre gibi bir konuyu düzenlerken sadece bu konuya değinip temel çerçeveyi, kovuşturma ve yargılamadaki hedef süre konusunun usul ve esaslarını hiçbir şekilde belirlemeden bu alanda tümüyle idareyi yetkili kılan bir düzenleme yaptığında esasında kendisine ait olan yasama yetkisini devretmiş olmaktadır. Bu yönü ile kural yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini öngören Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

11. 2802 sayılı Kanun'un 28. maddesinin son fıkrasında dava konusu kovuşturma ve yargılamada hedef süre düzenlenirken maddede aynı zamanda *"kanun yolu değerlendirme formu"* ile ilgili değişik hususlara yer verilmiştir. Kovuşturma ve yargılamanın hedef sürede tamamlanması dahil kanun yolu değerlendirmesinde dikkate alınacak diğer hususlar da madde metninde yer almaktadır. Kanun'un 21. maddesinde hakimlik ve savcılık mesleğinde bulunanların derece yükselmelerinin yapılabilmesi için kanun yolu değerlendirme formlarının da göz önünde tutulacağı öngörülmekle esasında kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması da hakim ve savcılarının meslekte ilerlemeleri noktasında önemli bir kriter olarak belirlenmiş olmaktadır. Bu nedenle hedef sürelerle ilgili çerçevenin kanunla belirlenmemesi, kanunda hiçbir ilke ve esasa yer verilmeden bu konuyla ilgili tüm hususların belirlenmesinin idareye bırakılması aynı zamanda Anayasa'nın 140. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir._

12. Zira Anayasa'nın "Hakim ve savcılık mesleği" başlıklı 140. maddesinin üçüncü fıkrasında hakim ve savcılarının "meslekte ilerlemeleri"nin de mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Mesleki ilerlemeler konusunda kanun yolu değerlendirme formunun tek

belirleyicisi olmadığı aşikar olmakla birlikte burada yer alan “kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması” da hakim ve savcılarının meslekteki ilerlemeleri sürecinde dikkate alınacağına göre bu konunun ana hatlarıyla kanunda düzenlenmesi Anayasa’nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasının bir gereğidir.

13. Dolayısıyla ancak hakim ve savcılarının meslekteki ilerlemeleri ile doğrudan ilgili olan konuya ilişkin temel çerçevenin ve hedef süreye ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi durumunda uzmanlık gerektiren ve detaya ilişkin hususların idare tarafından düzenlenmesi yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilemez.

14. Önemle ifade etmek gerekir ki Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunda bu konuya ilişkin hiçbir belirleme yapılmaksızın genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa’da açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yasama organının temel kuralları belirledikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmenin türevsel nitelikteki işlemlerine bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz (Bkz.: AYM, E.2019/36, K.2021/15, 4/3/2021, § 57).

15. Dava konusu kuralın Anayasa’ya uygunluğu denetlenirken açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise kovuşturma veya yargılamalardaki hedef sürelerin “*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığı tarafından*” belirlenmesi konusunda ortaya çıkmaktadır. Adalet Bakanlığının idari bir niteliği sahip olduğu ve yürütme içerisinde yer aldığı, Hakimler ve Savcılar Kurulunun ise kendisine ait ayrı bir kamu tüzelkişiliği bulunan ve hakim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili olarak anayasal yetkilerle donatılmış, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yapan bir yüksek yargısal kurul olduğu dikkate alındığında burada dava konusu kuralın aynı zamanda Anayasa’nın 9. maddesine de aykırılık teşkil ettiği ifade edilmelidir. Zira dava konusu kurala göre bir yüksek yargısal kurul olarak Hakimler ve Savcılar Kurulunun sadece görüşü alınmakta, ancak kovuşturma ve yargılamalardaki hedef süreler nihai olarak Adalet Bakanlığı tarafından belirlenmektedir.

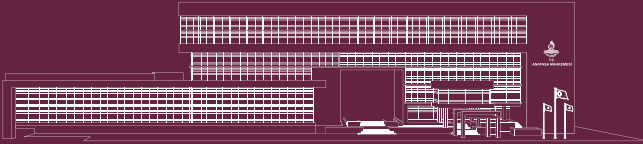
16. Dolayısıyla dava konusu kuraldaki bu düzenleme biçimi kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı açısından Anayasa’nın 9. maddesi

ile çalışmaktadır. Zira hedef süreleri belirlemeyi öngören dava konusu kural esasında uygulamada yargısal süreçleri ve yargı mensuplarının mesleki ilerlemelerini de etkileyen bir nitelik taşımaktadır. Kural bu yargısal süreçleri ve yargı mensuplarının mesleki ilerlemelerini etkileyebilecek niteliği bulunan hedef süreyi belirlemeyi Hakimler ve Savcılar Kurulu gibi bir yüksek yargısal kurula değil, Adalet Bakanlığı gibi idari bir birime vermektedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 7. ve 140. maddeleri yanında aynı zamanda 9. maddesine de aykırılık taşıdığı açıktır.

17. Hedef sürelerin belirlenmesinde inisiyatifin Hakimler ve Savcılar Kurulunda olması durumunda kuralın bu yönü ile Anayasa ile uyumlu olması söz konusu olabilirdi. Ancak hakim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili yetkilere sahip anayasal bir kurum olarak Hakimler ve Savcılar Kurulu mevcut iken, Anayasa'nın hiçbir hükmünden yargılama süreçleri ile doğrudan ilgili olan kovuşturma ve yargılamaadaki hedef sürenin belirlenmesi biçimdeki bir yetkinin Adalet Bakanlığına verilebileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Hakim ve savcılarının değerlendirilmesi ve mesleki ilerlemelerinde belli ölçüde etkisi olan hedef sürelerin belirlenmesinin yargısal sürece etkisi göz önünde tutulduğunda dava konusu kuralın Anayasa'nın öngördüğü kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılığı daha bariz biçimde kendisini göstermektedir.

18. Yukarıda sıralanan gerekçelerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 7., 9. ve 140. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatiyle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya / ANKARA

Tel : 0 312 463 73 00 • Faks : 0 312 463 74 00

E-posta : bilgi@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

www.anayasa.gov.tr

