

anayasa mahkemesi



Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

53/1 2016



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 53

1. Cilt

2016



Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-605-2378-03-8

2016 yılında Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi Kararlarının özgün
şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma
“karar numarasına” göre yapılmıştır.

Kütüphane ve Yayın Komisyonu

Engin YILDIRIM (Başkan)
Salim KÜÇÜK (Üye)
Abdullah TEKBAŞ (Üye)

Kitabı Yayına Hazırlayan

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No:4
06805 Çankaya / Ankara
Telefon:(312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt

Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçşileri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41 Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0312 394 48 63-64 Faks: 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr / epamat@hotmail.com / epamatbacilik@gmail.com

Baskı Tarihi:

Haziran, 2017

Dizinler

I- Alfabetik İndeks.....	575
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini	583
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler	593
IV- Anayasa Maddeleri Dizini	597

Esas Sayısı : 2014/86
Karar Sayısı : 2015/109
Karar Tarihi : 25.11.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY, Muharrem İNCE ile birlikte 120 milletvekili

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

- 1- Karacabey Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/84)
- 2- İstanbul 56. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/98)
- 3- Düzce 3. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/102)
- 4- Afyonkarahisar 2. Sulh Ceza Mahkemesi (E.2014/105)
- 5- Erciş Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/106)
- 6- Aydın 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/109)
- 7- Manisa 1. Sulh Ceza Mahkemesi (E.2014/110)
- 8- Sivas 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/111)
- 9- Ankara 12. İdare Mahkemesi (E.2014/125)
- 10- İstanbul 37. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/132)
- 11- Denizli 6. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/135)
- 12- Erzurum 1. Ağır Ceza Mahkemesi (E.2014/145)
- 13- Kocaeli 2. İdare Mahkemesi (E.2014/150)
- 14- Samsun 1. İdare Mahkemesi (E.2014/153)

DAVA ve İTİRAZLARIN KONUSU: 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 10. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin,

2- (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),"* biçimindeki (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

3- Değiştirilen (9) numaralı fıkrasının,

B- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin;

1- Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının,

2- Eklenen (2) numaralı fıkrasının,

3- Mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),"* biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

C- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin, değiştirilen (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

D- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin *"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),"* biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

2- Değiştirilen (2) numaralı fıkrasının,

E- 17. maddesiyle 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin,

F- 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin,

2- Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıcı, 2., 9., 10., 11., 13., 36., 37., 38., 125., 138., 140., 141. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesine eklenen (2) numaralı fıkra haricindeki kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6526 sayılı Kanun'un;

A- 10. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin;

1- Cümleler eklenen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

- a) Taşınmazlara,
- b) Kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına,
- c) Banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba,
- d) Gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara,
- e) Kıymetli evraka,
- f) Ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına,
- g) Kiralık kasa mevcutlarına,
- h) Diğer malvarlığı değerlerine,

Elkonulabilir. Somut olarak belirlenen Bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahi, elkoyma işlemi yapılabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 - 6526/10 md.) Bu madde kapsamında elkoyma kararı alınabilmesi için

ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.”

2- Yürürlükten kaldırılan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),” ibaresinin yer aldığı (10) numaralı bendin bulunduğu (2) numaralı fıkranın ilgili kısmı şöyledir:

“Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

- 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),*
- 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
- 3. Hırsızlık (madde 141, 142),*
- 4. Yağma (madde 148, 149),*
- 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),*
- 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),*
- 7. Hileli iflas (madde 161),*
- 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
- 9. Parada sahtecilik (madde 197),*
- 10. (Mülga: 21/2/2014 - 6526/10 md.)*
- 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
- 12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),*
- 13. Zimmet (madde 247),*
- 14. İrtikap (madde 250)*

15. Rüşvet (madde 252),

16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),

17. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

...

Hakkında uygulanır."

3- Değiştirilen (9) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu madde hükmüne göre elkoymaya ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır."

B- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin;

1- Değiştirilen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl mahkemenin onayına sunar ve mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır."

2- Eklenen (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcılarını gösterir belge veya rapor eklenir.”

3- Yürürlükten kaldırılan *“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),”* biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendin bulunduğu mevcut (8) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
8. Parada sahtecilik (madde 197),
9. (Mülga: 21/2/2014 - 6526/12 md.)
10. Fuhuş (madde 227),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Rüşvet (madde 252),
13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
14. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

15. *Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),*

16. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*

..."

C- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır."

D- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin;

1- Yürürlükten kaldırılan " Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendin bulunduğu (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),
4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
5. Parada sahtecilik (madde 197),

6. (Mülga:21/2/2014 - 6526/14 md.)
7. Fuhuş (madde 227)
8. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
9. Rüşvet (madde 252),
10. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),
11. Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),
12. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
13. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

Suçları.

..."

2- Değiştirilen (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Teknik araçlarla izlemeye ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır."

E- 17. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine eklenen cümleyi içeren (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. (Ek cümle: 21/2/2014 - 6526/17 md.) Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli

görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez.”

F- 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümleler şöyledir:

“Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.”

2- Değiştirilen (4) numaralı fıkrası şöyledir:

“Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, E.2014/98 sayılı dosyanın 14.5.2014 tarihinde, E.2014/102 sayılı dosyanın 28.5.2014 tarihinde, E.2014/105, E.2014/106, E.2014/110 ve E.2014/111 sayılı dosyaların 11.6.2014 tarihinde, E.2014/125 sayılı dosyanın 3.7.2014 tarihinde, E.2014/132 sayılı dosyanın 16.7.2014 tarihinde, E. 2014/135 sayılı dosyanın

23.7.2014 tarihinde, E.2014/145 sayılı dosyanın 25.9.2014 tarihinde ve E.2014/153 sayılı dosyanın 2.10.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2. E.2014/84 ve E.2014/86 sayılı dosyaların 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından esasa geçilmesine ve yürürlüğü durdurma taleplerinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

3. E.2014/109 sayılı dosyanın 11.6.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin,

a- 6526 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının;

aa- Birinci cümlesinde yer alan "...ve kovuşturmada...", "...veya sanığın..." ibarelerinin,

ab- "Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir..." biçimindeki dördüncü cümlesinin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

b- 6526 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklenen (2) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine, Zühtü ARSLAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

karar verilmiştir.

4. E.2014/150 sayılı dosyanın 2.10.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

5. İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemede bakılmakta olan dava, naklen atama işleminin iptaline ilişkindir. İtiraz konusu kuralda ise mahkeme kararlarının süresinde yerine getirilmemesi durumunda davanın idare aleyhine açılacağı düzenlenmektedir. İtiraz başvurusunda bulunan mahkemenin önünde bu sebebe dayanılarak açılmış bir dava bulunmamaktadır. Dolayısıyla 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrası

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural değildir.

6. Bu nedenle, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin;

a- 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkraya ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

b- (1) numaralı fıkrasına, 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen;

ba- Üçüncü cümlenin "... *dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir*" bölümünün,

bb- "*Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir.*" şeklindeki dördüncü cümlenin,

esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

III- BİRLEŞTİRME KARARLARI

7. E.2014/84 ve E.2014/98 sayılı dosyaların 14.5.2014 tarihinde, E.2014/102 sayılı dosyanın 28.5.2014 tarihinde, E.2014/105, E.2014/106, E.2014/109, E.2014/110 ve E.2014/111 sayılı dosyaların 11.6.2014 tarihinde, E.2014/125 sayılı dosyanın 3.7.2014 tarihinde, E.2014/132 sayılı dosyanın 16.7.2014 tarihinde, E.2014/135 sayılı dosyanın 23.7.2014 tarihinde, E.2014/145 sayılı dosyanın 25.9.2014 tarihinde, E.2014/150 ve E.2014/153 sayılı dosyaların 2.10.2014 tarihinde aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2014/86 sayılı dosyayla BİRLEŞTİRİLMESİNE ve esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2014/86 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

8. Dava dilekçesi, başvuru kararları ve ekleri, Raportör Hasan Mutlu ALTUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava ve itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 10. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 128. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

9. Dava dilekçesinde özetle, suçtan elde edilen değere ilişkin raporun, yürütme organına yakın ve bu nedenle objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları kendilerinden beklenilmeyen yargılama dışı kurumlardan alınacağıının öngörülmesinin soruşturmanın selâmetine zarar verici mahiyette olduğu, Cumhuriyet savcısının yetki alanını sınırlandırdığı ve soruşturmanın gizliliği prensibini ihlal ettiği, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine uygun olmadığı, el koyma tedbiri için alınması gerekli raporun beklenmesi sürecinde soruşturma konusu malvarlıklarının soruşturma ve kovuşturma makamlarından kaçırılma ihtimalinin bulunduğu, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

10. Dava konusu kuralla, sanık veya şüpheliye ait taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için ilgisine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınacağı, bu raporun en geç üç ay içinde hazırlanacağı, özel sebepler zorunlu kıldığında bu sürenin talep üzerine iki ay daha uzatılabileceği öngörülmektedir.

11. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

12. Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda buldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

13. Dava konusu kuralın yer aldığı madde gerekçesinde, uygulamada şüpheli ve sanıkların nakdi ya da aynı tüm hak ve alacakları ile malvarlığına suçtan elde edilip edilmediği araştırılmadan el konulduğu, oysa şüpheli veya sanıkların tüm malvarlıklarına değil sadece suçtan elde edildiği tespit edilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.

14. 6526 sayılı Kanun'un maddede yaptığı değişiklikle, taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanabilmesi bakımından suçun işlendiğine ve belirtilen değerlerin bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığının aranması koşulu getirilmiştir. Dava konusu kuralla ise söz konusu malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için ilgisine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu,

Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması öngörülmektedir. Kurulla, kendi görev alanlarıyla ilgili olarak uzmanlığı olan kurumlara, el koymaya konu malvarlığının ne kadarlık kısmının suçtan kaynaklandığının belirlenmesine yönelik rapor hazırlama görevi verilerek uygulamadaki sorunların çözümlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 62. maddesinde öngörüldüğü üzere, çözümü uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verilebileceğinden, söz konusu kurumlar tarafından rapor hazırlanmasının, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı ve kovuşturma aşamasında mahkemeler tarafından aynı konuda bilirkişi incelemesine başvurulabilmesine engel oluşturmadığı açıktır. Bu bağlamda kuralın, Cumhuriyet savcısının veya mahkemelerin sahip oldukları yetkilere ilişkin bir sınırlama teşkil ettiği söylenemez. Dolayısıyla dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

15. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

16. Kuralın Anayasa'nın Başlangıcıyla ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 10. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 128. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin (10) Numaralı Alt Bendinin Yürürlükten Kaldırılmasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

17. Dava dilekçesinde özetle, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarında taşınmazlara, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanmayacak olmasının bu suçla mücadeleyi olanaksız kılacağı, maddede sayılan diğer suçlar hakkında bu tedbir uygulanabilirken örgütlü suçların kapsam dışı olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, zira suç işleyen sanıklar ve şüpheliler arasında ayırım yapıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

18. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

19. Dava konusu kuralla, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait taşınmaz, hak, alacak ve diğer mal varlığı değerlerine el koyma işleminin yapılabileceği suçlar kapsamında, *"suç işlemek amacıyla örgüt kurma"* suçu çıkarılmıştır.

20. Bir soruşturma ya da kovuşturma sırasında taşınmazlara, hak ve alacaklara ve diğer mal varlığı değerlerine el koyma tedbirinin uygulanabilmesi için, soruşturulan veya kovuşturulan suçun, dava konusu kuralın da içerisinde bulunduğu fıkrada yazılı olan katalog suçlar listesinde bulunması zorunludur. Dava konusu düzenlemeyle *"suç işlemek amacıyla örgüt kurma"* suçu, katalog suçlar listesinden çıkarılmıştır.

21. 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'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

22. 6526 sayılı Kanun'un genel gerekçesiyle itiraz konusu kuralın yer aldığı madde gerekçesinde, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirlerinin hangi suçlar bakımından uygulanacağını Kanunda açıkça belirtildiği, ancak bazı soruşturmalarda sırf bu tedbirin uygulanabilmesi için soruşturmanın suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında başlatıldığı ve yürütüldüğü, dava konusu kuralla

bu tedbirlerin uygulanacağı suçlar arasından Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi çıkarılmak suretiyle, anılan madde kullanılarak katalogda bulunmayan suçlar bakımından bu tedbirlerin uygulanma ihtimalinin ortadan kaldırıldığı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun bu konuda sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında uygulamadaki sıkıntıları gidermeye yönelik olarak suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunu, taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanacağı suçlar arasından çıkardığı anlaşılmaktadır.

23. Suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunan kanun koyucunun, maddi gerçeğin hukuka uygun olarak ortaya çıkarılmasını sağlamak için düzenlediği dava konusu kuralın, hukukun temel ilkeleri gözetildiğinde Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü yoktur. İptal talebinin reddi gerekir.

24. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 10. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 128. Maddesinin Değiştirilen (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

25. Dava dilekçesinde özetle, daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilen taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koyma tedbirine ilişkin talepler hakkında karar verilebilmesi için dava konusu kuralla soruşturma ve davaların devam ettiği bir süreçte ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri koşulunun aranmasının kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülüklere tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebilmekte iken bir koruma tedbiri olan el koyma kararı verilebilmesi için oybirliği koşulunun aranmasının suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

27. Dava konusu kuralla, taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine el koymaya ağır ceza mahkemelerince oybirliği ile karar verileceği, itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de yine oybirliğinin aranacağı belirtilmiştir.

28. Anayasa'nın 37. maddesinde, *"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğurana yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."* denilmiştir.

29. 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.

30. Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri de içerisinde olmak üzere koruma tedbirlerine hangi mahkemeler tarafından karar verileceği, bu mahkemelerin inceleme usulleri ve kararların tek hâkimle ya da heyetle, oybirliğiyle ya da oyçokluğuyla verilmesi, itiraz üzerine nasıl bir yöntem izleneceği gibi konular, kanun koyucunun mahkemelerin kuruluşu, görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamındadır. Taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerleri bakımından el koyma tedbiri mülkiyet hakkının ve kişilerin ekonomik gelişiminin ağır biçimde ihlaline açık olan bir koruma tedbiridir. Bu nedenle kanun koyucunun, gereksiz el koyma tedbiri uygulanmasını önlemek amacıyla bu taleplerin daha iyi bir biçimde araştırılmasını sağlamak için karar sürecini diğer tedbirlerden farklı bir yöntem çerçevesinde ve ayrı olarak düzenlediği anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu tedbirin uygulanmasının toplumsal yansıması ve etkilerinin diğer koruma tedbirlerinden daha büyük ve uzun süreli olabilme ihtimalinin de bu tedbir kararının alınması bakımından ayrı bir usulün öngörülmesini gerektirdiği açıktır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından söz konusu tedbir ile ilgili taleplerin inceleneceği mahkemelere ve bu

mahkemelerde uygulanacak yargılama usullerine ilişkin özel düzenlemeler getirilmesinde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

31. Diğer yandan ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklindeki kural yeni bir mahkeme kurulması niteliğinde olmayıp, Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte taşınmazlar, hak ve alacaklar ve diğer malvarlığı değerleriyle ilgili el koyma kararlarının verilmesine ilişkin yetki ve koşullar ile hangi merci tarafından verileceğini düzenlemektedir. Bu yönüyle kuralın, kanuni hâkim ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

32. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 37. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

33. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 12. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 135. Maddesinin Değiştirilen (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin ve İtirazların Gerekçesi

34. Dava dilekçesinde özetle, iletişimin denetlenmesi tedbirlerine ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklindeki düzenlemenin kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, aynı konuda daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilmekte iken soruşturma ve davaların devam ettiği süreçte böyle bir değişikliğe gidilemeyeceği, bunun yanında birer koruma tedbiri olan iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri için üç kişilik heyet oybirliğiyle karar verirken, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülöklere tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebildiği, bu durumun suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

35. İtiraz başvurularında ise özetle, kuralla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurmanın neredeyse imkânsızlaştığı ve bu nedenle şüpheliler ve sanıklar hakkında delil elde edilemeyeceği, bu durumyla kuralın hukuk devleti ve adil yargılanma ilkeleriyle çeliştiği, başka tedbirlere tek

hâkim tarafından karar verilebilirken bu tedbire ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermesinin kabul edilmesinin kişiler arasında eşitsizlik yaratacağı, aynı zamanda yargılama sürecinin de uzayacağı, bu nedenle hak arama özgürlüğü gerektiği gibi kullanılmayacağı gibi davaların en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasının da mümkün olamayacağı, derdest bir davada görevli ve yetkili olmayan bir mahkemenin karar verme mercii olarak belirlenmesinin ve başka bir mahkeme tarafından karar verilen koruma tedbiriyle elde edilen deliller çerçevesinde yargılama yapılmasının mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37., 38., 138., 140., 141. ve 142. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

36. Kuralda yer alan "*tespit edilebilir,*" ibaresi, 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42. maddesiyle madde metninden çıkarıldığından, konusu kalmayan bu ibareye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

37. İtiraz başvuruları yönünden ise 6572 sayılı Kanun'un 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesine (6) numaralı fıkra eklenerek bu işlemler için soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından karar verileceği öngörülmüştür. Böylece soruşturma aşamasında iletişimin tespitine ihtiyaç duyulduğunda bu karar sulh ceza hâkimliği, kovuşturma aşamasında ise dava hangi mahkemede görülmekte ise o mahkeme tarafından verileceğinden ağır ceza mahkemeleri tarafından oybirliğiyle karar verilmesi koşulu kaldırılmıştır. Bu bağlamda başvuru kararlarında ileri sürülen iletişimin tespit edilebilmesi yönündeki Anayasa'ya aykırılık iddiası ortadan kalktığından itiraz başvuruları yönünden de konusu kalmayan "*tespit edilebilir,*" ibaresi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

38. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kuralın "*tespit edilebilir,*" ibaresi dışında kalan bölümü ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

39. Dava ve itiraz konusu kuralla, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği, Cumhuriyet savcısının kararını derhâl mahkemenin onayına sunacağı ve mahkemenin, kararını en geç yirmi dört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı, bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verileceği, itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliğinin aranacağı öngörülmektedir. Kuralla, kuralın gerekçesinde de ifade edildiği gibi koruma tedbirleri bakımından öngörülen sisteme paralellik sağlandığı ve iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine karar verilebilmesinin, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına bağlandığı anlaşılmaktadır.

40. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" başlığını taşıyan 20. maddesinde, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" kuralına yer verilmiştir.

41. Anayasa'nın 22. maddesinde bir özgürlük olarak güvenceye alınan haberleşme, kişilerin özel hayatlarının bir parçasıdır. Haberleşme özgürlüğünün kullanılması demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen bu sınırlamalar hakların özüne dokunamaz, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ceza yargılamasında iletişimin hukuka uygun olarak denetlenebilmesinin temel koşulu, kuralın Anayasa'nın 22. maddesine uygun şekilde düzenlenmesidir.

42. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*"

denilerek, yargılama maliyetinin en düşük şekilde olmasının ve bu sürecin mümkün olan en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilmesinin, yargının görevlerinden olduğunun altı çizilmiştir.

43. Hak arama özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan en az giderle ve en süratli şekilde sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.

44. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

45. Özel hayat, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. Kişilerin iletişimlerinin dinlenmesi, kayda alınması gibi veri toplama biçimindeki faaliyetlerin özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturduğu açıktır. Bunun yanında iletişimin denetlenmesi, kişilerin haberleşme özgürlüğüne de müdahale gerektiren bir tedbirdir. Kişilerin haberleşme özgürlüğünün güvence altına alınması ise toplumsal bir ihtiyaçtır. İletişimin denetlenmesi tedbirinin gereksiz durumlarda uygulanması bir yana, kamuoyunda böyle bir algının yerleşmesi dahi kişilerin kendilerini özgür hissetmemeleri ve diğer bireylerle rahatlıkla iletişim kurmaktan çekinmeleri için yeterlidir.

46. Tedbir kararının alınması yönündeki uygulamanın dava sürecinin uzamasına yol açacağı düşünülebilirse de kuralın, hukuk devleti ilkesinin, özel hayatın gizliliğinin ve haberleşme özgürlüğünün daha etkin biçimde korunmasını amaçladığı dikkate alındığında yargılamanın en az

giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasına engel olduğu söylenemez.

47. Bunun yanında ceza yargılamasında bazı mahkemeler belirli işlemler konusunda yetkilendirilebilir. Bu kapsamda tedbir kararını vermeye ağır ceza mahkemelerinin yetkili kılınmasının da Kanun'da yer alan "tutuklamaya itiraz incelemesi", "reddi hâkim talebinin incelenmesi" gibi bazı yargılama işlemleri bakımından mahkemeler arasındaki işbölümü kurallarına göre öngörülen bir yetki düzenlemesi şeklinde değerlendirilmesi gerekir. Tedbir konusunda karar verme işlemleri tamamlandıktan sonra, toplanan delillere göre sanık veya sanıklar hakkında hükmü verecek olan yine asıl mahkemesidir. Dolayısıyla yargılama sürecindeki bazı işlemlerin yürütülmesi için yapılan böyle bir yetkilendirme, kanuni hâkim ilkesine aykırı olmadığı gibi mahkemelerin bağımsızlığına müdahale olarak da değerlendirilemez.

48. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 20., 22., 36., 37., 138. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

49. Kuralın Anayasa'nın 9., 10., 11., 38., 140. ve 142. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 12. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 135. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İtirazın Gerekçesi

50. Başvuru kararında özetle, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanmasına ilişkin talebe konu kimlik bilgilerinin taleple birlikte sunulmasını öngören kuralın Anayasa'nın 11., 37. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

51. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 20. ve 22. maddeleri yönünden incelenmiştir.

52. İtiraz konusu kuralla, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinden biriyle ilgili olarak merciinden bir talepte bulunulurken, hakkında tedbir

kararı istenen hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa hattın kullanıcıını gösterir belge veya rapor eklenmesi öngörülmektedir.

53. Özel hayata ve kişilerin haberleşme özgürlüklerine müdahale içeren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu özgürlüklerini kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hale getirilebilir.

54. İtiraz başvurusuna konu kuralın gerekçesi, *“talepte bulunanlar ve karar mercilerinin, iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması bakımından daha titiz bir araştırma yapmasının temini”* olarak gösterilmiştir. Böylelikle, suçla ilgisi olmayan başka kişilerin iletişiminin dinlenmesi ve kayda alınmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın hukuk güvenliği, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünü koruma altına almaya yönelik olduğu hususunda kuşku yoktur. Dolayısıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında ortaya çıkan haksızlıkları gidermek üzere öngörüldüğü açık olan itiraz konusu kuralda, Anayasa’ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

55. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

56. Kuralın Anayasa’nın 11., 37. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun’un 12. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun’un 135. Maddesinin Mevcut (8) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),” Biçimindeki Mevcut (9) Numaralı Alt Bendinin Yürürlükten Kaldırılmasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

57. Dava dilekçesinde özetle, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarında iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanamayacak olmasının bu suçla mücadeleyi olanaksız kılacağı, maddede sayılan diğer suçlar hakkında bu tedbir uygulanabilirken örgütlü suçların kapsam dışı

olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun katalog suçlar listesinden çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

58. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 20. ve 22. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

59. Dava konusu kuralla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları iletişiminin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin katalog suçlar listesinden çıkartılmıştır.

60. Özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne müdahale içeren iletişimin denetlenmesi tedbiri, sadece yürürlükten kaldırılan alt bendin de içerisinde bulunduğu fıkrada yazılı olan katalog suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Buna karşın geçmiş uygulamada çok değişik suçların, katalog suçlardan olmamakla birlikte, örgüt kapsamında işlendikleri gerekçesiyle iletişimin denetlenmesi tedbirine konu edildiği görülmüştür. Bu durum ise salt maddi gerçekliğe ulaşmak adına hukuka aykırı yöntemler uygulanmak suretiyle özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne dolaylı müdahale edilmesi niteliğindedir. Böyle bir müdahale hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Bu müdahaleyi bertaraf etmek üzere öngörüldüğü açık olan kuralla suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarının katalog suçlar arasından çıkarılması yoluyla hukuka aykırılık içeren bir soruşturma usulünün uygulanmasına engel olunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu durum hukuk devletinde kanun koyucunun ihtiyaç duyulan düzenlemeleri yapmak konusundaki takdir yetkisi kapsamındadır. Bu yönüyle kuralda hukuk devleti ilkesine, özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

61. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

62. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 13. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 139. Maddesinin Değiştirilen (1) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

63. Dava dilekçesinde özetle, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin taleplerle ilgili olarak daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilirken, soruşturma ve davaların devam ettiği bir süreçte ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklinde düzenleme yapılmasının kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, bunun yanında bir koruma tedbiri olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi için üç kişilik heyet oybirliğiyle karar verirken, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülüklere tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebildiği, bu durumun suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek, bu yönüyle kuralın Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

64. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

65. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkrada, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebileceği düzenlenmektedir. Dava konusu kuralla ise bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verileceği ve itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliği koşulunun aranacağı öngörülmektedir.

66. Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (9) numaralı fıkrası ve Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (1) numaralı fıkrasının incelenmesi sırasında belirtilen gerekçeler bu kural için de geçerli olup kuralın, hukuk devletinde kanun koyucunun ceza yargılaması alanında ihtiyaç duyulan bir düzenlemeyi yapmasına ilişkin takdir yetkisi kapsamında olduğunda

kuşku bulunmamaktadır. Bu yönüyle kuralda hukuk devleti ve kanuni hâkim ilkelerine aykırı bir yön yoktur.

67. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 37. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

68. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 14. Maddesiyle Değiştirilen 5271 Sayılı Kanun'un 140. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin " Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," Biçimindeki Mevcut (6) Numaralı Alt Bendinin Yürürlükten Kaldırılmasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

69. Dava dilekçesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçlarında teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanamayacak olmasının bu suçla mücadeleyi olanaksız kılacağı, maddede sayılan diğer suçlar hakkında bu tedbir uygulanabilirken örgütlü suçların kapsam dışı olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun katalog suçlar listesinden çıkarılmasına ilişkin kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

70. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmiştir.

71. Dava konusu kuralla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçları; teknik araçlarla izleme tedbirinin uygulanmasına ilişkin katalog suçlar listesinden çıkartılmıştır.

72. Kanun'un 10. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin ve Kanun'un 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının incelenmesi sırasında belirtilen gerekçeler bu kural için de aynen geçerli olup, kural, hukuk devletinde kanun

koyucunun ceza yargılaması alanında ihtiyaç duyulan bir düzenlemeyi yapmasına ilişkin takdir yetkisi kapsamındadır. Bu yönüyle kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön yoktur.

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

74. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 14. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 140. Maddesinin Değiştirilen (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

75. Dava dilekçesinde özetle, teknik araçlarla izleme tedbirine ilişkin taleplerle ilgili olarak daha önce tek hâkim tarafından karar verilebilirken, soruşturma ve davaların devam ettiği bir süreçte ağır ceza mahkemelerinin oybirliğiyle karar vermeleri şeklinde düzenleme yapılmasının kanuni hâkim ilkesiyle çeliştiği, bunun yanında bir koruma tedbiri olan teknik araçlarla izleme için üç kişilik heyet oybirliğiyle karar verirken, çok daha ağır sonuçları olan hükümlülüklerle tek hâkimle ya da heyetin oyçokluğuyla karar verilebildiği, bu durumun suç failleri yönünden eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

76. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

77. Dava konusu kuralla teknik araçlarla izleme tedbirine ağır ceza mahkemeleri tarafından oybirliğiyle karar verileceği, itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliğinin aranacağı öngörülmüştür.

78. Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ve Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 139.

maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçeler bu kural için de aynen geçerli olup kural, hukuk devletinde kanun koyucunun ceza yargılaması alanında ihtiyaç duyulan bir düzenlemeyi yapmasına ilişkin takdir yetkisi kapsamındadır. Bu yönüyle kuralda hukuk devleti ve kanuni hâkim ilkelerine aykırı bir yön yoktur.

79. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 37. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

80. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 17. Maddesiyle 2577 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

1- İptal Talebinin ve İtirazın Gerekçesi

81. Dava dilekçesinde özetle, bazı idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemlerden sayılmamasını öngören kuralın hak arama özgürlüğünü sınırladığı, bu yolla yargı denetimini ve adaletin gerçekleştirilmesini engellediği, bunun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar verme yetkisinin, Anayasa'da sayılan durumlar dışında ve ölçülü olmayan bir koşulla sınırlandırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

82. Başvuru kararında ise özetle, telafisi güç veya imkânsız durumlarda hukuka aykırılığı açıkça belirlenebilen idari işlemlerin yürütmesinin durdurulmasının Anayasa'da tanınan bir yetki olduğu, bu yetkinin bireylerin idare karşısında haklarını korumaları bakımından etkili bir şekilde kullanılabilmesi gerektiği, ancak bir kısım idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenen işlem özelliğinin kanunla kaldırılmasının bu işlemler bakımından yürütmenin durdurulması kararını fiilen etkisiz duruma getirdiği, bu yönüyle kuralın hukuk devleti ilkesiyle ve yürütmenin durdurulması kararının Anayasa'daki düzenleniş amacıyla geliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

83. Dava ve itiraz konusu kuralla, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmayacağı öngörülmüştür.

84. 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 da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir.

85. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmüne yer verilmiştir.

86. Anayasa'nın 125. maddesine göre, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için, *"idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması"* ve *"uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara neden olacak nitelikte bulunması"* koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Maddede hangi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği belirtildiği gibi *"...Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir."* denilmek suretiyle hangi hâllerde yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceği de gösterilmiştir.

87. 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, yürütmenin durdurulması kararlarının kural olarak idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra verilebileceği, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesinin

ise savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabileceği belirtilmektedir.

88. Dava ve itiraz konusu kuralla, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemlerin uygulanmakla etkisi tüenecek idari işlemlerden sayılmayacağı öngörülmektedir. Kuralla, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere idarenin savunması alınmaksızın da yürütmenin durdurulması kararı verilebilen, uygulanmakla etkisi tüenecek olan idari işlemlere, kamu görevlileri hakkında tesis edilen işlemler bakımından farklı bir uygulama öngörülmüştür. Bu idari işlemler hakkında yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi, ancak idarenin savunmasının alınması halinde mümkün olabilecek, aksi halde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecektir. Yürütmenin durdurulmasına karar verilecek durumları ve hangi hâllerde yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceğini gösteren Anayasa'nın 125. maddesi mutlak bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu bağlamda sadece kamu görevlilerinin, atama ve unvan değişikliği ve görevlendirme gibi işlemlerin, uygulanmakla etkisi tüenecek işlemlerden olmayacağını öngören kuralın, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen koşulları değiştiren veya bu koşullara aykırılık teşkil eden bir düzenleme olmayıp, idareye, yöneltilen bir iddia karşısında kendisini savunabilme imkânı sağlayan bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

89. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer

verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

90. Demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlükler yönünden serbestlik asıl, sınırlama ise istisnadır. Anayasalar temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve ne ölçüde sınırlandırılabilceğini belirlemektedir. Bu anlamda, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

91. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmasının yanında bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yoludur. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin ve çağdaş demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biridir.

92. İdari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, kişilerin hak arama özgürlüklerini etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan önemli bir imkân olup bu imkânı ortadan kaldıran veya etkisiz hale getiren bir düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir.

93. Bu çerçevede kuralda, idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek idari işlemler, kamu görevlilerinin atanması, unvan değişikliği ve görevlendirilmesi gibi idari işlemler şeklinde belirlenmiştir. Söz konusu işlemlerin mahiyeti itibarıyla sadece idarenin savunmasının alınması için gerekli süre nedeniyle meydana gelebilecek gecikmeden dolayı uygulanmakla etkisi tükenecek

işlemler kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Ayrıca Kanun'un 27. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre yürütmenin durdurulması talepli davalarda Kanun'un 16. maddesinde yazılı süreler kısaltılabileceği gibi tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilmektedir. Bu bağlamda, idarenin savunmasının alınması nedeniyle meydana gelebilecek gecikmenin en aza indirilmesi için gerekli düzenlemelerin bulunduğu da dikkate alındığında, kuralın söz konusu işlemler hakkında verilebilecek yürütmenin durdurulması kararlarını etkisiz hale getirecek ya da ortadan kaldıracak nitelikte bulunduğu söylenemez. Dolayısıyla söz konusu işlemler yönünden kuralla getirilen sınırlamanın açıkça ölçsüz olduğu söylenemeyeceğinden kuralda hak arama hürriyetine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

94. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

95. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

96. Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 18. Maddesiyle 2577 Sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

1- İptal Talebinin ve İtirazların Gerekçesi

97. Dava dilekçesinde özetle, hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, mahkemece verilen yürütmenin durdurulması kararının uygulanma imkânının kalmayacağı, uygulamada idare tarafından boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemeyle yargı kararlarının uygulanmasının etkisiz kalacağı, bu durumun hukuk devleti ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkeleri ile idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu kuralına aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

98. Başvuru kararlarında ise özetle, kamu görevlilerinin atanmaları, terfi işlemleri ve yer değiştirmeleri gibi işlemlere ilişkin olarak yapılan düzenlemenin, idari yargı yerlerine açılan davalarda verilen kararların yerine getirilmemesi sonucunu doğuracağı, bu durumun hukuk devletinde mahkeme kararlarının uygulanmasının zorunluluğu ilkesiyle çeliştiği, ayrıca kuralların kamu görevlileri arasında eşitsizliğe neden olacağı, hakkın özünü ihlal ettiği ve ölçüsüz bir düzenleme olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 13., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

99. Dava konusu cümleler, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 97. maddesiyle değiştirildiğinden, iptal davası bakımından konusu kalmayan cümlelere ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekteyse de dava konusu cümlelerin esası itiraz yoluna başvuran mahkemeler yönünden incelenmiştir.

100. İtiraz konusu üçüncü cümleyle, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği düzenlenmektedir. İtiraz konusu dördüncü cümleyle, eski kadro ile atanılan yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu farkın 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödeneceği belirtilmektedir.

101. İdare hukukunda verilen iptal kararlarında dava konusu idari işlemin, tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verilmekte, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliği sağlanmaktadır. Böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan

idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı da bir tedbir olarak geçici süreyle aynı korumayı sağlar.

102. Hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu bir sistemi ifade etmekte olup devletin hukuk kurallarına bağlılığını sağlayacak en önemli mekanizma, idarenin yargısal denetimidir. İdare karşısında bireylerin hak arama özgürlüğünü kullanmaları, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasına bağlı olmakla birlikte bu husus, tek başına hukuk devleti ilkesi bakımından yeterli değildir. Hukuk devletinin gerçekleşmesi için aynı zamanda idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunması zorunludur. İdarenin, yargı kararlarını uygulamaması durumunda, hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilemez.

103. Anayasa'nın 138. maddesine göre yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Buna göre, idare bağlı yetkiye sahiptir. İdarenin, yargı kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bunun yanında idare, yargı kararını uygulamayı herhangi bir koşula da bağlayamaz. Aksine bir yaklaşım, iptal kararı ile ortadan kaldırılan işlemin sonuçlarını geçerli kılmak anlamına gelir. İdare iptal kararının gereğine göre yeni bir işlem yapmak ve iptal edilen işlemde doğan sonuçları ortadan kaldırmakla görevlidir. İdarenin başkaca bir tercih ve takdir hakkı yoktur.

104. Kuşkusuz, ilgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek ve yargı kararı ile dava konusu işlemin hukuka aykırılığının tespiti halinde önceki görevlerine dönebilmektir. Oysa itiraz konusu kurullarla yargı kararlarının uygulanması "*kadronun boş olması*" koşuluna bağlanmıştır. Uygulamada ise söz konusu kadroların boş bırakılmama, bu kadroların söz konusu işlemler sonrası diğer kamu görevlileriyle doldurulma ihtimali çok yüksektir. Bu durumda yargı kararıyla dava konusu işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş olsa bile kadro

boş olmadığından bu karar uygulanamayacaktır. Dolayısıyla yargı kararlarının uygulanmasının bu şekilde kadronun boş olması koşuluna bağlanmış olması hak arama özgürlüğünü etkisiz hale getiren ölçüsüz bir sınırlamadır. Kural idarenin yargısal denetimini ve hak arama özgürlüğünü etkisiz bırakacağından, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi idarenin bütün işlemlerinin yargı yoluyla denetlenmesi ve yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkelerini de ihlal etmektedir.

105. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu üçüncü cümle Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

106. İtiraz konusu üçüncü cümle Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edildiğinden, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince uygulama kabiliyeti kalmayan itiraz konusu dördüncü cümlelerin de iptali gerekir.

107. Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu sonuca değişik gerekçeyle katılmışlardır.

108. Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

109. Kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. ve 125. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

L- Kanun'un 18. Maddesiyle 2577 Sayılı Kanun'un 28. Maddesinin Değiştirilen (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

110. Dava dilekçesinde özetle, yargı kararlarına uymamanın ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru olduğu, kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını keyfi olarak yerine getirmemelerinin önüne geçen koruyucu mekanizmayı ortadan kaldıran kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

111. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 129. maddesi yönünden incelenmiştir.

112. Dava konusu kural, mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi durumunda, tazminat davasının ancak ilgili idare aleyhine açılabileceğini düzenlemektedir.

113. Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" hükmü yer almakta olup, maddenin gerekçesinde bu husus "*İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır.*" şeklinde belirtilmiştir.

114. Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre, "*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.*" Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak, kusurlarıyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa'nın 129. maddesi uğranılan idari zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, "*Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

115. Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararına uymak zorunda oldukları, mahkeme kararlarını hiçbir şekilde değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri belirtilmiştir. İdari yargı kararlarının süresi içinde yerine getirilmemesi halinde tazminat davasının ancak idare aleyhine açılabilecek olması, kararı uygulamayan kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Anayasa

koyucunun, kamu görevlisinin kusurunun niteliğine bakmaksızın bu kusurun ilgili kamu görevlisine ait bir yetkinin kullanılması sırasında işlenmesini esas alması ve kamu görevlilerinin söz konusu kusurlarından dolayı ancak idare aleyhine dava açılabileceğini kabul etmesi, idare ile arasındaki rücu ilişkisi dolayısıyla ilgili kamu görevlisinin hukuki sorumluluğunu sona erdirmemektedir. Öte yandan idarenin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurdan doğan zararın tazmini ile yükümlü kılınmasının, kamu görevlilerinin hükmedilen tazminat miktarını tam ve zamanında ödeyememe ihtimali gözetildiğinde davacıların zararının karşılanması bakımından bir güvence niteliği taşıdığı da açıktır.

116. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 129. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

117. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

118. Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

119. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un öngördüğü düzenlemelerle; Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesinde tanımlanan "*suç işlemek amacıyla örgüt kurma*" suçu ile etkin mücadele imkânının kalmadığı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128., 135., 139. ve 140. maddelerinde yapılan değişikliklerle anılan maddelerde öngörülen koruma tedbirlerine karar verebilme yetkisinin "*hâkimlerden ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısından*" alınarak "*ağır ceza mahkemeleri*"ne verildiği, ağır ceza mahkemelerinin bu tedbirlere karar verilebilmelerinin "*oybirliği*" koşuluna bağlandığı, bu uygulamanın, muhakeme ilkelerine, tekniğine ve tatbikatına tamamen aykırı olduğu, suçla mücadele ile bireyin hak ve özgürlüğü arasındaki dengeyi bozucu nitelikte ve yargı organının gücünü ve etkinliğini azaltacak mahiyette olduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinde yapılan değişiklikle elkoyma kararı alınabilmesinin, ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı

ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınması şartına bağlandığı, bu düzenlemeyle soruşturmanın bu evresinin yürütme organına yakın ve bu nedenle objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları kendilerinden beklenilemeyen yargılama dışı kurumlara bırakıldığı, bu durumun “soruşturmanın gizliliği” prensibiyle uyuşmadığı, ilgili kurumlardan rapor aldırılması için öngörülen sürelerin suçtan elde edilen malvarlıklarının kolayca elden çıkartılması sonucunu doğurabileceği, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde yapılan değişiklikle yargılamanın herhangi bir aşamasında “yürütmenin durdurulması” kararı verilmesi imkânının ortadan kaldırıldığı, yargılama sırasında açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği bir işlem hakkında mahkemenin istediği zaman yürütmenin durdurulması kararı verememesinin “hukukun üstünlüğü” ilkesiyle bağdaşmadığı, 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesinde yapılan değişiklikle hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, idare mahkemesince verilen kararın uygulanma imkânının kalmayacağı, boşalan kadro veya göreve uygulamada hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, değişikliğin yargı kararlarının uygulanmasının şekli düzeyde kalmasına yol açacağı, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenlemenin de işlevsiz hâle geleceği, mahkeme kararlarını süresi içerisinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine karşı dava açılabilmesinin engellenmesiyle de mahkeme kararlarını kamu görevlilerinin keyfî olarak yerine getirmemelerinin önündeki koruma mekanizmasının ortadan kaldırıldığı, dava konusu kuralların Anayasa’ya açıkça aykırı olduğu ve uygulanması halinde ileride telafisi güç ya da imkânsız maddî ve manevî zarar ve ziyanlara yol açacağı belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

A- 18. maddesiyle 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen

üçüncü ve dördüncü cümlelere yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 10. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelere,

b- (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına,

c- Değiştirilen (9) numaralı fıkrasına,

2- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin;

a- Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının, birinci cümlesinin "...tespit edilebilir..." ibaresi dışında kalan bölümü ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerine,

b- Mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına,

3- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

4- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına,

b- Değiştirilen (2) numaralı fıkrasına,

5- 17. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleye,

6- 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin değiştirilen (4) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal talepleri, 25.11.2015 tarihli ve E.2014/86, K.2015/109 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkraya, cümle, bölüm ve değişikliklere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...tespit edilebilir,..." ibaresi hakkında, 25.11.2015 tarihli ve E.2014/86, K.2015/109 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIğINA,

25.11.2015 tarihinde OYBİRLİğİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTALİN Dİğer KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

6526 Kanun'un 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü cümleliğin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan dördüncü cümleliğin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VII- HÜKÜM

21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 10. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin,

2- (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

3- Değiştirilen (9) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin;

1- Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "...tespit edilebilir,..." ibaresi, 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42. maddesiyle madde metninden çıkarıldığından, konusu kalmayan bu ibareye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- Birinci cümlesinin "...tespit edilebilir,..." ibaresi dışında kalan bölümü ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarını ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Eklenen (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)," biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

2- Değiştirilen (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 17. maddesiyle 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasına eklenen;

a- Üçüncü cümlenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

b- Dördüncü cümlenin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE,

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

25.11.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (4) numaralı fıkrası "Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir." şeklinde değiştirilmiş ve yeni kural iptal davası istemine konu yapılmıştır. Anılan kuralın önceki hali ise "Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirilmemesi halinde ilgili, idare aleyhine dava açabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir." şeklindedir. Önceki kuralın iptali istemiyle Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin yaptığı itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu 27.9.2012 tarih ve E:2012/22, K:2012/133 sayılı kararıyla, aşağıdaki gerekçeyle reddetmiştir:

“...Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan **mahkeme kararlarının uygulanması, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereğidir.** Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında ‘Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez’ denilmektedir. Bu hükme göre, **kamu görevlileri de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim hakları bulunmamaktadır. Kaldı ki mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemleri suç oluşturmaktadır.** Bu bağlamda, Anayasa’nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda seçim hakkı bulunmayan **kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemleri Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değildir.** Açıklanan nedenlerle, **itiraz konusu ibare Anayasa’nın 129. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...**” (RG. 11.10.2012; Sayı: 28494)

Yine 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun’un 97. maddesiyle 2577 sayılı Kanun’un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen “Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kavuşturmasına konu edilemez.” bölümünün iptali istemiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 2.10.2014 tarih ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararıyla, aşağıdaki gerekçeyle kuralın iptaline karar vermiştir:

“...Dava konusu kural ile 2451 sayılı Kanun’a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere ve kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç) ilişkin her türlü atama, görevden alınma veya görev ve unvan değişikliği işlemleri ile ilgili mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenmektedir. **Başka bir ifadeyle anılan işlemlere ilişkin yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilmesi yasaklanmaktadır.** Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında ‘idarenin her türlü

eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. **Mahkeme kararlarının uygulanmasında, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur.** Kararın uygulanmaması halinde yargılamanın da bir anlamı kalmayacaktır. **Yargı kararlarının uygulanması 'mahkemeye erişim hakkı' kapsamında değerlendirilmektedir.** Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp, ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hale getiren düzenlemelerde bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hallerinde, 'mahkemeye erişim hakkı' da anlamını yitirir. Anayasa'nın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisna kuralına yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanılabilmesi mümkün olmaz. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. **Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilmez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek, sonuçsuz bırakılması kabul edilemez...** Dava konusu kuralda, fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlere ilişkin olarak verilen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturma ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenerek **mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğu bertaraf edilmekte; konusu suç oluşturan bir fiilin cezasız bırakılmasına olanak sağlanmaktadır...** Açıklanan nedenlere, **dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir...** (RG. 1.1.2015; Sayı: 29223)

Yukarıda gerekçelerine yer verilen iki Anayasa Mahkemesi kararından ilkinde, kamu görevlilerinin yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemlerinin, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında olmadığı "açıkça" ifade edilmiş, ikincisinde ise yine kamu görevlilerinin konusu suç teşkil eden fiillerinin (o davanın somutunda mahkeme kararlarını yerine getirmemenin) cezasız bırakılmayacağı yine "açıkça" belirtilmiştir.

Uzun yılların uygulamasıyla kökleşmiş idari yargı içtihatları ile son 2-3 yıllık dönemdeki içtihat değişikliği hariç adli yargı uygulamasında, kamu görevlilerinin yargı kararlarını kasten yerine getirmemesi hali bir "salt kişisel kusur" kabul edilmiş ve bu gibi durumlarda zarar gören kişilerin adli yargıda doğrudan bu kamu görevlilerine karşı tazminat davası açabileceği kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.9.1979 tarih ve E.1978/7, K.1979/2 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da idari yargı yerlerince verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin durumu ele alınarak, bu fiillerinin adli yargıda tazminat davalarına konu yapıp yapılmayacağı irdelenmiş ve aşağıdaki gerekçeyle "1- Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmaması bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin tazminatla sorumlu tutulması için yeterlidir. **Sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altında hareket etmelerinin** araştırılması gerekmez. 2- Yürütmenin durdurulması kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin hukuki sorumluluğu yönüne gidilebilmesi için ilgilinin açmış olduğu iptal davası sonucunun beklenmesine gerek yoktur" sonucuna varılmıştır:

"...**Kişisel kusur**, idare organının kamu görevini yerine getirirken, idare fonksiyonu, kamu görevi gerek ve koşullarına aykırı ve yabancı olan, bu nedenle idareye atıf ve isnat olunamayan, doğrudan doğruya ajanın şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu gerektiren tutum ve davranışı olarak tanımlanmaktadır... İdare ajanının ızzar kasdıyla, garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisi altında yaptığı işlem ve eylemlerde **kişisel kusurunun** bulunduğu

kuşkusuzdur. Ancak kişisel kusurlar sayılan bu davranışlar ve benzerlerinden ibaret değildir. İdare adına işlem yapan **kamu görevlilerinin bunlar dışında, emredici yasa kurallarına ve hukuka açıkça karşı gelme durumları, suç teşkil eden davranışları olabilir...** Yargıtay ve Danıştay kararlarında, suçun oluşması için Danıştay kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin ayrıca garaz, kin, husumet ve benzeri duygularının etkisi altında hareket etmesi aranmamaktadır. Sadece kararın uygulanmaması suç teşkil ettiğine göre, bu suçtan bir zarar meydana gelmişse, zararın ödetilmesi de doğaldır. Öte yandan, kişisel kusurun saptanması için sayılan duyguların etkisi altında davranıldığı belirlenip ortaya çıkarılmasında ispat yönünden büyük güçlükler vardır. Böyle bir görüşün kabulü halinde karar gereğini yerine getirmeyen görevlinin hukuki sorumluluğu ancak pek sınırlı durumlarda mümkün olabilecek ve böylece Danıştay kararlarının uygulanması olanağı hemen hemen ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, **Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması veya iptal kararlarının yalnızca uygulanmamasının bu kararları uygulamayan kamu görevlilerinin, zararın gerçekleşmesi halinde tazminatla sorumlu tutulması için yeterli olduğu, sorumluluk için ayrıca kin, garaz, husumet ve benzeri duyguların etkisi altına hareket ettiklerinin araştırılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmiştir...** (RG. 29.11.1979, Sayı: 16824)

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." denilmektedir. Anılan düzenlemenin "**Kamu hizmeti görevlilerinin görevleriyle ilgili olarak** kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır." şeklindeki açık gerekçesinden; ancak idareye karşı açılacak tazminat davasının, kamu görevlisinin **göreviyle ilgili** kusurlu eylem ve işlemlerinden kaynaklanan davalar olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, öğretisi ve içtihatlarında "**görev kusuru**" olarak nitelendirilen ve kamu görevlisinin (idare ajanının) ifa ettiği görevle zayıf da olsa bir illiyet bağı kurulmasına elverişli hallerde

anılan açık Anayasa hükmü gereğince bu tür tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir; kamu görevlisinin zarar verme kasdıyla veya garaz, kin, husumet, kıskançlık, intikam ve benzeri duyguların etkisiyle ya da suç teşkil eden fiille ve davranışlarla yol açtıkları zararlarda (yargı kararını yerine getirmeme halleri dahil) ise işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararları ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında benimsendiği üzere, Anayasa'nın 129/5. maddesi hükmü uygulanmayacak ve bu nedenle zarar gören kişi ilgili kamu görevlisi aleyhine adli yargıda dava açabilecektir. Oysa iptali istenen kuralla, belirtilen Anayasal ilkeler ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alınmaksızın, "salt kişisel kusur" veya "suç teşkil eden" fiillerin varlığı halinde dahi, yargı kararını yerine getirmeyen kamu görevlisinin bu fiili nedeniyle zarara uğrayan kişinin bu görevliye karşı adli yargıda değil, ancak idare aleyhine idari yargıda dava açabileceği öngörülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 125., 129. ve 138. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamadım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

DEĞİŞİK GEREKÇE

İstanbul Milletvekili Mehmet Doğan KUBAT ve Bartın Milletvekili Yılmaz TUNÇ ile 109 milletvekilinin verdiği Kanun teklifi ile İstanbul Milletvekili Mehmet Akif HAMZAÇEBİ ve Mersin Milletvekili Ali Rıza ÖZTÜRK ile bir milletvekilinin verdiği kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu'nda birleştirilmiş ve "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiş ve 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 6.3.2014 tarih ve 28933 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin iptali istemiyle açılan iptal davası ile iki itiraz başvurusunun incelenmesinde; anılan kuralın (eklenen cümlelerin) kanun tekliflerinde ve TBMM Adalet Komisyonu'nca kabul edilen metninde yer almadığı ve TBMM Genel Kurulu'nda verilen bir önerge ile Teklif metnine eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalastırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrardan ibaret olan TBMM İçzüğünün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esas ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek

görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişikliği Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan “başka” kanunlarda ek ve değişiklik getiren “yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki” değişikliklerin “Genel Kurul” tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır...” hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir “son oylama”nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzeltereği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise

yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalastığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin (kuralın) Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle, bu gerekçeyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan, iptal kararına bu değişik gerekçeyle katılıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen "Ancak, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenen olan idari işlemlerden sayılmaz." şeklindeki cümle iptal davası ile itiraz başvurusuna konu edilmiş ve iptali talep edilmiştir.

Anılan kuralın yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemede, uygulanmakla etkisi tükenen işlemlerle ilgili olarak, davalı idarenin

savunması beklenmeksizin karar verilebileceği hüküm altına alınmaktaydı. Bu düzenleme uyarınca da davalı idarenin savunması alınıp yeni bir karar verilinceye kadar işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmekteydi. İptal ve itiraz istemine konu kuralla, evvelce uygulamada idari yargı mercilerinin takdir ve içtihatlarına bırakılan “uygulanmakla etkisi tükenen işlemler”in sınırlandırılması yoluna gidilmiş ve kamu görevlileri hakkında tek tek sayılan kimi işlemlerin “uygulanmakla etkisi tükenen işlemler”den sayılmayacağı ifade edilmiştir. Yeni düzenleme uyarınca, sayılan idari işlemlerle ilgili olarak idari yargı mercilerinin davalı idareden savunma almaları zorunlu olacak ve bu işlemler telafisi güç ya da imkânsız zararlara yol açma koşullarını taşısa da, savunma alınmadan yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecektir.

Öğreti ve idari yargı içtihatlarında genel kabul gördüğü üzere “yürütmenin durdurulması” müessesesi, özellikle Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü”nün gerçekleştirilmesinde önemli bir koruma mekanizması olduğu gibi; Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin gerçekleşmesinde etkin bir vasıtaadır. Bu müessese, bireyin temel hak ve özgürlüklerini idareye karşı korur; kamu yararı ve kamu düzeninin gerçekleşmesinde mühim rol oynar. Anayasa’nın 125. maddesi uyarınca yürütmenin durdurulması konusunda yasakoyucuya bir “sınırlandırma” yetkisi verilmekle beraber, bu sınırlamanın Anayasa’nın 13. maddesine aykırı düşmemesi (ölçülü olması, bireyin hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında adil bir denge kurması gibi) ve hakkın özüne zarar vermeyen bir mahiyet taşıması gerekmektedir. Yine bu sınırlamanın, belli konulara ilişkin de olsa “engelleme” mahiyetini taşıması da şarttır. Anayasa Mahkemesinin 30.10.2010 tarih ve E.2008/77, K.2010/77 sayılı kararı da bu doğrultudadır.

Bu dava konusu ile büyük benzerlik arzeden iki ayrı Anayasa Mahkemesi kararına konu başvurularda da; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 105. maddesinin üçüncü fıkrası ile aynı Kanun’un 128. maddesinin ikinci fıkrasıyla yapılan düzenlemelerle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) kararlarına ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) Fon Kurulu’nun kararlarına karşı

Danıştayda açılacak davalarda vaki yürütmenin durdurulması istemleri için, duruşma yapılması, kısa (7 gün) bir savunma süresi verilmesi ve savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği yolundaki düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin 22.2.2006 tarih ve E.2006/20, K.2006/25 (RG.10.1.2007; Sayı: 26399) ve 9.3.2006 tarih ve E. 2006/33, K.2006/36 (RG. 10.1.2007; Sayı: 26399) sayılı kararlarıyla şu gerekçeyle iptal edilmiştir:

“...Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yoludur... İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, çağdaş demokrasinin gereklerinden ve vazgeçilmez koşullarından biridir. Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir... Yürütmenin durdurulması ile ilgili kurallarda diğer yargılama usulü kuralları gibi yasakoyucu tarafından serbestçe Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla düzenlenebilir...Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 'idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararın doğması' ve 'idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması' koşullarının birlikte gerçekleşmesi gereklidir. **Anayasa'da yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak başka bir koşul bulunmamaktadır.** Buna karşılık itiraz konusu kurala göre 'idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararın doğması' durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. **Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telafisi imkânsız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir.** İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen 'idari işlemin uygulanması

halinde telafisi güç veya imkânsız zararın doğması' koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma sürecini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır. Belirtilen nedenlerle, (kurallar) Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..."

Hangi idari işlemlerin "uygulanmakla etkisi tükenen işlem" mahiyetini taşıdığı hususu içtihadı ve öğretiyi bırakılmış bir konu olup, idari yargının "içtihadilik" özelliği de bunun doğal sonucudur. Yasakoyucunun bu alana müdahalesi ve kimi işlemleri sayma yöntemiyle bu gruba dahil etmesi; üstelik bunu yaparken hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı biçimde ve ölçülü olmayan şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini kısıtlar mahiyette kural öngörmesi karşısında ve Anayasa Mahkemesinin işaret edilen kararları gözetildiğinde; iptali istenen düzenlemenin Anayasa'ya uyarlı düşmediği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, iptal ve itiraz istemine konu kuralın Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6526 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü cümlede "*Ancak, kamu görevlileri hakkında tesisi edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli*

görevlendirmelere ilişkin idari işlemler, uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerden sayılmaz” denilmiştir. Buna göre, fıkranın bir önceki (ikinci) cümlesinde yer alan *“Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir”* kuralına, atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmeler yönünden bir istisna getirilmiş ve mahkemelerce, bu işlemler için idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olanaksız hale getirilmiştir.

2. Anayasa'nın “Yargı Yolu” kenar başlıklı 125. maddesinde yürütmenin durdurulması müessesesi doğrudan düzenlenmiştir. Buna göre:

“İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir”.

3. Yürütmenin durdurulması, hukukun başlıca müesseselerinden olan *“tedbir”* müessesesinin genel mantığı ve evrensel ilkeleri gözetilmeden değerlendirilemez. Tedbir, telafisi güç veya imkânsız bir durumun doğmaması, hak kayıplarının önlenmesi, adaletin gerçekleşmesinde gecikmeler yaşanmaması düşüncesiyle ve talep üzerine, görevli ve yetkili yargı organınca geçici olarak alınan ve derhal uygulanan bir karardır. Bu düşünceden hareketle, yürütmeyi durdurma kararlarının da derhal uygulanması gerekeceği açıktır. İdare hukukunda, ayrıca *“idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması”* şartı öngörülerek, kamu hizmetlerinin sürekliliği ve etkinliğinin gözetilmesi ihtiyacı da karşılanmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinde doğrudan öngörülen düzenleme, bu ilkeyi tespit etmektedir.

4. İptali istenen kural, mahkemelerce yürütmenin durdurulması kararı verilmesini, kamu görevlileri ile ilgili olarak kuralda sayılan

işlemler yönünden idarenin savunmasının alınması şartına bağlamak suretiyle, belli bir süre için engellemek suretiyle sınırlamaktadır. Bu süre, savunmanın verilmesi veya savunma için tespit edilen sürenin dolması ile sona ereceğinden, iptali istenen kural nedeniyle, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve telafisi güç veya imkânsız zararların doğması halinde dahi süre doluncaya kadar işlemin yürürlüğü durdurulamayacaktır. Bu durum ayrıca, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetini de ilgilendirmektedir. İdari işlemlerin hukuka aykırılığını iddia etmek ve şartları mevcutsa yürürlüğünün durdurulmasını istemek hakkının, ilgili kamu görevlisinin hak arama hürriyeti kapsamında olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Kuralla, bu hakka bir müdahalede bulunulduğu açıktır.

5. Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda, iptali istenen kuralın Anayasa'ya uygunluk incelemesinin Anayasa'nın 2. ve 125. maddeleri birlikte değerlendirilmek ve 13. maddesindeki ölçütleri uygulamak suretiyle yapılması gerekmektedir. İptali istenen kuralda, Anayasa'nın 125. maddesinde sayılan özel sınırlama nedenlerinden her hangi biri ile ilişki kurulmadığından, kuralın öngördüğü sınırlamanın 125. maddeden kaynaklanan bir Anayasal dayanağının bulunmadığı açıktır. Bu durumda, acaba Anayasa'da sayılmamakla birlikte üstün bir kamu yararından kaynaklanan, kişiler yönünden hakkın özünü zedelemeyen, ölçülü bir sınırlamanın varlığından söz edilebilir mi ve böyle bir halin yasa koyucunun takdir alanı içinde kaldığı sonucuna varılabilir mi, sorusuna cevap aranmalıdır.

6. Kuşkusuz, kamu görevlileri ile ilgili atama, nakil, görev ve unvan değişikliği gibi işlemlerin çoğunda, telafisinin imkânsız olduğundan söz edilemez. Ancak, hukuka aykırı olarak yapılabilecek bazı işlemlerin telafisinin çok güç olabileceği de açıktır. Bu nedenle, kuralın yol açacağı kamu görevlisinin muhtemel mağduriyeti ile yürütmenin, idare savunması alınmadan durdurulmasının sakıncaları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakılarak sonuca varılması gerekir.

7. Bu açıdan bakıldığında, sorunun odak noktasını, bir idari işlemin açıkça hukuka aykırı da olsa derhal uygulanıp

uygulanamayacağı hususunun oluşturduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, “açıkça hukuka aykırı” bir işlemin varlığı halinde dahi ilk aşamada bu idari işlemin uygulanması, ancak savunma alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra yürürlüğünün durdurulması, Anayasa’nın 125. ve 2. maddeleri karşısında yürürlüğün durdurulması müessesesini etkisiz ve anlamsız hale getirebilecektir. İdarenin kararının, hukuka aykırı da olsa, kısa bir süre için aynen uygulanmasına Anayasa’nın 2. ve 125. maddelerinin cevaz verdiğini kabul etmek mümkün görünmemektedir.

8. Konuya idare yönünden bakıldığında, belli bir statü içerisinde bulunan bir kamu görevlisinin atanması, nakli, görevinin veya unvanının değiştirilmesi veya geçici görevlendirilmesi, olağan koşullarda, savunma süresi beklenemeyecek kadar hayati ve acele sayılamaz. İptali istenen kuralın ise, her kamu görevlisi için müteaddit defalar uygulanabilecek atama, nakil, görevlendirme veya görev ve unvan değişikliklerine ilişkin olup, aciliyeti bulunmayan, olağan durumlara uygulanmak üzere öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

9. İdare bir bütündür ve geniş bir takdir alanı içinde hareket edebilir. Tek bir kamu görevlisinin, haklı nedenlere de dayansa, derhal görevinden alınması, görev ve unvanının değiştirilmesi veya geçici görevlendirilmesi, kamu düzeni bakımından hayati önemde sayılamaz. Kaldı ki olağanüstü hal, sıkıyönetim, savaş, seferberlik gibi haller ile milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık gibi özel nedenler yürürlüğün durdurulmasının sınırlandırılabilceği haller olarak, Anayasa’da açıkça sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Bunların yasa ile genişletilmesi veya Anayasa’da öngörülme yen yeni sebeplerin yasayla ihdas edilmesi, yasa koyucunun takdir yetkisi dâhilinde değildir.

10. Öte yandan, kamu görevlisinin disiplin ve ceza soruşturması veya kovuşturmasını gerektirecek derecede sakıncalı haller içerisinde bulunması durumunda ise statü hukukunun ve özel soruşturma ve kovuşturma usullerinin öngördüğü tedbirlerin alınması tabiidir. Bu nedenle kuralın, idare yönünden demokratik bir toplumda zorunlu olduğu, üstün bir kamu yararını gerçekleştirmeye amacına yönelik bulunduğu söylenemez.

11. Hukuk devleti ve ölçülülük ilkesi yönünden bakıldığında da kuralın, ölçülü olduğundan söz etmek mümkün değildir. Zira ilgili kamu görevlisinin savunma için beklenecek çok kısa süre içerisinde dahi ciddi mağduriyetine (örneğin tayin veya nakil dolayısıyla özel ve aile hayatının zarar görmesi) yol açabilecek olan kuralla, yürürlüğün savunma alınmadan durdurulması halinde geçecek sürede, İdare yönünden kişinin mağduriyetine üstün tutulacak ne gibi bir kamusal yararın korunduğu anlaşılamamaktadır. Dolayısıyla, kuralın ölçülülüğünden de söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatiyle, ret yönündeki çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY

1. 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen üçüncü ve dördüncü cümleleri Mahkememiz çoğunluğunca iptal edilmiştir.

2. İptale konu kural, *"Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir. Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir."* hükmünü içermektedir.

3. İptal edilen kural iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği; ikinci cümlede de, hakkında yapılan işlemin yürütmesi durdurulan veya hakkındaki işlem iptal edilen kamu görevlisi, yeni bir kadroya atanmış ise eski kadro ile atılan yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu farkın 657 sayılı Kanun'un 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödeneceği düzenlenmektedir.

4. Kararda belirtildiği ve tarafımızca da kabul edildiği üzere, idare hukukunda verilen iptal kararlarında, dava konusu idari işlemin tesis edildiği tarihten geçerli olmak üzere hukuksal varlığına son verildiğinde, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğinin sağlandığında, böylece, hukuka aykırı olduğu belirlenmiş olan idari işlemin bütün sonuçları ile ortadan kaldırılarak hukuk düzeninin korunmasının amaçlandığında, yürütmenin durdurulması kararının da bir tedbir olarak geçici süreyle aynı korumayı sağladığında kuşku bulunmamaktadır.

5. Yine kararda belirtildiği ve tarafımızca da kabul edildiği üzere, hukuk devleti ilkesi, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin hukuk kurallarıyla bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Devletin hukuk kurallarına bağlılığını sağlayacak en önemli mekanizma da idarenin yargısal denetimidir. İdare karşısında bireylerin hak arama özgürlüğünü kullanmaları, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olmasına bağlıdır ve hukuk devletinin gerçekleşmesi için aynı zamanda idarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunması zorunludur. idarenin, yargı kararlarını uygulamaması durumunda, hukuk devleti ilkesinin varlığından söz edilemez. Yasama ve yürütme organları ile idare,

mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bu konuda bir tartışma bulunmamaktadır.

6. İptali istenilen kurallara ilişkin sorun, kanunlarla idarelere yüklenen kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görev ifa eden kamu görevlilerinin haklarında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin iptali istenilen kurallarda öngörüldüğü şekilde yerine getirilmesi halinde, bir mahkeme kararının anayasal anlamda öngörüldüğü şekilde yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacağına ilişkin tespitine ilişkin bulunmaktadır.

7. Bilindiği üzere idareler kanunlarla kendilerine yüklenen kamu hizmetlerini aksatmadan, düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yerine getirmek zorundadırlar. Zira, kamu hizmetleri, tatmininde kamu yararı bulunan bir gereksinimi karşılayan faaliyetler olarak kabul edildiklerinden, bunların sürekli ve düzenli bir biçimde yürütülmesi gerekmektedir. Kesintiye uğrayan ya da düzensiz bir biçimde yürütülen kamu hizmetlerinin toplum yaşamında kimi zaman çok büyük boyutlarda olmak üzere her zaman için olumsuz etkiler doğurması kaçınılmazdır. Bu bakımdan süreklilik ve düzenlilik bir çok idare hukuku ilke ve kuralının da varlık nedenidir.

8. Öte yandan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, Devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içerisinde yürütülmektedir. Bir başka deyişle, kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Kamu personeli, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme gibi kimi haklara sahip olmaktadır. Kamu hizmetine girişin ve hizmet içinde yükselmenin koşulları, statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Bu durum, Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkının düzenlendiği 70. maddesi ile kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkelerin düzenlendiği 128. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur. Kanun koyucu,

statü hukuku çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, memuriyetin sona ermesine ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahip bulunmaktadır.

9. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin içinde buldukları statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklarının da her durumda korunması gerekir.

10. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E:2007/83; K:2010/28 sayılı kararında, kadroları kaldırılan ve gerekli olmadığı değerlendirilerek yeniden ihdas edilmeyen kişilerin önceki kadro ve unvanları ile bu kadro ve unvana bağlı haklarının, halen buldukları statüden doğmuş, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hak niteliğinde olmadığı, kazanılmış hak kavramı ile kişinin daha önceki görevindeki derecesinin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

11. İptali istenilen kurallara belirtilen durum çerçevesinde bakıldığında, kurallarla, iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde öncelikle bu kadroya, kamu hizmetinin aksatılmadan, düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yerine getirilmesi amacıyla iptal veya yürütmenin durdurulması kararı verilmeden önce atama yapılmış olması nedeniyle boş olmaması hâlinde ise ilgili kamu görevlisinin statü hukukundan kaynaklanan kazanılmış haklarının korunarak, aynı kurumda uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceğinin ve eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali hakları bakımından bir fark bulunması durumunda, farkın ödeneceğinin öngörüldüğü anlaşıldığından, kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine uygun bir düzenleme olduğu sonucuna varılmaktadır.

12. Açıklanan nedenlerle, çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına, iptal isteminin reddi gerektiği görüşüyle katılmıyoruz.

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

2014/109 esas sayılı itiraz başvurusunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 6526 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 135. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...ve kovuşturmada...", "...veya sanığın..." ibareleri ve dördüncü cümlesi ile (2) numaralı fıkrasının iptali istenmiştir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi gereğince, davaya bakmakta olan mahkeme "*İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını*" Anayasa Mahkemesine göndermek zorundadır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca da itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçeli kararında "*Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi*" gerekir.

Somut başvuru kararında iptali istenen kurallardan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin (2) numaralı fıkrasının hangi nedenlerle Anayasaya aykırı olduğuna dair hiçbir gerekçeye yer verilmemiştir. Bir an için, söz konusu hükmün iptali istenen diğer kuralların devamı ve ayrılmaz parçası olduğu, bu nedenle maddenin (1) numaralı fıkrası için ileri sürülen gerekçelerin (2) numaralı fıkra için de geçerli olduğu varsayılabilir. Ancak, bu durumda iptali istenen kuralların aynı nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında iptali istenen kurallar, kovuşturma sırasında suç işlendiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerin varlığı halinde sanığın telekomünikasyon yoluyla

iletişiminin tespit edilmesine, dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verileceğini belirtmektedir. Maddenin (2) numaralı fıkrası ise *“Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıını gösterir belge veya rapor eklenir”* şeklindedir.

Görüldüğü üzere, hakkında hiçbir gerekçe yazılmayan kural, diğer kurallardan bağımsız bir şekilde anlaşılabilir ve uygulanabilir niteliktedir. Zira, kuralla getirilen yükümlülük, hakkında tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıını gösteren belge veya raporun sunulmasını içermektedir. Bu nedenle, itiraz başvurusunda böyle bir yükümlülüğün neden Anayasaya aykırı olduğunun açıklanması gerekirdi. Bu yapılmadan, diğer kurallar için yapılan açıklamaların, tamamen farklı bir konuyu düzenleyen kuralın Anayasaya aykırılığı için de geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, başvuru kararında (1) numaralı fıkra için belirtilen gerekçelerle (2) numaralı fıkranın da iptali gerektiği yönünde herhangi bir açıklama da yoktur.

Açıklanan gerekçelerle, (2) numaralı fıkra yönünden, başvurunun 6216 sayılı Kanun’un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasına uygun şekilde yapılmadığı, bu nedenle reddedilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zühtü ARSLAN

Esas Sayısı : 2014/87
Karar Sayısı : 2015/112
Karar Tarihi : 8.12.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "*...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...*" bölümünün,

B- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

1- İkinci fıkrasında yer alan "*...gibi hususlarda...*" ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...*" ve "*...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...*" ibarelerinin,

C- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "*...yaklaşık maliyetin ...*" ve "*...az ve %15'inden...*" ibarelerinin,

D- 80. maddesiyle 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkranın,

E- 85. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresinin,

F- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın,

G- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın,

H- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraların,

I- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (ç) ve (d) bentlerinin,

İ- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin,

J- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

1- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

K- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (5), (8) ve (9) numaralı fıkralarının,

L- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarının,

M-97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresinin,

N- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 33., 36., 38., 40., 48., 51., 70., 123., 138., 140. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6518 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesiyle 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (6) numaralı bendi şöyledir:

"Mükerrer Madde 257- (Değişik birinci fıkra: 22/7/1998 - 4369/5 md.) Maliye Bakanlığı;

(...)

6. (Ek: 3/7/2005 - 5398/23 md.; Değişik: 6/2/2014 - 6518/8 md.) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, **mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin basımı, dağıtımı ile sistemin kurulması ve işletilmesi hizmetlerinin, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi olmaksızın, süresi 5 yılı geçmemek üzere ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (5 inci maddesinin beşinci fıkrası hariç) hükümleri çerçevesinde; yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesine, bu hizmetlerde ve yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerde bulunması gereken özellikleri,**

yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetlerinin yönlendirilmesi, izlenmesi, denetlenmesi, yetkilendirmenin sonlandırılması ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye,

(...)

Yetkilidir.”

2- 47. maddesiyle 4734 sayılı Kanun’un değiştirilen 38. maddesi şöyledir:

“Aşırı düşük teklifler

Madde 38- İhale komisyonu verilen teklifleri (...) değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit eder. Bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak ister.

İhale komisyonu;

a) İmalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması,

b) Seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar,

c) Teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü,

gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak, aşırı düşük teklifleri değerlendirir. Bu değerlendirme sonucunda, açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin teklifleri reddedilir.

(Ek fıkra: 20/11/2008-5812/12 md.; Değişik üçüncü fıkra: 6/2/2014-6518/47 md.) Kurum, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin bu maddede öngörülen **açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine**, ayrıca yaklaşık maliyeti 8 inci

maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin bu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. İhale komisyonu bu maddenin uygulanmasında Kurum tarafından yapılan düzenlemeleri esas alır."

3- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen üçüncü fıkra şöyledir:

"Kurum, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında olması hâlinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabilir."

4- 80. maddesiyle 5502 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen fıkra şöyledir:

"Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilir."

5- 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen (n), (o) ve (r) bentleri şöyledir:

"MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulamasında;

(...)

n) Birlik: Erişim Sağlayıcıları Birliğini,

o) Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini,

r) Uyarı yöntemi: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından

içeriğın yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınmaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini,

(...)

ifade eder.”

6- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra şöyledir:

“(3) Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.”

7- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkra şöyledir:

“(3) İçerik sağlayıcı, Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında; talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim eder ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alır.”

8- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkralar şöyledir:

“(3) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlüdür.

(4) Yer sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılabilir ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılabilirler.

(5) Yer sağlayıcı, Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(6) Yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”

9- 89. maddesiyle (1) numaralı fıkrasına (ç) ve (d) bentleri eklenen 5651 sayılı Kanun’un 6. maddesi şöyledir:

“Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

MADDE 6- (1) Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde (...) erişimi engellemekle,

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usûllere uygun olarak Kuruma teslim etmekle,

ç) Erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla,

d) Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla,

yükümlüdür.

(2) Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

(3) Birinci fıkranın (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından onbin Yeni Türk Lirasından ellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.”

10-90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun’a eklenen 6/A maddesi şöyledir:

“Erişim Sağlayıcıları Birliği

MADDE 6/A- (1) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur.

(2) Birlik özel hukuk tüzel kişiliğini haizdir. Birliğin merkezi Ankara’dır.

(3) Birliğin çalışma usul ve esasları Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenir. Tüzük değişiklikleri de Kurumun onayına tabidir.

(4) Birlik, Tüzüğüne Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar.

(5) Birlik, 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur.

(6) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirilir. Kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılım erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanır.

(7) Bu Kanununun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır.

(8) Birlik, kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebilir.

(9) Birliğin gelirleri, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşur. Alınacak ücretler, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirlenir. Bir üyenin ödeyeceği ücret, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirlenir. Üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususlar Birlik Tüzüğünde belirlenir. Süresinde ödenmeyen ücretler Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edilir.

(10) Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz.”

11-91. maddesiyle (2) ve (3) numaralı fıkraları değiştirilen ve (4) numaralı fıkra eklenen 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesi şöyledir:

“Toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülükleri

MADDE 7- (1) Ticarî amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, mahallî mülkî amirden izin belgesi almakla yükümlüdür. İzne ilişkin bilgiler otuz gün içinde mahallî mülkî amir tarafından Kuruma bildirilir. Bunların denetimi mahallî mülkî amirler tarafından yapılır. İzin belgesinin verilmesine ve denetime ilişkin esas ve usûller, yönetmelikle düzenlenir.

(2) Ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(3) Ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlüdür.

(4) Bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından

on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."

12-93. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi şöyledir:

"İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi

MADDE 9-

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.

(2) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır.

(3) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hâkim bu maddede belirtilen kapsamda erişimin engellenmesine karar verebilir.

(4) Hâkim, bu madde kapsamında vereceği erişimin engellenmesi kararlarını esas olarak, yalnızca kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilemez. Ancak, hâkim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmesi hâlinde, gerekçesini de belirtmek kaydıyla, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir.

(5) Hâkimin bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Birliğe gönderilir.

(6) Hâkim bu madde kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(8) Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhâl, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

(9) Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.

(10) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

13- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesi şöyledir:

“Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

(2) Yapılan bu istekte; hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz.

(3) Başkanlık, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Biriğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

(4) Erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. (Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.)

(9) (Ek: 26/2/2014-6527/18 md.) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

14- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkra şöyledir:

"(5) 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar kurumlarının, hâkim

ve savcılar ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebilir. Bu kapsamda görevlendirilen personel sayısı Kurumun kadro sayısının yüzde yirmisini geçemez. Bu personel kurumlarından izinli sayılır. İzinli oldukları sürece memuriyetleri ile ilgili özlük hakları devam eder ve bu süreler terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılır.”

15- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun’a eklenen geçici 3. madde şöyledir:

“GEÇİCİ MADDE 3 -

(1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.

(2) Birlik, mevcut internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır.

(3) Belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır.

(4) Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ,

Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ile ekleri, Başraportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanı Binali YILDIRIM, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) Başkanı Dr. Ömer Fatih SAYAN, Telekomünikasyon İletişim Başkanı Ahmet Cemalettin ÇELİK, Daire Başkanı Ahmet KILIÇ, Daire Başkanı Ali ERDEM, Bilişim Danışmanı Sinan ÜLKER, Erişim Sağlayıcıları Birliği Genel Sekreteri Doç. Dr. Bülent KENT, Erişim Sağlayıcıları Birliği Hukuktan Sorumlu Genel Sekreter Yardımcısı Av. Yadigar Seda UYSAL, Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği Başkanı Yusuf Ata ARIAK, Serbest Telekomünikasyon İşletmecileri Derneği Hukuk Danışmanı Av. Gökhan CANDOĞAN'ın 8.12.2015 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 8. Maddesiyle Değiştirilen, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. Maddesinin Birinci Fıkrasının (6) Numaralı Bendinin "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, ..." Bölümünün İncelenmesi

1- "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye,..." Bölümü

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya faaliyetlerini sürdürebilmeleri için alınması zorunlu olan bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin mükelleflere verilmesinin vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge koşuluna bağlanmasının, vergi ödeme gücüne ulaşma amacı için elverişli ve gerekli olmadığı, mükelleflerin bu şekilde ticari faaliyette bulunmalarının engellenmesinin adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi orantılılık ilkesi ile de bağdaşmadığı, vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatı için mükelleflerin ticari faaliyette bulunmalarını engelleyecek düzenlemeler yoluyla piyasadan çekilmeye zorlanmalarının Devlete verilen görevlerle uyuşmadığı, bu durumun vadesi geçmiş vergi borcunun tahsilatının hiç sağlanamaması riskini de taşıdığı, iptali istenilen bölümün adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ltterine uymadığı, çalışma ve sözleşme hürriyetini demokratik toplum düzeninin gereklerine ve lcllk ilkesine aykırı olacak şekilde ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Kuralın birinci fıkrasının iptali istenilen bölümün de bulunduğu (6) numaralı bendinde, Maliye Bakanlığının, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

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

6. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmiştir.

7. Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Anayasanın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Öte yandan düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların diğer anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılması da mümkün bulunmaktadır.

8. 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.

9. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

10. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

11. 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde, Maliye Bakanlığına, vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırma, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme, iptali istenilen kuralda ise mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi verilmektedir. Maliye Bakanlığına söz konusu yetkilerin verilmesi, mükelleflerin mali güçlerinin saptanmasını ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını ve kamu borçlarının ödenmesini sağlamak için kamu yararı amacına yönelik olup, kanun koyucu bu konuda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini haizdir.

12. İptali istenilen kural ile Maliye Bakanlığına verilen yetki, çalışma özgürlüğünün güvence alanının kanun koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi anlamında bir sınırlandırma niteliğindedir. Bu sınırlama ticaret yapmak isteyen kişilerin vergi borcu dahil kamuya olan borçlarını ödemeye zorlayıcı nitelik taşıdığından anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır. Ancak iptali istenilen kural ile getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

13. Söz konusu sınırlamanın, amacı itibarıyla Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca ödev olarak belirlenen vergi borcu ile diğer kamu

borçlarının düzenli ve sürekli bir biçimde tahsilini, kamu alacağının güvence altına alınmasını ve tahsilatın hızlandırılmasını sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir. Anayasa ve kanunlarla, kamu giderlerinin karşılanabilmesi için bir ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi durumunda, kanunlarla idareye yüklenen kamu hizmetlerinin, buna bağlı olarak kamu düzeninin ve başkalarının hak ve özgürlüklerini korumanın aksatılmadan sürdürülmesi mümkün olacaktır. Dolayısıyla, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında olan, keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan iptali istenen kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür.

14. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

15. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

2- "...bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,..." Bölümü

a- İptal Talebinin Gerekçesi

16. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan çalışma hürriyeti kapsamında, mükelleflerin ticari faaliyette bulunabilmeleri veya faaliyetlerini sürdürebilmeleri için Maliye Bakanlığına verilen, vergi dairelerine vadesi geçmiş vergi borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirme yetkisi bağlamında, bu zorunluluk kapsamına girecek vadesi geçmiş vergi borcunun ötesinde amme alacaklarının tür ve tutarlarının ve vadesi geçmiş vergi borcu belgesinin aranılmayacağı hallerin kanunla belirlenmesi yerine, tüm bu hususlarda düzenleme yapma ile usul ve esasları belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığına bırakılmasının, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu ve idarenin kanuniliği ilkesi ile

bağdaşmadığı belirtilerek iptali istenilen bölümün, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

17. İptali istenilen hükmün de yer aldığı kuralda, Maliye Bakanlığının, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağını belirlenmesinde yetkili olduğu belirtilmiştir.

18. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, *"yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir"* hükmünün anlamı da budur.

19. Kanun koyucu, vergi hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve vergi ile ilgili kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, kamu gelirlerinin doğru, etkin ve verimli biçimde nasıl ve hangi yöntemlerle sağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

20. İptali istenilen kuralda, ek bir vergi veya vergi benzeri mali yükümlülük getirilmediği gibi, Maliye Bakanlığına vergi ve mali yük konulması konusunda bir yetki de verilmemiştir. Kuralın, vergi yükümlülüğü ile ilgisi bulunmamaktadır. İptali istenilen kural ile Maliye Bakanlığına verilen yetki, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde,

mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirilmesi ile ilgili olarak, bu kapsama girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkindir.

21. İptali istenilen kuralda, kanun koyucu tarafından Maliye Bakanlığına bırakılan düzenleme alanı, vergilendirme ile ilgili temel kurallar olmayıp, kanunda belirlenen mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğun uygulanmasına ilişkin teknik düzenlemeler ve ayrıntıları içermektedir. Bu bağlamda, kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu hakkında Maliye Bakanlığına yetki verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

22. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

23. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

24. Kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 47. Maddesiyle Değiştirilen, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "...gibi hususlarda..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

25. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen ibareyle ihale komisyonlarına, komisyonların aşırı düşük teklif değerlendirmesi sırasında, her ihaleye ve istekliye göre değişebilen, bu yönüyle de istekliler tarafından önceden bilinmeyen ve bilinmesi de mümkün olmayan ve dolayısıyla hukuki belirlilik ile ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkeleriyle bağdaşmayan kriterler belirleme, belirlediği kriterler temelinde aşırı düşük teklif değerlendirmesi yapma ve belgelendirilmemiş cevaplara dayandırma yetkisi verilerek ihale komisyonlarının keyfi uygulamalarının önünün açıldığı, bu

hukuksal belirsizlik içinde her ihaleye ve her istekliye göre değişebilen öngörülemez kriterler ile isteklilerin hukuksal güvenliklerinin ortadan kaldırıldığı, Devletin kamu ihaleleri bağlamında kendisine verilen görevleri yerine getirmesinin kamu ihalelerinde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini hayata geçirecek kurallar koymasından geçtiği, iptali istenilen ibarenin bu ilkelerle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. Kanun'un 38. maddesinin birinci fıkrasında, ihale komisyonunun verilen teklifleri değerlendirdikten sonra, diğer tekliflere veya idarenin tespit ettiği yaklaşık maliyete göre teklif fiyatı aşırı düşük olanları tespit edeceği, bu teklifleri reddetmeden önce, belirlediği süre içinde teklif sahiplerinden teklifte önemli olduğunu tespit ettiği bileşenler ile ilgili ayrıntıları yazılı olarak isteyeceği belirtilmektedir. Maddenin, iptali istenilen ibarenin de bulunduğu ikinci fıkrasında ise ihale komisyonunun, aşırı düşük teklifleri, imalat sürecinin, verilen hizmetin ve yapım yönteminin ekonomik olması, seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin mal ve hizmetlerin temini veya yapım işinin yerine getirilmesinde kullanacağı avantajlı koşullar, teklif edilen mal, hizmet veya yapım işinin özgünlüğü gibi hususlarda yapılan yazılı açıklamaları dikkate alarak değerlendireceği, bu değerlendirme sonucunda açıklamaları yeterli görülmeyen veya yazılı açıklamada bulunmayan isteklilerin tekliflerinin reddedileceği öngörülmekte olup fıkrada yer alan "...gibi hususlarda..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

27. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi düzenlenmiştir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla 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 göz önünde tutarak kullanması gerekir.

28. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. 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. Belirlilik ilkesi ise 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.

29. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, kanun yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

30. Kanun'un 38. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında öngörülen düzenlemeler, ihale komisyonunun yetkilerine ilişkin hususlardır. İptali istenilen "...gibi hususlarda..." ibaresi ile ihale komisyonunun aşırı düşük teklifleri değerlendirirken bentlerde belirtilen sebepler dışında diğer nedenleri de tekliflerin aşırı düşük olması nedeni olarak açıklama kapsamında kabul edebilmesi imkânı getirilmiştir.

31. Aşırı düşük teklif tespit ve sorgulama süreci tüm çağdaş ihale sistemlerinde var olan, fiyat rekabeti ile kaynakların verimli kullanılması ve kamu tarafından yapılan ödemenin karşılığının alınması ilkelerini dengeleyen vazgeçilmez bir aşamayı ifade etmektedir.

32. Kanun'un 38. maddesinin birinci fıkrasında, ihale komisyonunun verilen teklifleri değerlendirdikten sonra aşırı düşük teklifleri diğer tekliflere veya yaklaşık maliyete göre tespit edeceği belirtilmiştir. Kamu kaynaklarının en iyi şekilde kullanılması anlayışı içerisinde tüm ihale kanunlarında en düşük fiyatın değil, işin yapılabilirlik değerine karşılık gelen fiyatın kabul edilmesi ilkesi benimsenmiştir. 4734 sayılı Kanunda bu ilke "*ekonomik açıdan en avantajlı teklif*" olarak adlandırılmıştır. Konuya ilişkin olarak, 4734 sayılı Kanun'un 40. maddesinde, "*37 ve 38. maddelere göre yapılan değerlendirme*

sonucunda ihale, ekonomik açıdan en avantajlı teklifi veren istekli üzerinde bırakılır.” hükmü yer almaktadır.

33. Ekonomik açıdan en avantajlı teklife ise Kanun’un 38. maddesinde hüküm altına alınan aşırı düşük tekliflerin tespit edilmesi ve sorgulanması işlemlerinden sonra ulaşılmakta, bir başka ifadeyle ekonomik açıdan en avantajlı teklif, verilen en düşük fiyat teklifini değil, aşırı düşük tekliflerden arındırılmış teklifler içerisindeki en düşük fiyat teklifini ifade etmektedir. Bu nedenle, aşırı düşük tekliflerin değerlendirilerek ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi gerekmektedir. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda da, ihale komisyonunun aşırı düşük teklifleri değerlendirirken bu teklifler nedeniyle sözleşmenin yürütmesini sıkıntıya düşürmemek, verilen aşırı düşük tekliflerle işin yapılabilirliğini belirleyebilmek için dikkate alacağı hususlar belirtilmiştir. Ancak bu hususlar tahdidi olarak sayılmayıp, “...gibi hususlarda...” denilmek suretiyle işin özelliğinden kaynaklanan ve teklifte önemli olduğu tespit edilen, fakat kuralda belirtilmeyen hususlarda açıklama yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle yapılan işin özelliğine göre değişik bileşenlerin söz konusu olduğu ihale hukukunda bu hususları kanunda saymanın mümkün olmadığı açıktır.

34. Öte yandan, belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlara dayanılarak çıkarılan yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

35. İptali istenilen ibare, ihalelerde saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini ortadan kaldırmayan, kuralda belirtilenlerin dışında yer alan aşırı düşük teklifleri değerlendirme kriterlerini ifade etmektedir. Bu çerçevede, İhale Komisyonunun aşırı düşük teklifleri incelerken hangi hususları değerlendirebileceği Kanun’da sayılmakla birlikte, sayılmayan hususlar açısından da, Kamu İhale Kanunu’nun 5. maddesinde idareler tarafından gözetilmesi gereken ihalelerde

saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik, kamuoyu denetimi, ihtiyaçların uygun şartlarla karşılanması ve kaynakların verimli kullanılması gibi temel ilkeleri ve Kamu İhale Kurumu'nun bu konudaki düzenleyici işlemlerini göz önüne alacağı şüphesizdir. Bu nedenle, aynı konudaki farklı ihalelerde ihale komisyonlarının farklı değerlendirmelerde bulunma durumu da ortadan kalkmış olacaktır. Bu hususlar gözetildiğinde, iptali istenilen ibarenin belirsiz olduğundan söz edilemez.

36. Kaldı ki, idarelerce bu işlemlerin hem 4734 sayılı Kanun'a hem de Kurum tarafından yayınlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerine göre ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin, şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilecekleri belirtilmektedir. Şikayetler ile ilgili Kurum tarafından verilen nihai kararlar da Kanun'un 57. maddesi uyarınca yargı denetimine tâbi bulunmaktadır.

37. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

38. Kuralın Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 47. Maddesiyle Değiştirilen, 4734 Sayılı Kanun'un 38. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine..." ve "...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

39. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen ibareler ile Kamu İhale Kurumuna aşırı düşük teklifler ile ilgili olarak, isteklilerden yazılı açıklama istenilmeksizin ve dolayısıyla isteklilerin teknolojik farktan kaynaklanan maliyet avantajlarını belgeleriyle ortaya koymalarına imkân verilmeksizin sonuçlandırılabilmesine ve hatta reddedilmesine

ilişkin düzenleme yapma yetkisinin verildiği, böylece teknolojik farktan kaynaklanabilecek maliyet farklılıklarının dışlanarak 4734 sayılı Kanun'un, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılması ilkesi yanında, Devlete verilen anayasal görevlerle de bağdaşmayan ihale uygulamalarına yol açıldığı, iptali istenilen düzenlemenin maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmalara karşı negatif ayrımcılık yapılmasına sebep olduğu, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri ile bağdaşmadığı, kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren Devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken, teknolojik farktan kaynaklanan aşırı düşük tekliflerin ihale dışında bırakılmasına ilişkin düzenlemeler yapılmasının önünün açılmasının, Devlete verilen görevlerle uyuşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

40. Kanun'un 38. maddesinin iptali istenilen ibarelerin de bulunduğu üçüncü fıkrasında, Kamu İhale Kurumunun, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne göre aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirlemeye, ihalenin Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, ayrıca yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değer altında olan tekliflerin Kanun'un 38. maddesinde öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkili olduğu, ihale komisyonunun bu maddenin uygulanmasında Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan düzenlemeleri esas alacağı öngörülmektedir. Kuralda yer alan "...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine..." ve "...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

41. Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu

çözömlenirken “kamu yararı” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

42. Kural ile Kamu İhale Kurumuna genel olarak, aşırı düşük tekliflerin tespiti, değerlendirilmesi ve ekonomik açıdan en avantajlı teklifin belirlenmesi amacıyla sınır değerler ve sorgulama kriterleri belirleme, aşırı düşük tekliflerin açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine, yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörölen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan tekliflerin açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeler yapma konusunda yetki verilmekte, ihale komisyonlarının da Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenen düzenlemeleri esas alarak uygulama yapacağı belirtilmektedir.

43. 4734 sayılı Kanun’un 53. maddesinde, “Bu Kanuna ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek.” Kurum’un görev ve yetkileri arasında sayılmış, Kurum’un, Kurul kararıyla bu Kanun’un ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun uygulanmasına ilişkin standart ihale dokümanı, tip sözleşme, yönetmelik ve tebliğler çıkarmaya yetkili olduğu, Kurul ve Kurum’un yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanacağı, standart ihale dokümanları, tip sözleşmeler, yönetmelik ve tebliğlerin Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir. İptali istenilen ibarelerin bulunduğu kuralın da, bu kapsamda Kurum’a verilen görev ve yetkileri içerdiği anlaşılmaktadır.

44. Diğer taraftan Kamu İhale Kurumuna verilen yetki, kamu yararının sağlanması yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun’un amacının gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Kurum takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uygun davranmak zorundadır.

45. Belirtilen özel ve genel sınırlamalara uygun hareket edilip edilmediği, Kamu İhale Kurumuna verilen yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı ise yargı denetimine tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinde, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek, idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur.

46. Bunun yanında madde gerekçesinden kuralın, nispeten küçük işlerin ihalelerinin daha hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve büyük işlere göre mali yönden daha güçsüz isteklilerin iştirak ettiği bu ihaleler sonucunda, aşırı düşük tekliflerden kaynaklanan tasfiye riskinin azaltılmasını sağlamak amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kamu yararı amacıyla çıkarılan iptali istenilen ibareler Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

47. Anayasa'nın 48. maddesinde, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."* denilmektedir.

48. Anayasa'nın 167. maddesinde ise Devlete, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevi verilmiştir.

49. İhalelere teklif veren gerçek ve tüzel kişiler, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Kamu İhale Kurumunun kuruluş amacı ve görevi, kamu ihalelerinin daha sağlıklı ve düzenli bir biçimde yapılmasını sağlamak için çalışmalar yapmaktır. Bunu sağlıklı bir biçimde gerçekleştirmek için 4734 sayılı Kanun'un kendisine verdiği görevleri yerine getirirken görev alanı ve Kanun'da belirtilen diğer hükümler ile bağlıdır. Kamu İhale Kurumu ihalenin açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ve sonuçlandırılabilmesine ilişkin düzenlemeleri belirlerken kuralları, ihale konusu işin türü, niteliği ve yaklaşık maliyeti ile ihale edilme usulüne

göre belirleyecektir. Ayrıca, söz konusu maddede öngörülen açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin düzenlemeleri, yaklaşık maliyeti 8. maddede öngörülen eşik değerlerin yarısına kadar olan hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerinde sınır değerinin altında olan teklifler için yapabilecektir. Bu hususların tek tek kanunda düzenlenmesi ise işin teknik özelliği gereği mümkün değildir.

50. Öte yandan, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılan düzenleyici işlemler kamu ihalesine katılacak tüm kişiler için geçerli ve ortak kuralları içermektedir. Devletin kamu ihalelerinin sağlıklı ve düzenli işlemesi için oluşturduğu Kamu İhale Kurumu'nun, görev alanı ile ilgili konularda ilgili Kanun hükümlerini de gözetmek kaydı ile düzenleme yapmasında ise Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

51. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibareler, Anayasa'nın 2., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 48. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'un 43. Maddesine Eklenen Fıkırdaki Yer Alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gereçesi

52. Dava dilekçesinde özetle, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değerinin altında kalması halinde, kesin teminatın yüklenim altına girilen sözleşme/ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık maliyet üzerinden ve % 6 yerine, % 6 ile % 15 arasındaki bir oranda kesilmesinin öngörülmesi ve böylece düşük teklifte bulunanların ek faiz maliyeti üzerinden cezalandırılarak, yüksek teklifte bulunmanın teşvik edilmesinin kamu maliyesi açısından Hazine zararına, rekabetin engellenmesine ve teknolojik gelişmenin cezalandırılmasına yol açacağı, bu durumun ise adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleri ile bağdaşmadığı, iptali istenilen ibarelerin bulunduğu kuralın elverişli, ölçülü ve orantılı olmadığı, sınır değerinin üzerinde olan ihalelerde kesin teminat, ihale bedelinin % 6'sı oranında alınırken, sınır değerinin altında olan ihalelerde ihale bedeli yerine, referans bir değer olan yaklaşık

maliyetin ve bu maliyetin % 6'sı yerine, % 6 ile % 15'i arasındaki bir oran üzerinden alınmasının teknolojik üstünlüğü olan firmaların negatif ayrımcılığa tabi tutulmaları anlamına geldiği, aynı zamanda kamu alımları yoluyla piyasaya müdahale eden veya en azından piyasayı yönlendiren Devletin, maliyet avantajlı üretim teknikleriyle çalışan firmaları teşvik etmesi gerekirken teknolojik üstünlüğünden dolayı teklifi sınır değer altında kalan firmaları, kesin teminat üzerinden cezalandırmayı öngören düzenlemeler yaparak ülke ekonomisini teknolojik ilerlemeden koparacak yollara başvurmasının Anayasa'nın Devlete verdiği görevlerle bağdaşmadığı belirtilerek iptali istenilen ibarelerin, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

53. "*Kesin teminat*" hususunun düzenlendiği Kanun'un 43. maddesinin birinci fıkrasında, taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınacağı öngörülmüştür. Maddenin, iptali istenilen ibarelerin bulunduğu üçüncü fıkrasında ise Kurumun, ihale üzerinde kalan isteklinin teklifinin sınır değer altında olması halinde, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sından az ve % 15'inden fazla olmamak üzere alınacak kesin teminat oranına ilişkin düzenlemeler yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Dava konusu ibareler, kuralda yer alan "*...yaklaşık maliyetin ...*" ve "*...az ve %15'inden...*" ibareleridir.

54. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş olup, kanun koyucu düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. «*Elverişlilik*», başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

55. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında 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. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

56. Sözleşme düzenlenmesi aşamasında idarece yükleniciden kesin teminat alınması, yüklenicinin yükümlülüğünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacını gütmektedir. İptali istenilen ibarelerin bulunduğu kural uyarınca da, normal koşullar altında, ihale bedeli üzerinden % 6 oranında alınacak olan kesin teminat miktarı, ihalenin aşırı düşük teklif sunan istekli üzerinde kalması halinde Kurum'un, bu istekliden yaklaşık maliyetin % 6'sı ile % 15'i arasında bir oran üzerinden kesin teminat alınmasına ilişkin düzenlemeler yapabilmesine imkân tanımaktadır.

57. Sınır değer, ihale mevzuatında risk oluşturacak değer olarak tanımlanmaktadır. Sınır değerinin altında olan teklifler ihale komisyonunca aşırı düşük teklif olarak değerlendirilmektedir. Aşırı düşük tekliflerin kamuya görünmeyen maliyetleri bulunmakta ve idarenin bu maliyetleri yüklenmesi söz konusu olabilmektedir. Bunun yanında aşırı düşük teklifte projenin istenildiği gibi bitirilememe riski de mevcuttur. Bir ihale, aşırı düşük teklif verene bırakıldığı ve söz konusu proje yapılamadığı takdirde idare bu ihale nedeniyle zarar görebilir. İhale bedeli olarak aşırı düşük teklif verildiği için bu teklif üzerinden kesin teminat yatırılmış olması da idarenin zararını karşılayabilir. Bu nedenle, aşırı düşük teklifler diğer tekliflere nazaran daha riskli olduğundan ve ihale yüklenicisi ile idarenin

korunması amaçlandığından, ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli yerine, yaklaşık maliyet üzerinden daha fazla oranda teminat alınmak suretiyle oluşabilecek zarar en aza indirgenmek istenmiştir. Böyle bir oranın belirlenmesi ve bu oranın yaklaşık maliyet üzerinden belirlenecek olması, aşırı düşük teklif verilmeden önce isteklinin daha iyi düşünmesini, araştırmasını ve aynı zamanda herhangi bir zarar meydana gelirse idarenin buna karşı korunmasını sağlayacaktır. Kamu yararı amacıyla çıkarılan bu düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

58. Kamu İhale Kanunu'nda, kamuya ait parasal kaynakların kullanılması hususu da gözetilerek, kamu ihalelerinde rekabetçi bir ortamın yaratılması ve ihaleye katılanlar arasında fırsat eşitliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. İptali istenilen ibareler ile belirtilen amaçları sağlayabilmek için getirilen önlemin, Kamu İhale Kanunu ile ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez. Ayrıca kanun koyucunun, takdir yetkisi kapsamında aşırı düşük tekliflerin taşıdığı riskin en aza indirilmesi ve oluşacak kamu zararının azaltılması ve kamu kaynaklarının verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla düzenlediği kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda ölçülülük ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

59. Bunun yanında, Kamu İhale Kurumu kendisine verilen bu yetkiyi, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen temel ilkeleri ve diğer hükümleri gözeterek kullanacağından ve Kurumun belirleyeceği kesin teminat oranı, teklifleri sınır değerinin altında olan tüm istekliler için geçerli olacağından, ihale konusu işin bitirilememe riski gözetilerek ihalenin aşırı düşük teklif verenin üzerinde kalması durumunda kesin teminat oranının özel olarak düzenlenmesi eşitlik ilkesine aykırı değildir.

60. Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*", 167. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet*

piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..." kurallarına yer verilmiştir.

61. Buna göre, ihalelerin piyasaların sağlıklı ve düzenli işleyişine uygun ve verimli bir şekilde gerçekleşmesi ve hem idareyi hem de ihale yüklenicisini korumak amacıyla böyle bir düzenleme yapılması Devletin görevleri kapsamında olup, kuralda Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

62. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibareler, Anayasa'nın 2., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E- Kanun'un 80. Maddesiyle, 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

63. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralın siyasal iktidarın ideolojisine ters düşenlerin Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmasını amaçladığı, genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarında bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından buldukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanmasının hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olduğu, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi meşru beklentilerin karşılanması gerektiği, statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde kanunla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmalarının hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğu, kanunların kanun koyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasının zorunlu olduğu, kuralın statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesi ile bağdaşmadığı, iptali istenilen düzenlemenin söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bazılarını Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğu, yasal atamaya karşı eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak hak arama özgürlüklerini kullanılamaz hâle getirdiği, söz konusu kişilerin Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda reel ücret bir yana,

nominal ücret kaybına da uğrayacakları belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

64. İptali istenilen kuralda; başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri öngörülmüştür.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.

66. 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. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.

67. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadrolarının Sosyal Güvenlik Uzmanlığı gibi kariyer mesleklerden gelenler ve idari görevlerden yükselerek gelenler olmak üzere iki ayrı

kaynağı bulunmaktadır. Kariyer meslek kaynağından gelen kişilerin kendi kadrolarına eşit veya daha düşük statüdeki Sosyal Güvenlik Uzmanı kadrolarına atanabilmeleri için kuralda belirtilen koşullara tabi tutulmayacakları açıktır. Dolayısıyla iptali istenilen kural, anılan koşullar aranmaksızın mevcut duruma göre Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip kariyer meslek kaynağından gelenleri değil, önceki görevi ve kadro unvanı itibarıyla Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip bulunmayan kişileri kapsamaktadır.

68. Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kariyer bir meslek olup, bu göreve atanabilmek için Kanun'da belirtilen koşulların taşınması gerekmektedir. İptali istenilen kural ise Sosyal Güvenlik Uzmanı olma koşullarını taşımayan genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürlerine, kariyer bir meslek olan Sosyal Güvenlik Uzmanı olma hakkı tanımaktadır. Ayrıca, bakanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve taşra teşkilatında il müdürü olan kişilerin iptali istenilen kuraldan yararlanabilmeleri için bu kadrolarda toplam en az üç yıl görev yapmış olmaları ve atama tarihi itibarıyla bu kadrolardan birinde bulunmaları gerekmektedir. Bununla birlikte, bu koşullar gerçekleşse dahi bu kişilerin Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanmaları konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

69. Genel müdür yardımcısı, daire başkanı ve il müdürü kadroları idareci (yönetici) kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden, buldukları statülerden doğan, tahakkuk etmiş, kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Bu nedenle, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak bu kişilerin idarecilik görevlerine son verilmesi ve kariyer meslek kadrolarından gelenlerin kendi kadrolarına, kariyer mesleklerden gelmeyenlerin ise bazı koşulları taşımak kaydıyla, geldiği kadrodan daha üst bir görev olan Sosyal Güvenlik Uzmanlığı kadrolarına atanmaları mümkün olup bunu düzenleyen kuralın kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

70. Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

71. Kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu görevlilerinin statüsünde, bunların unvanlarında, görev ve yetkilerinde olduğu gibi bu statülere atanma koşullarında da değişiklikler yapabilir. İptali istenilen kural ile kariyer meslek kaynağından gelmeyen ve Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanma imkânına sahip olmayanlardan hizmetine ihtiyaç duyulanların, kuralda belirtilen genel müdür yardımcılığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında il müdürlüğünü en az üç yıl ifa etmeleri ve atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla kariyer meslek olan Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanabilmelerinin sağlanmak istendiği ve düzenlemenin bu amaçla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. İptali istenilen kural ile amaçlanan kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

72. İptali istenilen kuralda genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü olanların tümünün değil, en az üç yıl görev yapmış olanların ve atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunanların Sosyal Güvenlik Uzmanlığına atanabileceği belirtilmiştir. İdare hukukunun genel ilkeleri uyarınca idarenin bu yetkisini kullanırken kuralda belirtilen şartları taşıyanlar yönünden de kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı esasına göre ayırım yaparak atama yapmak zorunda olduğu açıktır. Kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı amacıyla atama yapabilmesi için ise söz konusu kadrolarda çalışanların başarısı, liyakatı gibi çeşitli ayırt edici kriterlerin kullanılması gerekir. Bu nedenle, bu kriterleri taşıyan kişilerle taşımayanlar

aynı hukuki durumda bulunmadıklarından iptali istenilen kural uyarınca bunlar arasında ayırım yapılarak bunların farklı kurallara tabi kılınmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

73. Diğer taraftan, 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. Anayasa'nın 125. maddesinde ise "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...*" denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

74. İptali istenilen kural ile idare tarafından Başkanlık merkez teşkilatında genel müdür yardımcısı, daire başkanı veya taşra teşkilatında il müdürü kadrolarında çalışanların Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanmış sayılması değil, bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından Sosyal Güvenlik Uzmanı olarak atanabilmesi düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu kuralın uygulanabilmesi için idari işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca da, idari işlemler yönünden kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkün olduğundan, iptali istenilen kuralda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

75. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

76. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

77. Kuralın Anayasa'nın 70. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 85. Maddesiyle, 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un; 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (n) Bendi ile 90. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 6/A Maddesinin (1), (2), (3) (4), (5), (6), (8), (9), (10) Numaralı Fıkraları ve 93. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 9. Maddesinin (5) ve (8) Numaralı Fıkraları ve 100. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 3. Maddesinin (1), (3), (4) Numaralı Fıkraları ile (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

78. Erişim Sağlayıcıları Birliği (ESB), Kanun'un 6/A maddesi ile bir özel hukuk tüzel kişisi olarak, Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere kurulmuştur.

79. Kanun'un 2. maddesinin iptali istenilen (n) bendinde; Birliğin, Erişim Sağlayıcıları Birliğini ifade ettiği belirtilmiştir.

80. Kanun'un iptali istenilen 6/A maddesinde ise, ESB ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere Erişim Sağlayıcıları Birliğinin kurulduğu, (2) numaralı fıkrasında Birliğin özel hukuk tüzel kişiliğini haiz ve merkezinin Ankara olduğu, (3) numaralı fıkrasında Birliğin çalışma usul ve esaslarının Kurum (BTK) tarafından onaylanacak Tüzükle belirleneceği ve Tüzük değişikliklerinin Kurumun onayına tabi olduğu, (4) numaralı fıkrasında Birliğin, Tüzüğün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı, (5) numaralı fıkrasında Birliğin 5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve koordinasyonu sağlayan bir kuruluş olduğu, (6) numaralı fıkrasında 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceği, kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri

tarafından sağlanacağı, (8) numaralı fıkrasında Birliğin kendisine gönderilen mevzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz edebileceği, (9) numaralı fıkrasında Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satışı oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği, (10) numaralı fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağı öngörülmüştür.

81. Kanun'un iptali istenilen geçici 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise Birliğin kuruluşunun bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanacağı, (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmecilerin üyeliklerini tamamlamak zorunda oldukları, (3) numaralı fıkrasında belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması halinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı, (4) numaralı fıkrasında ise Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışların yüzde biri oranında idari para cezası uygulanacağı ifade edilmektedir.

82. Kanun'un 9. maddesinin iptali istenilen (5) numaralı fıkrasında da hâkimin 9. madde kapsamında kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle verdiği erişimin engellenmesi kararlarının doğrudan Birliğe gönderileceği, (8) numaralı fıkrasında Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereğinin derhal, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirileceği belirtilmektedir.

83. ESB, 19 Mayıs 2014 tarihinde faaliyete başlamıştır. Birliğin asıl görevi, Kanun'un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcılar faaliyette bulunamazlar. Bu özelliklere bakıldığında, ESB dernek veya vakıf statüsünde değildir.

84. Anayasa'nın 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 ile ve halk ile 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 tüzelkişilikleridir."* denilmektedir. ESB'nin, kamu tüzel kişisi olmaması ve oluşturulma amacının, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarını yerine getirmek olması göz önüne alındığında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında da değerlendirilemeyeceği açıktır.

85. İnternetteki hukuka aykırılıkların giderilebilmesi ancak erişimin engellenmesi yoluyla yapılabilmekte, erişimin engellenmesi ise ancak erişim sağlayıcılar üzerinden gerçekleştirilebilmektedir. İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla ESB kurulmuştur. ESB, erişim sağlayıcıları ile bağlantıyı sağlamakta ve erişimin engellenmesi ile ilgili kararları erişim sağlayıcılara iletmekle görevli bulunmaktadır.

86. ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun belirtilmesi ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğünün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın

onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğın zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yanının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir.

2- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

87. Dava dilekçesinde özetle,

a. Kanun gerekçesinde “Erişim Sağlayıcıları Birliğı” adı altında, özel hukuk tüzel kişiliğine ve kamusal yetkilere sahip, nev’i şahsına münhasır bir yapının kurulmasının esas amacının, içeriğın yayından çıkarılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infazında yaşanan sorunların giderilmesi olduğunun belirtildiğı, Kanun’un 6/A maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı” ibaresi ile bunun amaçlandığı ve bu konuda uluslararası uygulamaların esas alındığı ifade edilmiş ise de başka ülkelerde benzeri bir örneğe rastlamanın mümkün olmadığı,

b. Maddenin beşinci fıkrasında tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımını mecbur kılan ve onuncu fıkrasında Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarının faaliyette bulunamayacağını öngören bir tüzel kişiliğın, hukuka uygun ve meşru bir tüzel kişilik olarak kabul edilemeyeceğı, söz konusu Birliğın, Telekomünikasyon İletişim Başkan’ının emir ve talimatını yerine getirmekten öte bir işlevi olmayacak bir kurum mesabesine indirildiğı, tüm internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğe üye olma zorunluluğı getiren bu düzenlemenin, sektörde faaliyette bulunmak için yeni bir “koşul” getirilmesi anlamına geldiğı, Birliğı hem kurmanın hem de bu Birliğe üye olmanın, servis sağlayıcılar açısından açıkça zorunlu hale getirilmiş olmasının, ulusal ve uluslararası hukuk ile teminat altına alınmış olan ve hiç kimsenin iradesi dışında bir örgüte üye olmaya zorlanamayacağını da içeren örgütlenme özgürlüğünün ihlali anlamına geleceğı ve girişim özgürlüğünü de ihlal ettiğı, ilgili alanda girişimde bulunmak isteyen gerçek ve tüzel kişiler için yeni bir “piyasaya giriş şartı” getirildiğı, Birliğın Kanun’un 6/A maddesinin ikinci fıkrasında özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun açıkça belirtildiğı, Birliğe üye

olmayan internet servis sağlayıcılarını Devlet eliyle sektör dışı bırakmanın hem rekabet hukukunu ihlal edici, hem de böyle bir erişim sağlayıcının müktesep hakkını gasp edici nitelikte olduğu, bu nedenle 6/A maddesinin beşinci ve onuncu fıkralarının dernek kurma hürriyetine aykırı olduğu, öte yandan anılan düzenlemelerin girişim özgürlüğünü kısıtladığı ve demokratik bir toplumda gerekli ve zorunlu olmadıkları,

c. Kanun'un 6/A maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, işletmelerin, iradeleri dışında dâhil oldukları ve kamusal nitelikte bir yükümlülüğü yerine getirecek olan Birliğin ve engelleme tedbirlerinin bütün külfet ve giderlerinden sorumlu tutulmalarının hakka ve hakkaniyete aykırı olup, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, kamusal yükümlülüğün erişim sağlayıcılara devredilmesine ek olarak, erişim engelleme tedbirlerinin yüksek maliyetli alt yapılar gerektiriyor olması karşısında, bu tedbirlerin ancak, piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücüne sahip internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilebilmesinin, piyasaya yeni giren ve daha küçük çapta faaliyet gösteren işletmecilerin, elektronik haberleşme hizmeti sunamamaları ile sonuçlanacağı, bu tedbirlerin piyasada hâkim durumda olan veya etkin piyasa gücünü elinde bulunduran internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren işletmeciler tarafından yerine getirilmesinin tekelleşme ve kartelleşmenin önünün açılmasını sağlayacağı,

d. 6/A maddesinin birinci, beşinci, altıncı ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırılığının aynı maddenin iptali istenilen diğer fıkralarına da sirayet ettiği ve anılan fıkraların da kaçınılmaz bir şekilde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğuracağı, bu fıkralar hakkında ileri sürülen bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin aynı maddenin diğer fıkra hükümleri yönünden de aynen geçerli olduğu,

e. Kanun'un 6/A maddesinin iptali ile ilgili olarak ileri sürülen tüm Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin, Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendi ile 9. maddenin iptali istenilen fıkraları için de geçerli olduğu, zira belirtilen maddeler arasında organik bir bağ bulunduğu, maddelerin varlıklarını sürdürmelerinin birbirlerine bağlı olduğu,

f. “Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır” hükmünün, halen Birliğe üye olmayan internet servis sağlayıcılarına ve erişim hizmeti veren işletmecilere Birliğe üye olma zorunluluğu getirdiği, bu mecburiyete uymamanın müeyyidelerinin ise geçici 3. maddenin (3) ve (4) numaralı fıkralarında gösterildiği, halen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ile erişim hizmeti veren işletmecilerin Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde üyeliklerini tamamlamak zorunda bırakılmalarının dernek kurma hürriyetine, “Çalışma ve sözleşme hürriyeti”ne ve “Sendika kurma hakkı”na açıkça aykırı olduğu, diğer yandan Kanun’un 6/A maddesi hakkında ileri sürülen bütün Anayasa’ya aykırılık gerekçelerinin geçici 3. madde yönünden de aynen geçerli olduğu,

belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 2., 5., 33., 36., 40., 48., 51. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

88. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

89. Kanun koyucunun ESB’yi, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılması ve işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmamasını da gözeterek, erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurduğu anlaşılmaktadır. Bu şekilde düzenlemeler yapılması ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

90. ESB söz konusu erişimin engellenmesi kararlarını doğrudan yerine getirmemekte, yalnızca erişim sağlayıcılar ile söz konusu kararın muhatapları arasında aracılık görevi yapmaktadır. Birliğe üye olunmasının zorunlu olması ise Birliğe verilen görevin bir gereği olup, zorunluluk getirilmemesi halinde erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır. ESB'nin çalışma usul ve esasları Kurum tarafından onaylanacak Tüzükle belirlenmekte, tüzük değişiklikleri de Kurumun onayına tabi bulunmaktadır. Ayrıca ESB, Tüzüğüne BTK tarafından uygun bulunmasını müteakip faaliyete geçmektedir. Bu nedenle, Birliğin Devlet tarafından gözetim ve denetimi de söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak için kurulan Birliğin yapısı, işleyişi ve kurulması ile ilgili olarak getirilen kurallar belirli ve öngörülebilirdir.

91. Anayasa'nın 48. maddesinde *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."* denilmektedir.

92. Erişim sağlayıcılar, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Erişim sağlayıcılarının ESB'ye üye olma zorunluluğunun getirilme amacı gözetildiğinde, bu amaca ancak tüm erişim sağlayıcıların söz konusu Birliğe üye olması ile ulaşılabileceği açıktır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından getirilen kurallar da bu kapsamda olup, erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesindeki muhatap belirsizliğini ortadan kaldırmak, kararların bir an önce yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Aksi takdirde söz konusu sistemin işlemesi mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* hükmü gözetildiğinde, mahkeme kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak için erişim sağlayıcıların ESB'ye üye

olma zorunluluğunun getirilmesi, Devletin pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup, kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

93. İnternet piyasası yazılım ve donanım sistemi üzerine kurulmuştur. Erişim sağlayıcıların faaliyetlerini gerçekleştirebilmeleri için, gerekli olan yazılım ve donanıma sahip olmaları gerekmektedir. Kanun'un iptali istenilen 6/A maddesinin (6) numaralı fıkrasında da, kararların uygulanması amacıyla gerekli her türlü donanım ve yazılımın erişim sağlayıcıların kendileri tarafından sağlanacağı belirtilmiştir.

94. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği gibi, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci devlettir. Anayasamız, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul etmekte, aynı zamanda bütün çağdaş anayasalarda olduğu gibi kamu yararı amacıyla bunlara sınırlamalar getirilebilmesini ve özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmektedir. Anayasa'nın, *"kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak"* görevini Devlete veren 5. maddesi, *"özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri"* almakla görevlendiren 48. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde çalışma hayatına müdahale edebileceğini göstermektedir. Devlet, internet ortamında yapılan yayınlar nedeniyle kişilik hakları ve özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişilerin korunmasını sağlamakla görevlidir. Bunun için de bu hakları ihlal edilen kişilere yönelik yayınlara erişimin engellenmesini sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ni kurmuştur. Bu kapsamda, erişimin engellenmesi için gerekli olan her türlü donanımın ve yazılımın erişim sağlayıcılarının kendileri tarafından karşılanmasına yönelik hüküm de Devletin aldığı tedbirler kapsamında olup bu hususlarda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Belirtilen nedenlerle söz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı değildir.

95. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Birliğe, gereği yerine getirilmek üzere gönderilen kararlardan mevzuata uygun olmadığını düşündüklerine itiraz hakkının tanınması ise kamu yararını sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Birliğe itiraz

hakkı tanınmak suretiyle, verilen erişimin engellenmesi kararının tekrar gözden geçirilmesi sağlanmak istenmiştir. İptali istenilen kurallardan 6/A maddesinin (9) numaralı fıkrasında düzenlenen, Birliğin gelirlerinin, üyeleri tarafından ödenecek ücretlerden oluşacağı, alınacak ücretlerin, Birliğin giderlerini karşılayacak miktarda belirleneceği, bir üyenin ödeyeceği ücretin, üyelerin tamamının net satış tutarı toplamı içindeki o üyenin net satış oranında belirleneceği, üyelerin ödeme dönemleri, yeni katılan üyelerin ne zamandan itibaren ödemeye başlayacağı ve ödemelere ilişkin diğer hususların Birlik Tüzüğünde belirleneceği, süresinde ödenmeyen ücretlerin Birlikçe kanuni faizi ile birlikte tahsil edileceği hususları ESB'nin varlığını devam ettirmesi ve kendisine yüklenen erişimin engellenmesi görevinin yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir. Kamu yararı amacı ile çıkarılan bu düzenlemeler de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir.

96. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

97. Kuralların, Anayasa'nın 33., 36., 40., 51. ve 167. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 90. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 6/A Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

98. Dava dilekçesinde özetle, kuralın tebligat mevzuatına aykırı olduğu gibi uluslararası anlaşmalarla korunan hukuki menfaatleri ve tebligat güvenliğini zedeler mahiyette olduğu, kuralın uygulanması durumunda Birliğe yapılan tebligatın muhatabı olan erişim sağlayıcıya gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise içeriğine ne zaman vakıf olduğu, tebligatın tebellüğ yetkisine sahip olanlarca alınıp alınmadığının muallakta kalacağı, geçerli tebligatlara bağlanan süreler ve süreçlerin tüm erişim sağlayıcılar için geçerli olmak üzere Birliğe yapılan tebligat ile sağlanmasının hukuki güvenliği sarstığı, düzenleme ile bir çok hukuki sürecin ilgili tarafın tebligat içeriğinin farkında dahi olmadan önce başlayabileceği, bu durumun ise hak arama hürriyetini ciddi bir

şekilde tehdit edebileceği, gerçek ve tüzel kişilerin haklarını doğrudan etkileme kapasitesine sahip olan tedbir/yaptırım kararlarının, başka bir özel hukuk tüzel kişisine tebliğ edilmesinin geçerli addedilmesinin savunma hakkının etkin kullanımını engellediği, 5651 sayılı Kanun kapsamında internet servis sağlayıcılık faaliyeti yapanlara Birlik vasıtasıyla yapılacak bildirim muhatabına ulaşmaması halinde, bu muhatapların meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı, davalı, müşteki veya muteriz olarak iddia ve savunma hakları ile adil yargılanma hakkının elinden alınması ve dolayısıyla hak arama hürriyetinden mahrum bırakılmaları anlamına geleceği, ayrıca kuralda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerin ihlal edildiğini iddia eden gerçek veya tüzel kişilere yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmadığı ve yine benzer durumlarda ilgili gerçek veya tüzel kişilere hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağı ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

99. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderileceği, ikinci cümlesinde ise bu kapsamda Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı öngörülmektedir.

100. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*hukuk güvenliği*" ilkesidir. 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.

101. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 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 mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil

yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. 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 etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

102. Tebligat, yetkili makamlarca birtakım hukuki işlemlerin, bu işlemlerin hukuki sonuçlarından etkilenmeleri amaçlanan kişilere kanuna uygun şekilde bildirim ve bu bildirim usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesidir. İşlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğrulanması için usulüne uygun olarak muhatabına bildirilmesi gerekir. Bu şekilde yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

103. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesi uyarınca erişimin engellenmesi için verilen kararlar, gereğinin yerine getirilmesi için Birliğe gönderilecektir. ESB, erişim sağlayıcılar ile mahkemeler ve idare arasında koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Kural ile kararların en kısa sürede yerine getirilmesi ve bu konudaki muhatap belirsizliğinin kaldırılması amaçlanmıştır. Erişim sağlayıcıların sayısının her gün artması, bunları takip etmenin ve adreslerine ulaşarak tebligat yapılmasının zorluğu hususları gözetildiğinde, sistemin en iyi şekilde işlemesi için erişimin engellenmesi kararlarının gereği için ESB'ye gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır. Kaldı ki ESB, yalnızca erişim sağlayıcılar ile koordinasyonu sağlamaktadır. Böyle bir düzenleme de anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

104. Kanun'un 6/A maddesinin iptali istenilen ikinci cümlesinde ise 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının gereği için Birliğe gönderilen tebligatın, erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı belirtilmektedir. Birliğe yapılan tebligat tarihi, erişim

sağlayıcıya yapılmış tebligat tarihi sayılmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları en geç dört saat içinde yerine getirmekle görevlidir.

105. Kişi hak ve özgürlüklerinin zarar görmesinin engellenmesi amacıyla erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinde ortaya çıkacak gecikme, telafisi imkânsız sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesi gerekmektedir. Bunu sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı kabul edilmiştir. Getirilen sistem ile mahkemelerce ve idare tarafından verilen kararlar ESB'ye elektronik ortamda doğrudan iletilmekte, ESB de erişim sağlayıcılar ile kurmuş olduğu sistem üzerinden, bu kararları aynı anda erişim sağlayıcıların bildirilen elektronik adreslerine iletmektedir. Söz konusu tebligatın erişim sağlayıcılara ulaştığı da sistemden görülmektedir. Yapılan işin özelliği gereği en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim, ESB'nin ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olduklarının tespit edilebilmesi hususları göz önüne alındığında iptali istenilen düzenlemeler kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralların hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez.

106. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

107. Erdal TERCAN, Kanun'un 6/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

H- Kanun'un 93. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 9. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

108. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 6/A maddesi kapsamında belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 33., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

109. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenilen kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

110. Kanun'un 9. maddesinin iptali istenilen (9) numaralı fıkrasında, anılan madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı öngörülmektedir.

111. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."* denilerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kapsamı belirtilmiştir.

112. Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen *"düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* nin sınırları ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, bu özgürlüğün kullanılması, 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 sınırlanabilir.

113. Anılan düzenlemeler uyarınca ifade özgürlüğü, sadece *"düşünce ve kanaate sahip olma"* özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan *"düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma"*, buna bağlı olarak *"haber veya görüş alma ve verme"* özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere,

başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

114. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "söz, yazı, resim veya başka yollar" olarak ifade edilmiş ve "başka yollar" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

115. Öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

116. İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez niteliktedir.

117. Bir internet sitesine erişimin engellenmesine karar verildiği hallerde hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin göz önünde bulundurulması zorunludur.

118. İptali istenilen kural uyarınca, erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının aynısı ya da aynı mahiyetteki yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda Birlik, bir değerlendirme yapacak ve yargı organınca yeni bir karar alınmaksızın, ilgili kişinin Birliğe müracaat etmesi halinde hâkimin vermiş olduğu karar, bu adresler için de uygulanacaktır.

119. Hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının aynısının bir başka internet adresinde yayınlanması durumunda Birlik tarafından kararın bu adresler için de uygulanmasında sorun bulunmamaktadır. Bu durumda mevcut kararın bu adresler için de uygulanması, söz konusu hâkim kararının yerine getirilmesinden ibarettir. Çünkü belirtilen yayının kişilik hakkını ihlal ettiği mahkeme tarafından tespit edilmiş durumdadır. Birliğin burada yapacağı şey, söz konusu yayının aynı olup olmadığını ve ihlale konu yayının belirtilen internet adresinde aynen veya bir parçasının yayınlanıp yayınlanmadığını belirlemekten ibarettir. Ayrıca, hâkim kararını etkisiz kılacak şekilde çok küçük değişiklikler yapılmak suretiyle aynı eylemin gerçekleştirilmesi halinde de ihlale konu yayının aynı olduğu kabul edilmelidir. Burada Birlik tarafından hukuki bir değerlendirme yapılması söz konusu olmayıp maddi olay tespit edilecektir. Bu durumda da erişimin engellenmesi kararının uygulanacağı yayın, daha önce hâkim kararıyla tespit edilmiş olduğundan herhangi bir belirsizlikten bahsedilemeyeceği gibi ifade hürriyetinin keyfi veya ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasından da söz edilemez.

120. Ancak, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin *“aynı mahiyetteki yayınların”* başka internet adreslerinde yayınlanması durumunda ilgili kişinin Birliğe başvurması halinde bunun tespiti de Birliğe bırakılmaktadır. Aynı mahiyetin tespiti, yayının aynı olmasından farklı olup, bu yayının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. *“Aynı mahiyetteki yayınlar”*, hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan, ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal edebilecek mahiyette olan yayınlardır. Kişilik hakkının kapsamı ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiği ise ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki konumları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda iptali istenilen kuralla aynı mahiyetteki yayınların ESB’ye erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetki, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu

karşılamağığı gibi kapsam ve sınırları da belirsizdir. Kural “aynı mahiyetteki yayımlar” yönünden belirli ve öngörülebilir değildir.

121. Öte yandan, Birlik tarafından hakimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayınlanması halinde bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanması, bu sitelerden yararlanılmasını engellediğinden ifade özgürlüğünü de ölçüsüzce sınırlandırmaktadır.

122. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kuralda yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi, Anayasa’nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

123. Kuralın kalan bölümü ise Anayasa’nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

124. Serdar ÖZGÜLDÜR kuralda yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptali ile ilgili sonuca farklı gerekçe ile katılmış, kuralın “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi dışında kalan bölümü için bu görüşe katılmamıştır.

125. Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ kuralda yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptali ile ilgili bu görüşe katılmamışlardır.

126. Kuralın Anayasa’nın 33., 36. ve 40. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun’un 100. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun’a Eklenen Geçici 3. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

127. 5651 sayılı Kanun’a 6518 sayılı Kanun’un 100. maddesiyle eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, 27.3.2015 tarihli, 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 30. maddesiyle değiştirilmiştir.

128. Bu nedenle, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

İ- Kanun'un 85. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (o) Bendinde Yer Alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

129. Dava dilekçesinde özetle, erişimin engellenmesi tanımıyla erişimin engellenmesi sırasında kimi yöntemlerden "*benzeri yöntemler*" olarak söz edilmesinin 5651 sayılı Kanun'un amacı ve kapsamı ile çeliştiği ve hukuki belirsizliğe sebebiyet verdiği, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin normların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

130. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda erişimin engellenmesinin tanımı yapılarak, erişimin engellenmesinin, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade ettiği belirtilmektedir. İptali istenilen kural "*...ve benzeri yöntemler kullanılarak...*" ibaresidir.

131. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. 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.

132. Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. İnternet sitelerine erişimin engellenmesi için kullanılan tek bir yöntem bulunmamaktadır. Engellenenin kapsamı, kullanılan teknik, engelleme süresi, engelleme öncesi ve sonrası takip edilen süreç teknolojik gelişmeye göre değişmektedir.

133. Kanun koyucu, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda internet faaliyetleri konusundaki gelişmeleri gözeterek düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

134. Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilemez.

135. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralın, internet ortamındaki gelişmelerin dinamik ve değişken olması gözetilerek, meydana gelen bilimsel ve teknolojik gelişmelerden faydalanmak suretiyle değişen koşullara uyularak erişimin engellenmesinin yapılabilmesi için kamu yararı amacıyla getirildiği anlaşılmıştır.

136. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda, erişimin engellenmesinin tanımı yapılırken alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi yöntemleri sayılmış ve devamında *“...ve benzeri yöntemler kullanılarak...”*

erişimin engellenebileceği belirtilmiştir. Erişimin engellenmesi usulleri, özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen, hızlı, teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında çok hızlı değişen ve gelişen tekniklerdir. Bu nedenle, bu tedbirlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Kanun koyucunun erişimin engellenmesi yöntemlerini açık bir şekilde saydıktan sonra bu engelleme yöntemlerine benzer biçimde yapılan erişimin engellenmesini de bu kapsamda değerlendirmesinde hukuk devletine aykırılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, “... ve benzeri yöntemler kullanılarak...” ibaresinin belirsiz olduğundan ve keyfi uygulamalara yol açacağından söz edilemez.

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

J- Kanun'un 85. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (r) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

138. Dava dilekçesinde özetle, gerek yurt içinde gerekse yurt dışında faaliyet yürütenlere internet sayfalarında bulunan e-mail adreslerinden geçerli tebligat yapılabilmesine olanak sağlayan düzenlemenin ülkemizin tebligat mevzuatına aykırı olduğu gibi uluslararası anlaşmalarla korunan hukuki menfaatleri ve tebligat güvenliğini de zedelediği, hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden veya yurt dışından yürütenlere internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta yoluyla bildirim yapılması durumunda, gönderilen e-mailin gidip gitmediği, muhatabına ulaşıp ulaşmadığı, ulaştı ise ne zaman görülüp açıldığı, açıldı ise tebellüğ yetkisine sahip olanlar tarafından alınıp alınmadığı hususları yanında, ayrıca yurt dışında bulunan hizmet sağlayıcısının tabi olduğu kamu hukukunu ihlal edebilecek bir düzenleme olduğu, 6518 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırılığının, bu düzenlemenin Kanun metninde ifadesini bulduğu Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin de kaçınılmaz bir biçimde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğuracağı, ayrıca

bu şekilde bir uygulamanın birçok hukuki sürecin ilgili tarafın haberi olmadan başlayabileceği anlamını taşıdığı gibi hak arama hürriyetini ciddi bir şekilde tehdit edebileceği, birçok durumda, idari eylem ve işlemlerin muhatabı olan kişilerin dava, itiraz v.s. süreleri kaçırabileceği ve hak arama özgürlüğünden mahrum kalacakları, hak arama hürriyeti ihlalinin beraberinde Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracağı, iptali istenilen kurallar ile hak arama hürriyetinin ihlali halinde idari işlemlerin muhataplarının yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkının tanınmadığı ve anılan hükümlerle ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağına ve süresine yer verilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

139. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenilen (r) bendinde, uyarı yöntemi tanımlanmış ve uyarı yönteminin; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içeriğin yayından çıkarılması amacıyla, öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına, iletişim adresleri üzerinden gerçekleştirilecek bildirim yöntemini ifade ettiği belirtilmiştir.

140. Uyarı yöntemi, Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ilgili bulunmakta ve bu fıkroda; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebileceği öngörülmektedir. İptali istenilen kural da, uyarı yönteminin nasıl yapılacağına ilişkin bir hükümdür.

141. Kanun'un 2. maddesinin (r) bendinde belirtilen uyarı yönteminde, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, içeriğin yayından çıkarılması amacıyla öncelikle içerik sağlayıcısına, makul sürede

sonuç alınamaması hâlinde yer sağlayıcısına iletişim adresleri üzerinden başvuracaklardır. Kanun'un 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan, "İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır." hükmü karşısında içerik ve (veya) yer sağlayıcısı, içeriğin yayından çıkarılması talebini 24 saat içinde cevaplamalıdır. İçerik ve yer sağlayıcısına başvurma hakkı zorunlu bir hak olmayıp, kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, içeriğe erişimin engellenmesini doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak da isteyebilir.

142. İptali istenilen kuralda, yetkili makamlarca yapılacak bir bildirimden değil, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle, haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından yapılacak, içeriğin yayından çıkarılmasına ilişkin bir bildirim yönteminden bahsedilmekte ve bu bildirim içeriği veya yer sağlayıcıların iletişim adreslerine yapılacağı öngörülmektedir. Kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin uyarı yöntemine başvurma zorunluluğu bulunmamakta, bu kişilerin içerik veya yer sağlayıcılara başvurmadan doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin yayından kaldırılmasını talep etme hakları da bulunmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu hüküm sebebiyle yapılacak bildirim sonucunda kişilerin hak arama özgürlüğünü olumsuz etkileyecek bir durum söz konusu değildir.

143. Öte yandan, Kanun'un 2. maddesinin (r) bendinde belirtilen "uyarı yöntemi"ne ilişkin tanımda, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler tarafından içerik ve yer sağlayıcısının iletişim adresleri üzerinden bildirim yapmaları öngörülmektedir. İletişim adresi ise içerik ve yer sağlayıcıya ulaşılabilir belli adresler olup bu hususta düzenleme yapılması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

144. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

145. Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 86. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

146. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (r) bendi kapsamında belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

147. Kanun'un 3. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabileceği öngörülmüştür.

148. Günümüzde elektronik sistem oldukça yaygınlaşmış ve hayatın her alanında kullanılabilir hale gelmiştir. Gelişen teknolojiye uygun olarak tebligatlarda da elektronik ortamın kullanılması gündeme gelmekte, hatta bazı alanlarda elektronik tebligatın uygulanması zorunluluğunu gerektirmektedir.

149. 5651 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu Kanun'un amaç ve kapsamının, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlara içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir. İptali istenilen kural ile de 5651 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabileceği öngörülmüştür. Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlü oldukları, aynı maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca da bu yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından idari para cezası verileceği

belirtmiştir. Bu madde kapsamında yer alan içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcılar belirtilen hüküm gereği kendilerine ulaşılacak şekilde tanıtım bilgilerini internet sayfasında güncel olarak bulundurmakla zorunludurlar.

150. İçerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcıların yapmış oldukları işin bilişim sistemine ait olması, yerine getirdikleri hizmetler açısından yapılacak bildirimlerin en kısa sürede kendilerine ulaşmasının gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim ve bilişim sistemlerinin ilerlemesi göz önüne alındığında iptali istenilen kuralın bu kişilere yapılacak bildirim en hızlı ve en kısa sürede gerçekleştirilmesini sağlamak için kamu yararı amacına yönelik olarak çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

151. Kuralda belirtilen kişilere elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile yapılabilecek olan bildirim, kendilerine ulaştığının tespit edilebilmesi karşısında, iptali istenilen kuralda hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

152. Öte yandan, içerik, yer, erişim ve toplu kullanım sağlayıcılara elektronik posta ile yapılacak olan bildirimler, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden yapılabilecektir. İptali istenilen kuralda, benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta ile bildirim yapılabilmesinin belirtilmesinin, yeni teknolojik gelişmelerin ortaya çıkması halinde değişen koşullara uyum sağlanarak bildirim yapılabilmesine olanak sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Benzeri kaynaklarla elde edilen bilgilerden kastedilenin ise kuralda sayılan internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi gibi internetten belirlenebilecek hususlar olduğu açıktır. Bu nedenle, kuralın bu yönüyle belirsiz olduğundan söz edilemez.

153. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

154. Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 87. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın ve Kanun'un 88. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın ve Kanun'un 89. Maddesi ile 5651 Sayılı Kanunun 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (d) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

155. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen hükümlerin, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, tüm internet kullanıcılarının iletişim verilerinin, herhangi bir hukuki sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hale getirmek için düzenlendiği, tüm bu süreç boyunca kısıtlamanın muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberinin olmayacağı, idarenin tamamen keyfi olarak verdiği bu karar nedeniyle zarar görecektir kişinin itiraz etmesinin mümkün olmadığı gibi yer ve erişim sağlayıcının da bu karara itiraz etmekte bir menfaatinin bulunmadığı, özel hayata müdahaleye sebep olacak bu uygulamanın hak arama hürriyetini ortadan kaldırmasının ötesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen etkili başvuru yolunu kullanılamaz hale getirdiği, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*" kuralına çok açık bir biçimde aykırılık teşkil ettiği, "...kanunda öngörülen haller" in nelerden ibaret olduğunun 6518 sayılı Kanun'un hiçbir maddesinde belirtilmediği, öte yandan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından içerik (yer ve erişim) sağlayıcısından talep edilecek olan bilgilerin mahiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, talep yönteminin de net ve sarıh olmadığı, bilginin hassas bilgi, şahsi bilgi, gizli bilgi, ticari sır gibi çeşitli türlerinin bulunduğu, bu tür bilgilerin hangisinin hangi yöntemlerle talep edileceğinin kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzem olduğu, iptali istenilen hükümlerde Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü olduğu öngörülse de bu tedbirlerin ne olduğunun açıklanmadığı, dolayısı ile belirsiz olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği, oysa iptali istenilen kurallarda içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından, talebi halinde Başkanlığa teslim edilecek kişisel bilgilere Başkanlığın erişimini sınırlandıracak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, temel

bir hakka müdahale niteliğindeki bir işlemin objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirilmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olmasının gerektiği, iptali istenilen hükümler uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcıları TİB'in talep ettiği özel hayata ilişkin bütün bilgiler de dahil olmak üzere her türlü bilgiyi Başkanlığa teslim etmek zorunda olduklarından hak arama hürriyetinin ortadan kaldırıldığı, bu anayasal hakkı ihlal edilenlerin hangi kanun yollarını kullanarak, hangi mercilere başvuracağı ve sürelerinin gösterilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 20., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

156. Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, içerik sağlayıcının, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim edeceği ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri alacağı öngörülmektedir.

157. Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde ise, yer ve erişim sağlayıcıların Başkanlığın talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Söz konusu kurallarda Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen *"Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında"* ibaresi yer almamaktadır.

158. İptali istenilen kurallar uyarınca içerik, yer ve erişim sağlayıcılar, TİB tarafından talep edilen bilgileri talep edildiği şekilde TİB'e teslim etmekle ve TİB tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır.

159. Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da, herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini

veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hükmüne de yer verilmiştir. Madde gerekçesinde de, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir.

160. Özel hayatın gizliliği ve korunması özgürlüğünün kullanılması demokratik bir toplumda, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen ve zorunlu tedbir niteliğinde olan bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

161. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar hakların özüne dokunamaz. Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.

162. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

163. Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi gerekmektedir.

164. İptali istenen kurallarda geçen “bilgi” kelimesi en kısa tanımıyla “işlenmiş veri”dir. Kişisel veri kavramı ise belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Dolayısıyla iptali istenilen kurallarda geçen bilgi kelimesi kişisel verileri de kapsamaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak söz konusu hak sınırsız değildir. Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin mutlak ve sınırsız bir veri hâkimiyetini mümkün kılmamaktadır. Nitekim Türkiye’nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konmaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında, kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

165. Bilgi ve iletişim teknolojileri sayesinde, kişisel verilerin derleme, sınıflandırma, saklama işlemlerine tabi tutulması ve istendiğinde kolayca sunulabilmesi kolaylaşmış ve bunun sonucunda özel yaşamla ilgili bu bilgilerin haksız olarak kullanılması riski de ortaya çıkmıştır. Bu teknolojiler, kişisel verilerin kişinin rızası alınmadan başkalarına açıklanmasına ve bilginin bulunduğu yerden başka yerlere aktarılmasına imkân sağlamaktadır.

166. İnternet, ticaretten siyasete, basın-yayıncıdan devlet işlemlerine kadar hayatımızın her alanında çok yoğun kullanılan bir iletişim aracıdır. Bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesine sahip olmaları, bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını engellemekte, bireylerin demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelemektedir. Bireyler interneti Anayasa’da tanımlı birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırmaktadır. Örneğin bireyler haberleşme özgürlüğünü, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğünü, eğitim ve öğrenim hürriyetini,

haber alma hürriyetini, iktisadi girişim hürriyetini internet yoluyla kullanabilmektedirler. Bu hürriyetlerin sınırlandırılma sebepleri de her bir hürriyeti düzenleyen Anayasa hükmünde yer almaktadır.

167. Türkiye’de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB’in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir. 5651 sayılı Kanun’a göre TİB, internet içeriğinin izlenmesi ve denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB, Türkiye’de bulunan belli bazı internet içeriklerine ve 8. maddede sayılan suçlar bağlamında Türkiye dışında yer alan içeriğe erişimi, bazı suçlar yönünden idari kararlar engelleme yetkisine de sahiptir. TİB’in ayrıca internetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır.

168. İptali istenilen hükümlerde yalnızca talep edilen bilgiden bahsedildiği ve bu konuda açıklayıcı bir düzenleme olmadığı için, “*kişisel veri*” veya “*isteme bağlı veri*” olarak adlandırılan, belirli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgilerin TİB tarafından istenebileceği kuşkusuzdur. Yine Kanun’un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ve 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, yer ve erişim sağlayıcıların internet trafik bilgilerini saklama görevleri kapsamında trafik bilgilerinin de TİB tarafından istenilecek bilgi kapsamında olduğu açıktır. Bunun yanında, iptali istenilen kurallarda belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmedikleri takdirde yer sağlayıcılar Kanun’un 5. maddesinin (6) numaralı fıkrası, erişim sağlayıcılar ise Kanun’un 6. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca idari para cezaları ile cezalandırılacaklardır. Diğer yandan, madde hükümlerine göre içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından talep edilen bilgilerin verilmesinden ilgili kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenleme de Kanun’da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin kendileri ile ilgili bilgilerin TİB’e verilmesinden haberdar olmaları da söz konusu olmayacaktır.

169. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla

mücadele edilmesi ve kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi için kişisel veriler de dâhil olmak üzere bir takım bilgi ve belgelere ihtiyacının bulunması kaçınılmazdır. Ancak iptali istenilen kurallarda, TİB'in Kanun'daki görevlerini yerine getirme noktasında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan isteyeceği bilginin kapsamı ve getirebileceği yükümlülüklerin çerçevesi belirlenmemiş, içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan bilgi talep etme yetkisinin kapsamı kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli teminatlar sağlanarak sınırlandırılmamış ve bildirilen tedbirleri alma noktasında da kapsamı belirlenemeyen yükümlülükler yüklenmiştir. Kanun'un 4. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında "*Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında;*" denilerek genel bir belirleme yapılmıştır. Ancak bu genel belirleme, Kanun'un; iptali istenilen 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer almamaktadır. Bu çerçevede iptali istenilen kurallarda, 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 bulunmamaktadır. Kurallar bu yönleriyle belirli ve öngörülebilir değildirler.

170. Özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızaları olmaksızın bilgi toplanmasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur. İptali istenilen kurallar, kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde TİB'e teslim edilmesine olanak tanımaktadır. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmünde yer alan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin "*kanunda öngörülen haller*"'in nelerden ibaret olduğu 5651 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. İptali istenilen kurallar, Anayasa'da yer alan güvenceye rağmen, kişilere ait her türlü kişisel veri, bilgi ve belgelerin konu, amaç ve kapsam bakımından yeterli sınırlamaya tabi kılınmaksızın koşulsuz olarak TİB'e verilmesine imkân tanımakta, böylece kişiler idareye karşı korumasız hale

getirilmektedirler. Dolayısıyla iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilir olmadığından kişilerin kişisel verilerin korunması hakkını ölçüsüzce sınırlandırmakta ve Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

171. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

172. Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

173. Kuralların Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri ile bir ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

174. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen saklama süresinin uluslararası ve Avrupa hukuku düzenlemelerine nazaran uzun ve geniş kapsamlı olmasına ek olarak saklanan verilerin güvenliği ile ilgili herhangi bir önleme de işaret edilmemiş olmasının ifade özgürlüğü ve özel yaşamın gizliliği açısından ciddi bir tehlike doğurduğu, ifade özgürlüğü açısından bu bilgilerin her an erişime açık bir şekilde saklanması, muhalif görüşlerin özel alanda dahi ifade edilmesini engelleyecek boyutta bir otosansür uygulamasına ve korku toplumuna yol açabilecek nitelikte olduğu, kanun değişiklikleriyle verilerin saklanması ilişkin yeterli korumanın getirilmemiş olmasının özel hayatın gizliliğinin, yalnızca kamuya mal olmuş insanların ve bilgiye erişim hakkının önüne geçebildiği ölçüde gündeme getirildiği izlenimini verdiği, anılan düzenlemenin internet erişim sağlayıcılarının üzerinde mali bir yük oluşturacağı ve internet kullanım maliyetlerini artıracığı, iptali istenilen kuralla yer sağlayıcı yönünden getirilen yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlüğünün belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmesi suretiyle sağlanmaya

çalışıldığı, süreleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıya, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini saklama ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğüne ilişkin sürenin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 26. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

175. Kanun'un 5. maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcının, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

176. Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

177. İnternet ortamında işlenen suçların takibi ve tespiti amacıyla kişisel veriler de dâhil olmak üzere internet trafik bilgilerine ihtiyaç bulunmaktadır. Trafik bilgisinin tanımı, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendinde yapılmıştır. Buna göre trafik bilgisi, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini ifade etmektedir. Kişisel veri kavramı da, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri içermektedir. Dolayısıyla trafik bilgisinin kapsamına, kişisel veriler de girmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı

amaçlamaktadır. Ancak söz konusu hak sınırsız değildir. Kişisel verilerin korunması hakkı, veri sahibinin mutlak ve sınırsız bir veri hâkimiyetini mümkün kılmamaktadır. Kanun koyucu, iptali istenilen kuralı, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele edilmesi açısından önemli ve gerekli olan bilgilerin kaybolmasının önlenmesi ve failerin ortaya çıkarılmasının sağlanması amacıyla düzenlemiştir. Anılan düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

178. Trafik bilgisi, bir internet kullanıcısının özel hayatı ile ilgili birçok detayı, kişisel tercihleri, politik eğilimlerini, sağlık bilgilerini, ticari sırlarını ifşa edebilecek nitelikte kritik bilgiler içeren bir veri türüdür. Bu nedenle, trafik bilgileri ile bir kişinin hayatı ile ilgili neredeyse her detayın kolayca tespit edilmesine imkân bulunmaktadır. Ancak yer sağlayıcılar, yer sağladıkları hizmetlere ilişkin trafik bilgilerine yaptıkları işin doğası gereği zaten sahip bulunmaktadır. Söz konusu kural yer sağlayıcıları sadece bu bilgileri belirtilen süre saklama, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla yükümlü kılmaktadır. Trafik bilgilerinin yer sağlayıcılar tarafından amacına aykırı kullanılması halinde Türk Medeni Kanunu'nun ve Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bunlar için de uygulanacağı tabiidir.

179. İptali istenilen kural uyarınca yer sağlayıcılar tarafından trafik bilgileri belirtilen süre saklanacak, bu arada söz konusu bilgilerin doğruluğu, bütünlüğü ve gizliliği de sağlanacaktır. Yer sağlayıcıya bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlama yükümlülüğünün verilmesi, yer sağlayıcının görevinden kaynaklanan ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bir sorumluluktur. Aynı zamanda, söz konusu bilgilerin gizliliğinin sağlanması usulleri gelişen teknoloji ile çok değişik önlemlerin alınmasını gerektirici nitelikte olup devamlı olarak değişebilecek niteliktedir. Belirtilen bu hususlar, teknik ve uygulamayı esas alan detaylarla ilgili olup, kural bu yönüyle belirli ve öngörülebilirdir. Bu nedenle, iptali istenilen kural hukuki güvenlik ilkesine aykırı değildir.

180. Ayrıca kuralda, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran ve hakkın özüne dokunan bir sınırlama bulunmadığından kişisel verilerin korunmasıyla

ilgili olarak Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen güvencelere aykırılık da bulunmamaktadır.

181. Öte yandan, iptali istenilen kuralda yer sağlayıcıların trafik bilgilerini ne kadar süre ile saklayacağı, alt ve üst sınırlar belirtilmek suretiyle gösterilmiştir. Buna göre, trafik bilgileri bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar yönetmelikte belirlenecek süre saklanacaktır. Dolayısıyla, idarenin düzenlenmesine bırakılan alanın çerçevesi çizilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, alt ve üst sınır göstermek suretiyle yönetmelikle belirlenecek olan sürenin sınırları gösterildiğinden yürütmeye verilen yetki yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

182. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

183. Kuralın Anayasa'nın 26. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

N- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

184. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı ve böylece bu konudaki düzenlemenin belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, bu düzenlemenin yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına geldiği, ayrıca kural ile yer sağlayıcıların kategorize edilmesinin kanun ile değil de kim tarafından çıkartılacağı belli dahi olmayan yönetmeliğe bırakılmasının internet aktörleri arasında eko-sisteme en fazla katkıda bulunan yer sağlayıcılarının önemine oranla yanlış olduğu gibi normlar hiyerarşisine de aykırı olduğu ve idareye keyfi bir hareket alanı tanındığı, dolayısıyla böyle bir düzenleme ile hukuki güvenliğin sağlanabilmesinin mümkün olmadığı, diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında, yer sağlayıcıların sınıflandırılabilmesinin ve

farklılaştırılabilmesinin usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

185. Kanun'un 5. maddesinin iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcıların, yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde yaptıkları işin niteliğine göre sınıflandırılacakları ve hak ve yükümlülükleri itibarıyla farklılaştırılacakları öngörülmektedir.

186. Yer sağlayıcıların birçoğunun sunucularını yurt dışında barındırdığı, bu durumun ise yasa dışı ve zararlı içerikle mücadelede sorun oluşturduğu, bu nedenle kanun koyucunun, yer sağlayıcıların kayıt altına alınarak yasa dışı ve zararlı içerikle mücadeleyi arttırmak, ekonomiye katkıda bulunması ve yer sağlayıcılara teşvik politikalarının uygulanmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla söz konusu hükmü çıkardığı anlaşılmaktadır. Bu hükümlerle, yer sağlayıcılar için yurt içi yer sağlayıcılık hizmetlerinin vergi yükünün azaltılması, altyapının geliştirilerek bağlantı hızının artırılması ve kayıtlı yer sağlayıcılara, özel bir tarife üzerinden elektrik enerjisi verilmesi gibi politikalarla teşvik edilmesi imkânı sağlanabilecektir.

187. Kanun'un 2. maddesinin (m) bendinde yer sağlayıcının tanımı yapılmakta, 5. maddesinde ise yer sağlayıcıların yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde belirtilmiş bulunmaktadır. İptali istenilen kuralda ise yer sağlayıcıların sınıflandırılmasında yaptıkları işin niteliğinin değerlendirileceği ve farklılaştırma yapılırken de hak ve yükümlülüklerinin göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar açısından Kanun'da çerçeve belirlenmiş bulunmaktadır. Ayrıca, iptali istenilen kuralda belirtilen yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar kanunla düzenlenmesi gerekmeyen, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin hususlardır. Bu hususların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması ise yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullanılması şeklinde nitelendirilemez.

188. Diğer taraftan, dava dilekçesinde söz konusu yönetmeliğin kim tarafından çıkarılacağına dahi belli olmadığı ileri sürülmüş ise

de, Kanun'un 11. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, yer sağlayıcıların yükümlülüklerine ilişkin esas ve usullerin, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Kurum'un da Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunu ifade ettiği 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) bendi ile 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (ee) bendi ile 65. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilmiştir.

189. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

190. Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 88. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen (6) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

191. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural uyarınca TİB tarafından yer sağlayıcılara idari para cezası verilebileceği, idari nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir yaptırımın idare tarafından değil, mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında "on katı" gibi fahiş bir fark bulunduğu, öngörülen idari para cezasının "suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma" prensibine aykırı olduğu, Mahkemelerin bile ceza verirken kanunlarda belirtilen ölçütleri gözeterek ve gerekçesini de kararlarında göstererek vermeleri gerekirken, TİB'e hem fahiş hem de keyfi olabilecek nitelikte ve üstelik on kat fark olan bir ceza verme yetkisi verilmesinin ceza hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

192. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

193. İptali istenilen kuralda, yer sağlayıcılık bildiriminde bulunmayan veya bu Kanundaki yükümlülükleri yerine getirmeyen yer sağlayıcı hakkında Başkanlık tarafından on bin Türk Lirasından yüz bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verileceği öngörülmektedir.

194. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin suç sayıldığı ve suç sayılan bu fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

195. Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda idarelere bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır. İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi kamu açısından oluşan zararın giderilmesi amacına da hizmet etmektedir.

196. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi ve idareye yaptırım uygulama yetkisinin verilmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

197. İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.

198. İdareye takdir yetkisi tanınması, idarenin “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, hukukun genel ilkelerindedir. İdare, cezanın alt sınırının üzerine çıktığında, bunun nedenlerini ortaya koymak ve gerekçelerini açıklamak zorundadır. İdarenin, alt sınırın üzerinde ceza tayin etmesinin gerekçesini açıklayamaması veya açıklanan gerekçenin makul ve haklı olmaması, eylem ile ceza arasında olması gereken dengeye dikkat etmemesi veya bu dengeyi ölçsüz bir şekilde kurması durumunda, cezanın yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir.

199. İptali istenilen kural ile düzenlenen idari para cezası, internet ortamındaki kullanıcılara yer sağlayan kuruluşlara verilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından uygulanacak olan bir idari yaptırımdır. Böyle bir düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu da açıktır.

200. Yer sağlayıcılara idari yaptırım uygulanabilecek eylemler 5651 sayılı Kanun’da gösterilmiş, uygulanacak para cezasının alt ve üst sınırı Kanun’da belirtilmiştir. Yer sağlayıcılar kanunda gösterilen kabahatleri işlemeleri durumunda ne kadar para cezasına muhatap olabileceklerini öngörebilir ve bilebilir durumdadırlar. Bu nedenle iptali istenilen kuralda, cezanın türü ve miktarı yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu olmadığı gibi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

201. İptali istenilen kuralda alt ve üst sınırları gösterilen idari para cezası belirlenirken hangi kıstasların göz önüne alınacağı belirtilmemiştir. Ancak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 3. maddesinde, anılan Kanun’un genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun’un 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da, idari para cezasının, alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir. Bu nedenle TİB, yer sağlayıcılara verilecek idari para cezasının miktarını

belirlerken Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen ölçütlere ve ayrıca hukukun genel ilkelerine de uymak zorundadır. Dolayısıyla idari para cezasının tayininde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine olanak sağlandığı söylenemez. Bu nedenle, kural hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

202. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ö- Kanun'un 89. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (ç) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

203. Dava dilekçesinde özetle, kamuoyunda ve basında "Gezi önlemi" olarak nitelendirilen bu düzenlemenin ne anlama geldiğinin anlaşamadığı, erişim sağlayıcının hangi alternatif erişim yollarını, hangi araçları kullanarak engelleyeceği hususunun uygulayıcının keyfine bırakıldığı, kuralda bu konuda açıklık ve netlik bulunmadığı, "erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yolları"nın neler olduğunun Kanun metninde açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

204. İptali istenilen kuralın yer aldığı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, erişim sağlayıcılarının yükümlülükleri ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. İptali istenilen kuralda da, erişim sağlayıcının, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

205. Erişimin engellenmesi, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Erişimi engelleme kararı uygulansa dahi, internet kullanıcıları erişimi engellenen yayına çeşitli teknikleri kullanmak suretiyle ulaşabilmekte ve erişimin engellenmesi kararını etkisiz hale getirebilmektedir. İptali istenilen kural bu kapsamda erişim sağlayıcıya, erişimi engelleme kararı verilen yayınlara ulaşılmasını engelleyecek alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri alma yükümlülüğü

getirmektedir. Böylece erişimin engellenmesi kararı verilen yayınlara farklı yöntemlerle ulaşan kullanıcıların bu yayınlara ulaşmaları erişim sağlayıcıların kullanacağı alternatif tedbirlerle engellenebilecek ve erişimin engellenmesi kararlarının etkisiz hale gelmesi önlenebilecektir.

206. İptali istenilen kural, erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak, bu kararların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için TİB'in görevlerinin ifası kapsamında ihtiyaç duyulan verilerin erişim sağlayıcı tarafından karşılanması noktasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla çıkarılmıştır. Bu kapsamda, erişim sağlayıcının erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlü kılınması kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

207. Alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirler özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen, hızlı, teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında çok hızlı değişen ve gelişen tedbirlerdir. Bu nedenle, bu tedbirlerin neler olduğunun kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Ayrıca erişim sağlayıcılar söz konusu alternatif tedbirleri, erişimin engellenmesi kararı verilmiş yayınlar hakkında uygulayacaklardır. İptali istenilen kural ile erişim sağlayıcılara doğrudan erişimin engellenmesi yetkisi verilmiş değildir. Erişim sağlayıcılara yüklenen görev daha önce verilen erişimin engellenmesi kararının etkili bir şekilde yerine getirilmesinden ibarettir. Dolayısıyla, iptali istenilen kuralda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

P- Kanun'un 91. Maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinin Değiştirilen (2) ve (3) Numaralı Fıkraları ile Maddeye Eklenen (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- Kuralların Anlam ve Kapsamları

209. Kanun'un 7. maddesinde toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülükleri düzenlenmiştir. Toplu kullanım sağlayıcı da, Kanun'un 2. maddesinin (i) bendinde, kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayıcı ifade eder şeklinde belirtilmiştir.

210. Kanun'un 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların mahalli mülki amirden izin belgesi almakla yükümlü oldukları, izne ilişkin bilgilerin otuz gün içinde mahalli mülki amir tarafından Kurum'a bildirileceği, bunların denetiminin mahalli mülki amirler tarafından yapılacağı, izin belgesinin verilmesine ve denetimine ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceği, iptali istenilen (2) numaralı fıkrasında ticari amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün internet toplu kullanım sağlayıcıların, konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikle belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları, iptali istenilen (3) numaralı fıkrasında ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların, ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almakla yükümlü oldukları, iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında ise bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarı, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amirin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

211. Kanun'un 7. maddesinin (4) numaralı fıkrasında belirtilen idari cezaların ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına uygulanabilmesi için aynı maddede belirtilen yükümlülüklerin ihlal edilmesi gerekmektedir. Kanun'un 7. maddesinde ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcıların yerine getirmesi gereken yükümlülükler şunlardır:

a- Mahalli mülki amirden izin belgesi almak,

b- Konusu suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanıma ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarında yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak,

c- Ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti kapsamında usul ve esasları yönetmelikte belirlenen tedbirleri almak.

2- İptal Taleplerinin Gerekçesi

212. Dava dilekçesinde özetle, düzenlemelerin belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın idareye yetki verilmek suretiyle sağlanmaya çalışıldığı, böyle bir düzenlemenin hukuki güvenliği sağlayamayacağı, internet toplu kullanım sağlayıcılarına anılan maddede getirilen yükümlülükleri ve öngörülen müeyyideleri belirleme yetkisinin genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir şekilde idareye bırakılmasının “*yasama yetkisinin devri*” niteliğinde olduğu, Anayasa’nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlandırmaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamaların kanuna uygun olması gerektiği prensibi nazara alındığında iptali istenilen kuralların Anayasa’nın 13. maddesine de aykırı olduğu, idari nitelikte bile olsa, para cezasını öngören bir müeyyidenin idare birimleri tarafından değil de mahkemeler tarafından verilmesi gerektiği, maddede öngörülen para cezasının alt ve üst haddi arasında “*onbeş katı*” gibi fahiş bir fark olduğu ve hangi sınırdan verilmesinin takdirinin çok hassas ve ayrıntılı bir muhakeme faaliyetini gerekli kıldığı, bu nedenle bu yetkinin idareye değil, mahkemelere ait olması gerektiği, mahalli mülki amir tarafından ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilmesinin “*suç ve cezaların öngörülebilir ve orantılı olma*” prensibine de aykırı olduğu, ülkemizde ceza mahkemelerinin bile cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sırasında Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesinde belirtilen hususları kararında göstermesi gerekirken idareye bağlı bir görevliye hem fahiş, hem de keyfi olabilecek nitelikte ve üstelik arada on beş kat fark olan bir cezaya hükmetme yetkisinin verilmesinin ceza hukukunun temel prensiplerine uygun olmadığı, Anayasa’nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denildiği, kanunla konulması gereken bir cezanın ise mahkemelerce verilmesi gerektiği belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 2., 7., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa’ya Aykırılık Sorunu

213. Kanun’un 7. maddesinin iptali istenilen (2) ve (3) numaralı fıkraları ile toplu kullanım sağlayıcıların sunmuş oldukları hizmet nedeniyle özellikle çocukların internetteki zararlı ve yasal olmayan içerikten

korunması, suçların işlenmesinin önlenmesi, suçlunun tespitinde önemli işlev görecek olan kayıt bilgilerinin tutulması ve kamera kayıtlarının belirli süre saklanmasına ilişkin yasal dayanakların güçlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu itibarla, internet toplu kullanım sağlayıcıları ve ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına iptali istenilen kurallarda gösterilen çerçevede belirtilen tedbirleri alma yükümlülüğünün yüklenmesi, anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

214. Kanun'un 7. maddesinin iptali istenilen (2) numaralı fıkrasında bütün internet toplu kullanım sağlayıcılarına, yönetmelikle belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü verilmiştir. Ancak söz konusu kuralda alınması gereken tedbirlerin konusunun suç oluşturan içeriklere erişimin engellenmesi ve kullanımına ilişkin erişim kayıtlarının tutulması hususlarına yönelik olduğu belirtilmek suretiyle çerçevesi belirlenmiştir. Yine, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına yönetmelikte belirlenen tedbirleri alma yükümlülüğü verilmekte, bu yükümlülüklerin kapsamı da ailenin ve çocukların korunması, suçun önlenmesi ve suçluların tespiti olarak belirtilmektedir. Yönetmelikle belirlenecek olan tedbirlere ilişkin çerçeve iptali istenilen kurallarda gösterilmiş olup idare söz konusu tedbirleri belirlerken iptali istenilen kurallarda belirtilen amaçlarla sınırlı olarak bu yetkisini kullanacaktır. Bu nedenle iptali istenilen kurallar, belirli ve öngörülebilirdir.

215. Ayrıca, yönetmelikle belirlenecek olan tedbirlerin teknolojideki gelişmelere göre sık sık değişebilecek olması gözetildiğinde, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları belirleme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

216. Kanun'un 7. maddesinin iptali istenilen (4) numaralı fıkrasında ise, bu maddede belirtilen yükümlülükleri ihlal eden ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına, ihlalin ağırlığına göre yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde uyarma, bin Türk Lirasından on beş bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verme veya üç güne kadar ticari faaliyetlerini durdurma müeyyidelerinden birine karar vermeye mahalli mülki amirin yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır.

217. Kanun koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözетerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.

218. İptali istenilen kuralla ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarının, Kanun'un 7. maddesinde belirtilen yükümlülükleri ihlal etme eylemi, kabahat olarak kabul edilmiş ve seçenekli yaptırım öngörölmüştür. Söz konusu yükümlülüklerin kapsamı da Kanun'un 7. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkralarında düzenlenmiş ve bu yükümlülöklere uyulmaması halinde verilebilecek cezalar iptali istenilen kuralda açıkça belirtilmiştir. Kural bu yönüyle belirli ve öngörülebilirdir.

219. Suç sayılan eylem ve cezası kanunda gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesi, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmez. Ayrıca, iptali istenilen kuralda ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılarına 7. maddedeki yükümlülükleri ihlal etmesi halinde yönetmelikle belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde verilecek olan cezaların ihlalin ağırlığına göre belirleneceği ve söz konusu cezanın mahalli mülki amir tarafından verileceği belirtilmektedir.

220. Öte yandan, iptali istenilen kuralda düzenlenen kabahatler, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na tabi olup anılan Kanun'un genel hükümleri içinde yer alan 17. maddesinde, idari para cezası uygulanırken hangi ölçütlerin esas alınacağı gösterilmiştir. Söz konusu maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, idarî para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idarî para cezasının miktarı tespit edilirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla kuralda belirtilen yaptırımların tayininde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine olanak sağlandığı söylenemez. Yükümlülükleri yerine getirmeyen ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılara uygulanacak

cezaların seçenekli olarak gösterildiği ve ihlalin ağırlığı ile Kabahatler Kanunu'nda gösterilen hususlar göz önüne alınarak bu cezalardan biri belirleneceğinden kuralın ölçüsüz olduğundan da söz edilemez. Bu nedenle, gerek kabahatin, gerekse yaptırımların kanunla düzenlenmiş olması karşısında kuralda belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceği gibi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık da bulunmamaktadır.

221. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 7. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

222. Kuralların Anayasa'nın 13. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 94. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'a Eklenen 9/A Maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

223. Dava dilekçesinde özetle, TİB uygulamaları üzerindeki yargısal denetimin hafifletilmiş olmasının ulusal ve uluslararası hukuk ile çeliştiği, anılan maddede diğer düzenlemelerin aksine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmamış olmasının ve kişilik hakkının içinde yer alan özel hayatın gizliliğinin ihlali olgusunun ayrı bir maddede düzenlenmesinin, subjektif kavram olan özel hayatın gizliliğinin hangi tanımının esas alınacağı sorusunu gündeme getirdiği, yeni düzenlemeye göre "*özel hayatın gizliliğinin*" ihlaline ilişkin bir mağduriyet iddiasının herhangi bir merciin değerlendirmesine yer bırakmadan süreci re'sen başlatacağı, düzenlemedeki belirsizliğin kabul edilebilir nitelikte olmadığı, iptali istenilen kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza mahkemesinin kararına karşı içerik sahibi de dâhil kimseye itiraz hakkının tanınmadığı ve gidilebilecek itiraz yolunun gösterilmediği, dolayısı ile bu düzenlemenin hak arama hürriyetine aykırı olduğu, 9/A maddesinin altıncı fıkrasında ise Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin kaldırılmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz yolu gösterildiği, ancak itirazda bulunma hakkının sadece Başkanlığa tanındığı, oysa özel hayatın ihlal edildiğini ileri sürerek Başkanlığa doğrudan müracaat ederek içeriğin kaldırılması

talebinde bulunan kişinin talebi üzerine Başkanlıkça verilen tedbir kararının kaldırılmasını öngören sulh ceza hâkiminin kararının, asıl özel hayatının ihlal edildiğini iddia eden kişinin aleyhine olmasına rağmen, maddede bu kişiye hiçbir itiraz hakkının tanınmadığı, bu hususun da hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı olduğu, iptali istenilen kuralın sekizinci fıkrasında yer alan hükmün ise tam bir "sansür" hükmü olup TİB'e doğrudan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi tanıdığı, bu düzenlemeye göre özel hayatın gizliliği veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde TİB Başkanının herhangi bir ihbar, iddia, şikayet ya da başvuru olmaksızın, herhangi bir kişinin talebi bulunmaksızın erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararına re'sen karar verebileceği, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, böyle bir yetki verilmesinin Anayasa'nın 26., 22. ve 28. maddelerinin çok ağır bir şekilde ihlali anlamına geldiği belirtilmiştir. Ayrıca, 9/A maddesinin sekizinci fıkrası hükmü ile TİB Başkanına temel hak ve hürriyetlerden biri sayılan "ifade hürriyetine" doğrudan müdahale ederek bu hürriyetin kullanımını engelleme konusunda emir verme yetkisi tanındığı, bu durumun ifade özgürlüğünün kanun dışı bir yolla sınırlanması anlamına geldiği, ayrıca düzenlemenin ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, belirtilen Anayasaya aykırılık gerekçelerinin maddenin birinci, üçüncü, dördüncü fıkrası için de geçerli olduğu, söz konusu Anayasa'ya aykırılığının aynı maddenin iptal konusu yapılan ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarına da sirayet ettiği ve anılan fıkralarında kaçınılmaz bir biçimde sakatlanması ve Anayasa'ya aykırı olması sonucunu doğurduğu, belirtilen gerekçelerin bu kurallar için de geçerli olduğu, diğer yandan, 6216 sayılı Kanun'un 43/4 maddesi uyarınca 9/A maddesinin birinci, üçüncü, dördüncü, altıncı ve sekizinci fıkralarının iptaline karar verilmesi halinde uygulanma kabiliyeti kalmayan aynı maddenin ikinci, beşinci ve yedinci fıkralarının da iptaline karar verilmesi gerektiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

224. Kanun'un iptali istenilen 9/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin

ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği, (2) numaralı fıkrasında, yapılan bu istekte hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresine (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklamaya ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verileceği, bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talebin işleme konulmayacağı, (3) numaralı fıkrasında, Başkanlığın kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildireceği, erişim sağlayıcıların bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getireceği, (4) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesinin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağı, (5) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesini talep eden kişilerin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunacağı, hâkimin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacağı ve doğrudan Başkanlığa göndereceği; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkacağı, (6) numaralı fıkrasında, hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebileceği, (7) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalacağı, (8) numaralı fıkrasında ise, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmüştür.

225. Özel hayatın gizliliği, Anayasa'nın 20. maddesinde "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*"; haberleşme özgürlüğü ise Anayasa'nın 22. maddesinde "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*" denilerek koruma altına alınmıştır.

226. Özel hayatın korunması her şeyden önce özel hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisinin istediği kimseler tarafından

bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve kişilere karşı korunmuştur.

227. Haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan “*özel hayatın*” bir parçasını oluşturur.

228. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilebilmesi mümkün olmakta ve kişiler de bu müdahalelere katlanmak durumundadırlar.

229. Anayasa’nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında haberleşme hürriyetine, ancak 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 ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yine bu sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi halinde yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde verilen kararın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

230. Anayasa’nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde de herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, ancak bu hürriyetlerin kullanılmasının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince 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.

231. İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. Ancak, düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Nitekim Anayasa'nın 22., 26. ve 28. maddelerinin koruma altına aldığı düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullara uygun olarak, bu maddelerde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, ancak kanunla yapılabilir ve hak ve özgürlüklerin özlerine dokunamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

232. Anayasal haklara yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli olmayıp, bu kanunun belirlilik ve öngörülebilirlik gibi belli niteliklere sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle kanun, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince belirgin nitelikte olmalıdır.

233. Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bu konuda bir sınırlama imkânı getirildiği hallerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla tanımlanması gerekmektedir.

234. Kanun'un birinci maddesinde, Kanun'un amaçlarından birinin internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek olduğu belirtilmiştir.

235. Kanun'un 9/A maddesinde, özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca erişimin engellenmesine karar verilebilmesi, söz konusu içeriğin özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi hali ile sınırlıdır.

236. Kanun koyucunun özel hayata verdiği önemin bir göstergesi olarak, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda bu hakkı ihlal edilenin başvurusu ve söz konusu başvurunun usulüne uygun olması halinde derhal internet ortamında yapılan yayın içeriğine erişimin engellenmesini sağlayarak, özel hayatın gizliliğini korumak istediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, anayasal sınırlar içinde kalmak şartıyla internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını istemelerini öngören hüküm ve bu başvuru talebinde hangi hususların gösterileceğinin ve kararın ne şekilde uygulanacağını ve başvuru yollarının belirlenmesi konularında kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir.

237. Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile Anayasa'nın 26. maddesinde ise ifade hürriyetinin başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacıyla sınırlanabileceği belirtilmektedir. Anayasa'nın 28. maddesinde de, basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir. İptali istenilen kurallar ile getirilen bu sınırlamayla Anayasa'nın 22., 26. ve 28. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlamanın başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedeniyle meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bunun yanında, Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında, yetkili kılınmış merci ile yapılacak olan sınırlamada özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi halinin de gecikmesinde sakınca bulunan hallerden biri olarak nitelendirileceği açıktır. Dolayısıyla, özel hayatın gizliliğine keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen kurallar, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ulaşılmak istenen amaçla sınırlı ve ölçülüdür.

238. Diğer taraftan, iptali istenilen kurallarda erişimin engellenmesi ile ilgili olarak idareye verilen yetkinin kapsam ve usulleri ile bu yetkiyi nasıl kullanacağı ve erişimin engellenmesini ne şekilde uygulayacağı ayrıntılı bir şekilde gösterilmiştir. Kurallar bu yönüyle belirli ve öngörülebilir olduklarından, hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

239. Kanun'un 9/A maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca TİB'in erişimi engelleme tedbirinin yargısal denetimi, sulh ceza hâkimi tarafından yapılmaktadır. Özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişi talepte bulunduğu saatten itibaren 24 saat içinde sulh ceza mahkemesine başvurmalıdır. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklayacak ve doğrudan Başkanlığa gönderecektir. Aksi halde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Kanun'un iptali istenilen 9/A maddesinin (5) numaralı fıkrası ile getirilen düzenleme, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası gereği olduğundan kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

240. Dava dilekçesinde, itirazda bulunma hakkının sadece Başkanlığa tanındığı, özel hayatı ihlal edilen kişiye itiraz hakkı tanınmadığı belirtilerek Kanun'un 9/A maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İptali istenilen kuralın (6) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği karara karşı TİB'in Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre itiraz edebileceği düzenlenmesine karşın, başvuruda bulunana yönelik itiraz hakkı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 5271 sayılı CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında iptali istenilen kural, hak arama hürriyetine ve Anayasa'nın 40. maddesine aykırı değildir.

241. Kanun'un 9/A maddesinin (7) numaralı fıkrası uyarınca, erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda söz konusu ihlal ortadan kalktığından ve özel hayatın korunmasını gerektiren bir durum kalmadığından, hâkim kararının kendiliğinden hükümsüz kalması ise işin doğası gereği olup kural, Anayasa'ya aykırılık içermemektedir.

242. İptali istenilen kuralın (8) numaralı fıkrasında ise özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı öngörülmektedir.

243. Kuralda yer alan “*özel hayatın gizliliğinin ihlali*” ve “*gecikmesinde sakınca bulunan haller*” ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi hallerinin tamamının, gecikmesinde sakınca bulunan haller olarak nitelendirileceği de açıktır.

244. Kanun koyucu, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerin hızlı ve seri karar alınmayı gerektiren bir özellik arz etmesini göz önüne alarak, iptali istenilen kural ile kişinin kendisinin dahi haberinin olmadığı ya da kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlal edildiği durumlarda, kamu düzeni ve kamu yararını korumak amacıyla TİB Başkanına erişimin engellenmesine karar verme yetkisi tanımıştır. Böyle bir düzenleme ise anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

245. TİB Başkanının söz konusu yetkiyi, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kullanacağı açıktır. Her ne kadar kuralda TİB Başkanının erişimin engellenmesi ile ilgili olarak hangi yolla erişimin engelleneceği açık bir şekilde belirtilmemiş ise de, Kanun’un 9/A maddesinin (4) numaralı fıkrasında erişimin engellenmesinin, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla yapılacağına ilişkin hükmün TİB Başkanı için de geçerli olduğu açıktır. Kanun’un 9/A maddesi ile erişimin engellenmesi için gerekli durum ve şartların temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş bulunmakta olup, kural bu haliyle belirli ve öngörülebilir niteliktedir.

246. Ayrıca, TİB Başkanının Kanun’un 9/A maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararı, aynı maddenin (9) numaralı fıkrası uyarınca yargı denetimine tâbidir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacak ve hâkim kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacaktır.

247. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa’nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

S- Kanun'un 97. Maddesiyle, 5651 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

248. Dava dilekçesinde özetle, yargı organının unsurları ve şüphesiz en etkin figürleri olan hâkim ve savcılarının bir idarenin emrinde görevlendirilmelerinin Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, mevzuata göre yalnızca Adalet Bakanlığı bünyesinde, adli hizmete ilişkin görevlendirilmeleri söz konusu olan hâkim ve savcılarının TİB veya başka bir idare emrinde görevlendirilebilmelerinin mümkün olmadığı, iptali istenilen düzenlemede geçen "*emrinde*" ibaresinin dahi başlı başına yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşamaz nitelikte olduğu, "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" ilkesine gölge düşürdüğü, ayrıca iptali istenilen ibarenin Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen "*Anayasal düzene uygun bir kanun*" kapsamında kabul edilemeyeceği, "*Mahkemenin bağımsızlığı*" ve "*Hâkimlik teminatı*" ilkelerini ihlal eden bir düzenlemenin Anayasa'nın Başlangıç bölümünün 4. paragrafında ifade edilen "*kuvvetler ayrılığı*" prensibine de aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

249. İptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda, 8.6.1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinde sayılan kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanların kurumlarının, hâkim ve savcılarının ise kendilerinin muvafakati ile aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kurumlarınca ödenmek kaydıyla geçici olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebileceği öngörülmektedir. Kuralda yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

250. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hâkimler de, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi esaslarına

göre görevlerini yerine getirirler. Mahkemelerin bağımsızlığı ile hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, birbirleriyle eş anlamlı, biri öbürünün nedeni ve doğal sayılacak ilkelerdir. Hâkimlik güvencesi de bu hukuksal bileşkenin gereğidir.

251. Anayasa'nın 138. maddesinde "*Mahkemelerin bağımsızlığı*", 139. maddesinde "*Hâkimlik ve savcılık teminatı*" ilkeleri yer almış; 140. maddesinin ikinci fıkrasında da, hâkimlerin görevlerini, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yerine getirecekleri belirtilmiştir.

252. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi, hâkimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını ifade etmektedir. Hâkimlerin görevlerinde bağımsızlıkları ise onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, adaletin, dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak şekilde dağıtılması amacını gütmektedir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir.

253. Hâkimlik teminatı da aynı amaca yönelik olup, hâkim ve savcılarının azledilmelerine, kendileri istemedikçe Anayasa'da öngörülen yaştan önce emekliye ayrılmalarına, herhangi bir sebeple aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmalarına engel oluşturmaktadır.

254. Gerek mahkemelerin bağımsızlığı gerekse hâkimlik teminatı ilkeleri, yargılama faaliyetine ilişkin ilkeler olup esas olarak adil bir yargılama sistemini sağlama amacını gütmektedirler.

255. Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında "*Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar*" denilmektedir. Buna göre, hâkim ve savcılarının kanunda belirtilmek koşulu ile resmi ve özel görev alabilecekleri Anayasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Bu bağlamda, bir hâkim veya savcının başka bir kurum veya kuruluştaki görevlendirilebilmesi için öncelikle hâkim veya savcının

görevlendirileceği kurum veya kuruluşun kanununda açıkça görevlendirme yapılabileceğine dair bir düzenlemenin bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla, bir hâkim veya savcının görevlendirileceği kurum veya kuruluşun kanununda görevlendirme yapılabileceğine dair bir düzenleme yoksa hâkim veya savcının geçici yetki veya görevlendirme ile o kurum veya kuruluştaki görevlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu şekilde geçici yetki veya herhangi bir görevlendirmeye başka bir kurum veya kuruluştaki görevlendirilen hâkim veya savcının kadroları ile ilişkileri devam etmekte ve hâkim ve savcı statüleri korunmaktadır. Nitekim, bu hâkim ve savcılarının özlük işlemleri 2802 sayılı Kanun'a göre yapılarak Anayasa'da teminat altına alınan güvencelerden de yararlanmaktadır. Bu nedenle, Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrası gereğince ancak bir kanunun açık hükmüne göre geçici yetki veya herhangi bir görevlendirmeye başka bir kurum veya kuruluştaki görevlendirilebilen hâkim ve savcının, 2802 sayılı Kanun'da tanımlanan hâkim ve savcı tanımının içerisinde yer almadığı söylenemez.

256. Kanunlarla belirlenecek resmi ve özel görevlerin belirlenmesinde ise kanun koyucunun yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hâkim ve savcılık teminatı ve bağımsızlığı ilkelerini içeren anayasal düzenlemeleri gözetmesi gerektiği açıktır.

257. İptali istenilen kural uyarınca hâkim ve savcılar kendilerinin uygun bulması ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı emrinde görevlendirilebileceklerdir. Bu görevlendirme geçici olup, hâkim ve savcılarının aylık, ödenek, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali ve sosyal hak ve yardımları kendi kurumları tarafından ödenecektir. Ayrıca, hâkim ve savcılar kurumlarından izinli sayılacaklar ve izinli oldukları sürece de meslekleri ile ilgili özlük hakları devam edecektir. Bunun yanında, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığında görev yaptıkları süre de terfi ve emekliliklerinde hesaba katılacaktır. Terfileri başkaca bir işleme gerek kalmaksızın süresinde yapılacaktır.

258. Hâkim ve savcılarının TİB'de görevlendirilebilmeleri için 6087 sayılı Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Kanunu hükümleri uyarınca HSYK İkinci Dairesinin izin vermesi gerekmektedir. 6087 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında HSYK İkinci Dairesinin

görevleri yer almakta olup, aynı kuralın (a) bendinin beşinci sırasında ise, “Diğer kurumların geçici görevlendirme ve nakil taleplerine ilişkin izin işlemlerini yürütme” görevi İkinci Dairenin görevleri arasında düzenlenmiştir. Belirtilen bu hüküm uyarınca, muvafakatleri bulunan hâkim ve savcıların TİB’de görevlendirilmelerine ilişkin izin işlemlerini HSYK İkinci Dairesi yapacaktır.

259. Hâkim ve savcıların TİB’de görevlendirilmelerine ilişkin hüküm kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında hâkimlik teminatı gereğince, görevlendirme yapılabilmesi için hâkim ve savcıların kendi muvafakatlerinin bulunması şart koşulmuştur. Ayrıca, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının görev alanı ve hukukla olan ilişkisi gözetildiğinde, hâkim ve savcıların mesleki bilgi ve birikimlerinden yararlanmak amacıyla Başkanlık emrinde görevlendirilmelerinde Anayasa’ya aykırılık bulunmamaktadır.

260. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen ibare, Anayasa’nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

261. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

262. Kuralın Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

263. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralların Anayasaya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması halinde hukuk devleti yönünden telafisi imkansız durum ve zararların ortaya çıkacağı, 6518 sayılı Kanun’un 5651 sayılı Kanun’da yaptığı değişikliklerle bilgi toplumuna giden yolda ciddi engeller yaratıldığı, ifade özgürlüğü, insan hakları ve temel hak ve hürriyetlerin korunması gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku’na aykırı uygulamalara sebep olduğu, Anayasa’da teminat altına alınmış özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma/derneğe üye olup olmama hürriyeti, sendika kurma/sendikaya üye olup olmama hürriyeti, çalışma sözleşme hürriyeti, hak arama hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin korunması ve temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi gibi temel insan hak ve hürriyetlerini daha da kısıtlayıcı ve sınırlandırıcı

bir hale getirdiği, bu menfi durumun toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son olarak Türkiye'nin Bilişim Toplumu olarak küresel rekabette yerini alma hedefi ile bağdaşmadığı, erişim engelleme tedbiri hükmedilmesine imkan tanıyan söz konusu değişikliklerin oranlılık ve ölçülülük ilkelerinin uygulanmasını sağlamaktan uzak olduğu, özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabilmesine imkan veren ve son derece suistimale açık bir durum ortaya koyan düzenleme ile TB Başkanının emriyle ölçsüz Şekilde erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanabileceği bir durum yaratıldığı, bu düzenlemeler kapsamında verilecek erişimin engellenmesi kararlarının ESB eliyle uygulanmasının da son derece sakıncalı olduğu, bir yandan TB'e sınırsız yetkiler verildiği, bir yandan da ifade özgürlüğü, dernek kurma/derneğe ye olup olmama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, basın özgürlüğünün ihlal edildiği, özel hayatın gizliliği ihlal edilen kişilere başvuracak hiçbir kanun yolu öngörülmediği, 6518 sayılı Kanun'la getirilen sınırlamaların fazlasıyla geniş ve veri saklama süresi de dahil olmak üzere diğer tüm ayrıntıların düzenleyici işlemlerle idare tarafından belirlendiği, iptali istenilen kuralların özel hayata önemli nitelikte müdahale niteliğinde olduğu belirtilerek kuralların, yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 93. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında yer alan "...veya aynı mahiyetteki yayınların..." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkraya,

2- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkraya,

3- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkralara ve bende ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE,

C- 1- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,..." bölümüne,

2- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin;

a- İkinci fıkrasında yer alan "...gibi hususlarda..." ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine..." ve "...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin..." ibarelerine,

3- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." ibarelerine,

4- 80. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkraya,

5- 85. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerine ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresine,

6- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkraya,

7- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4) ve (6) numaralı fıkralara,

8- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (ç) bendine,

9- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesine,

10- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

a- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

b- Eklenen (4) numaralı fıkrasına,

11- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (5) ve (8) numaralı fıkralarına ve (9) numaralı fıkrasının "...veya aynı mahiyetteki yayımların..." ibaresi dışında kalan bölümüne,

12- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarına,

13- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresine,

14- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin (1), (3) ve (4) numaralı fıkralarına ve (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

yönelik iptal talepleri, 8.12.2015 tarihli, E.2014/87, K.2015/112 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

D- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesi hakkında, 8.12.2015 tarihli ve E.2014/87, K.2015/112 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar

verildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

8.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

264. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

265. 6518 sayılı Kanun'un 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan "... ve (d)..." ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

266. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve 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 tekrarlanmaktadır.

267. 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın, 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın, 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin; (1) numaralı fıkrasına eklenen (d) bendinin ve (3) numaralı fıkrasında yer alan "...ve (d)..." ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara, bende ve ibareye ilişkin iptal hükmünün, kararın

Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- HÜKÜM

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin;

1- “...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye,...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- “...bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 38. maddesinin;

1- İkinci fıkrasında yer alan “...gibi hususlarda...” ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...” ve “...açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...” ibarelerinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "...yaklaşık maliyetin ..." ve "...az ve %15'inden..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 80. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 85. maddesiyle, 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "...ve benzeri yöntemler kullanılarak..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in 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,

H- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen;

1- (3), (4) ve (6) numaralı fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (5) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in 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,

I- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen;

1- (ç) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in 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- (d) bendinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı kuralın (3) numaralı fıkrasında yer alan "...ve (d)..." ibaresinin de, 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,

J- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin;

1- (1), (2), (3), (4), (5), (6), (8), (9) ve (10) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (7) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Erdal TERCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

K- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin;

1- Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin;

1- (5) ve (8) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (9) numaralı fıkrasının;

a- "...veya aynı mahiyetteki yayımların..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

M- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

O- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin;

1- (1), (3), (4) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesi, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 30. maddesi ile değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

8.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

KARŞIOY GEREKÇESİ VE DEĞİŞİK GEREKÇE

1. "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"

ile milletveklerrince verilen 10 ayrı “Kanun Teklifi”, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kurulu’na sevk edilmiş ve 6.2.2014 tarih ve 6518 sayılı “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” olarak kabul edilmiş ve 19.2.2014 tarih ve 28918 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun’un 80. maddesi ile 5502 sayılı Kanun’un 30. maddesine eklenen fıkranın ve Kanun’un 93. maddesi ile 4.5.2007 tarih ve 5651 sayılı Kanun’un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, keza Kanun’un 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un Ek-1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkradaki iptali istenen ibarenin “Kanun Tasarısı”nda ve “Kanun Tekliflerinde” yer almadığı ve bu düzenlemelerin TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 88. maddesinde “Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasaladıştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa’nın 148. maddesi anlamında bir “şekil sakatlığı”na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, “şekil bakımından” değil, “esas bakımından” söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki “Kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa’nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçzüğü’nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa’nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esasları ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetiminden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar..."

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde ve teklif metinlerinde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır..." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya

aykırılığı düzeltereği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalastığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6518 sayılı Kanun'un 80. maddesi ile 5502 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen fıkranın ve Kanun'un 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresi dışında kalan bölümünün, Kanun'un 97. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un Ek-1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkradaki iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Keza, Kanun'un 93. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında yer alan “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptali yolundaki karara da yukarıdaki değişik gerekçeyle katılıyorum.

2. 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değiştirilen 213 sayılı Kanun'un Mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin iptali istenen bölümüyle mükelleflere, vergi dairelerine olan borçlarının bulunması halinde bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesi yasaklanmakta ve bu konuda Maliye Bakanlığı gerekli düzenlemeleri yapmakla yetkili kılınmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 18.10.2007 tarih ve E.2007/4, K.2007/81; 14.2.2013 tarih ve E.2011/63, K.2013/28 sayılı kararlarında, iptal istemine konu kurala benzer yasal düzenlemeler “ölçülülük” ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anılan kararlarda da işaret edildiği üzere dava konusu kuralın “... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye ...” bölümünün, vatandaşlık ödevi kapsamında bulunan vergi borcu ve bu kapsamda bulunmayan kamu alacakları yönünden “ölçülü” bir sınırlama olmadığı açık olduğu gibi, bu alacakların tahsilini kolaylaştırmaya yönelik olsa da, mükelleflere anılan özel işaretlerin verilmemesi Anayasa’nın 48. maddesinde teminat altına alınan Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğünün açık ihlali sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla kuralın bu bölümünün Anayasa’nın 48. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerekmektedir.

Kuralın bu bölümünün iptali durumunda geriye kalan “... bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ...” bölümünün de uygulanma olanağı kalmayacağından; bu bölümün de 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa’nın 48. maddesine aykırı olan kuralın iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

5651 sayılı Kanun’un 4. maddesine eklenen üçüncü fıkra içinde yer alan “Talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde başkanlığa teslim eder” ibaresi ile yine aynı Yasa’nın 5. maddesine eklenen (5) numaralı fıkrasında ve 6. maddesine eklenen (1) numaralı fıkranın (d) bendinde yer alan aynı

ibarenin, Mahkememizce Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı görülerek oyçokluğu iptal eden çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Dava dilekçesinde, talep halinde TİB Başkanlığınca yer, erişim ve içerik sağlayıcılar tarafından, teslim edilecek bilgilere erişimi sınırlandıracak bir düzenlemeye yer verilmediği, her türlü bilgiyi teslim etmenin hak arama hürriyetini ortadan kaldırdığı, hakkı ihlal edilenin hangi kanun yolunu kullanarak hangi merciye başvuracağını ve sürelerinin gösterilmediği nedenleri ile Anayasanın ilgili maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

İptali istenilen maddelere konu talep edilen bilgilerin, bir an için kişilerle ilgili belirlenmiş her türlü bilgi olduğu düşünülebilirse de, Anayasa Mahkemesinin 2.10.2014 gün ve 2011/149 Esas, 2014/151 Karar sayılı İPTAL kararı karşısında, yer ve erişim sağlayıcıların temin ettiği, Anayasa ile teminat altına alınan, iletişimin gizliliği, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi bir çok temel hakla doğrudan ilintili edinilmiş trafik bilgilerinin, kural ve sınırlamaya tabi olmaksızın TİB Başkanlığınca edinilmesinin Anayasa'ya aykırı kabul edildiği hukuksal durum karşısında ayrıca TİB tarafından talep edilecek bilgilerin korumadan yoksun bilgi kapsamında olamayacağı açıktır.

Nitekim TİB yetkililerinin talep edilen bilgilerin kişisel verilere ilişkin olmayıp içerik ve yer sağlayıcıların güncel adres bilgileri ile sınırlı ve uygulamanın da bu şekilde olduğu ifadeleri dikkate alınmalıdır. Ayrıca; Başkanlığın talep edeceği bilgilerin, kendisine bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerin ifası kapsamında sınırlandığı, 5651 sayılı Yasa'nın 4. maddesine eklenen üçüncü fıkrasından da anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenleme karşısında kuralda tanınmış yetkinin sınırlanmadığı da söylenemeyecektir.

Kanun kapsamı irdelendiğinde, internetin güvenli kullanımını sağlama, kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önleme amaçlı olduğu bunun için esas ve usul belirleyerek gerekli tedbir alma kriter belirleme görevi bulunduğu, kolluk ve soruşturma mercilerine yardımda bulunmak bu maksatlarla içerik yer ve

erişim sağlayıcılar ile koordinasyon içinde faaliyette bulunulacağına y6nelik olduğu g6r6lecektir.

Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen 6zel hayatın gizliliği, 22. maddesindeki haberleşme 6zg6rl6ę6, 26. maddesindeki d6ř6nceyi açıklama ve yayma gibi kural kapsamında ilintili g6r6len haklar sınırsız temel haklar değildir.

Kişisel verilen korunması hakkı insanın maddi ve manevi b6t6nl6ę6n6n gelişiminde ne kadar temel ve 6ncelikli olsa da, bu hak veri sahibine mutlak ve sınırsız bir hakimiyet alanı bırakmamaktadır. 1981 tarih ve 108 sayılı kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında kişilerin korunmasına dair Avrupa Konseyi S6zleşmesi'nin 9. maddesinde devlet, kamu, g6venlik, ekonomik menfaatlerin korunması ve SUÇLARLA M6CADELE KAPSAMINDA kişisel verilerin korunmasına sınırlama getirilebileceği kabul edilmiştir. Yine S6zleşme'nin 5. maddesinde g6re kişisel veriler açıkça belirlenmiş meşru amaçlar için, toplanma gerekçesiyle sınırlı olmak ve gerekli s6reyi aşmamak şartlarıyla tutulabileceği kabul edilmiştir. Nitekim 5651 sayılı Yasa 5. maddesinin 66nc6 fıkrasında sağlanmış trafik bilgilerinin gizliliğinin sağlanarak ne kadar s6re ile saklanabilecekleri açıkça ifade edilmektedir.

TİB Başkanlığına ulaştırılmış bilgilerin, kanunun verdiği yetki ve belirlenmiş g6rev alanı kapsamında sınırlandığı d6ř6n6ld6ę6nde bilgilerin amaç-araç kapsamında y6ntem sınırlaması yapılmadan 6ls6z bir biçimde saklandığı ve kullanılabilir halde bulduğunu s6yleme olanağı yoktur.

İptali istenen h6km6n TİB Başkanlığının t6m internet kullanıcılarının iletişim verilerinin her hangi bir sınırlama getirilmeden toplanmasının m6mk6n hale getirdiğini, 6zel hayata m6dahaleye sebep olan uygulamanın hak arama h6rriyetini ortadan kaldırdığı, TİB Başkanlığınca talep edilen bilgilerin mahiyeti, talep y6nteminin belirsizliği, bilginin içinde 6zel hayat bilgisi de olup bununda talep halinde verileceği ileri s6r6lm6ř ise de; 5651 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin (e), (f) ve (j) bentleri, kapsamında yer alan yer, hizmet ve erişim sağlayıcıların; taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş anı, yararlanılan hizmetin t6r6, aktarılan veri miktarı ve abone kimlik bilgileri, bu olanakları sağlayanlar, kullanıcıya

sunulan bilgileri üreten, değiştiren gerçek ya da tüzel kişiliklere ait veriler, yasanın erişeceği bilginin sınırları olarak belirlediğinden, özel kişisel hayat bilgisi, şahsi, gizli, ticari sır nitelikli bir bilgiyi edinme ve toplama gibi bir yetkilerinin bulunmadığı görülmelidir. Kanun, görev kapsamında edinilebilecek bilgi yetkisinin sınırlarını açıkça tanım maddesinde ifade etmiştir.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Yasası'nın 6. maddesinin (1) bendinde yer alan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme ile ilgili olarak ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi gerçek ve tüzel kişilerden alabilmesine ilişkin kuralın, iptali istemiyle geldiği Mahkememizde kurumun amaç ve görev alanında yer alan sektör ve ilgili şikayetleri değerlendirme ve denetim işlevlerinin gereği gibi yerine getirilebilmesi amacı ile sınırlı olarak, abone ve kullanıcıların kişisel bilgilerin gizliliği ve ticari sırları da koruma görevi olduğu da düşünüldüğünde, kuralın verdiği yetkinin özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne yönelik olduğunun düşünülmemeyeceği ve bu hakları sınırlamadığı gerekçeler ile 2008/115 Esas, 2011/86 Karar sayılı dosyada Anayasa'ya uygun bulunduğuna dikkat çekmek gerekir.

Günümüzde, iletişim ve bilgiye ulaşımında oluşan teknolojik kolaylıklar ile oluşabilecek hukuksuzluklar karşısında, kendisini oluşturan kişi ve devlet varlığını yaşatma ve koruma sorumluluğunda oluşan olağanüstü yoğunluk ve teknolojik çağda, hakların korunması ve birey/devlet arası hakların korunmasının dengelenmesinde aşırı hassasiyet eşiğine ulaşılmıştır. Demokratik toplum inşasında, yıkılmasının önüne geçecek tedbirleri alma zorunluluğu gözetilmeden hürriyetler kendilerinin sınırsız hakimiyet alanına terk edilemez.

Elbette Anayasal hak ve hürriyetlerin demokratik toplum gereklerine uygun şekilde ve ölçüsüz bir müdahaleye uğramadan kullanılması, hissedilmesi demokratik toplum temel öğelerinden varsayılmakta ise de Anayasa'da yazılı çerçevesi içerisinde hak kullanımının da bir sınırının bulunduğu kişi bilincinde yer almalı ve gözden uzak tutulmamalıdır.

Mahkememiz karar gerekçesinde Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı kapsamında, herkesin kendisi ile ilgili

veriler hakkında bilgilenme, erişme amacı doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı olduğuna değindikten sonra iptali istenen kuralda geçen “bilgi” kelimesinin, kişiye ait BÜTÜN bilgileri (kişisel verileri) kapsadığını değerlendirmekte, bunlarında TİB tarafından istenebileceğini talep edilen bilgilerden kişilerin haberdar olmalarına ilişkin bir düzenlemenin de bulunmadığını ifade etmektedir.

İptali istenen kuralda geçen kişisel veri, yukarıda da açıklandığı gibi kişiye özel, gizli, saklı, sır, özel hayat bilgisi olmayıp, internet kullanıcısının bu ortamda yer alması dolayısıyla yararlandığı yer, erişim ve hizmet sağlayıcıların 5651 sayılı Yasa’nın 2. maddesinde sayılı kişilik tipleri ve kullanılan elektronik ortama ilişkin teknik bilgileri ile sınırlıdır. Yasanın görev ve yetki alanı dışında bilgi edinilmesi mümkün olmadığı düşünüldüğünde edinilmesi mümkün olmayan bilginin aktarılması ya da talebi de mümkün değildir.

Kişinin, TİB Başkanlığından istenecek bilgisinin aktarılmasından haberdar edilme keyfiyetine ilişkin bir açıklık olmadığı yönündeki gerekçeye de katılmamıştır. Kullanıcının elektronik ortama girdiğinde nelerle karşılaşabileceği yasada açıkça yazdığına göre kendisi için sürpriz olmayacak bu hukuki açıklık karşısında somutta haberdar edilme mutlak bir zorunluluk olmaktan çıkmaktadır. Kaldı ki Yasa’nın 3. maddesinde bildirim yükümlülüğünün nasıl yerine getirileceği de açıklamış bu hükmün Anayasa’ya aykırılık iddiası da Mahkememizce reddedilmiştir.

YİNE Mahkememiz gerekçesinde, Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebilir kuralı karşısında iptali istenen düzenlemede, kanunda öngörülen hallerin neler olduğu 5651 sayılı Yasa’da açıkça belirtilmediği ifade edilmiş ise de, TİB Başkanlığının Yasa’nın 4. maddesinin Ek 3. fıkrasında, bu kanun ve diğer kanunlarda verilen görevlerin ifası kapsamında talep edeceği bilgiler hakkında gerektiğinde tedbir almakla yetkili olduğu düşünüldüğünde tedbir yani varsayılan hakkın kullanımına gelen sınırlama ya da yegane müdahale nedenlerinin (yani kanunda öngörülen haller) neler olduğu Yasa’nın 8. maddesinde açıklanmaktadır.

Bir koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi, yani tedbir kararına neden ihtiyaç duyulacağı, kanunun birinci maddesinde yer

alan amaç bölümü ve genel gerekçesi ile birlikte ve bir bütün olarak incelendiğinde ve internetin güvenli kullanımının sağlanması, kanun kapsamına giren suçlarla mücadele, kolluk ve soruşturma mercilerine yardım olarak açıklandığı düşünüldüğünde, TİB'e verilen yetkinin öngörülmemiş ve meşru amaç zemini dışında, ölçüsüz olduğunu söylemeye imkan bulunmamaktadır.

Bu anlamda TİB'e verilen tedbir alma yetkisinin esasları belirli, çerçevesi çizilmiş, bağlı bir yetki olduğu düşünüldüğünde bunun yetki devri niteliği bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası hükmü de gözetildiğinde kural Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinde "... mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,..." hükmü yer almakta ve iptali istenmektedir.

Kurala göre, vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge getirmeyen mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyecek, dolayısıyla mükellef bu zorunluluğa uymadığı için ticaret yapamayacaktır.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile sahip olduğu özel teşebbüs kurma serbestiyesine sahip olduğu, devletinde özel teşebbüsleri güvenli ve kararlılık içerisinde sosyal amaçlarına uygun çalışmasını temin edecek tedbirler almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Madde de ayrıca bir sınırlama sebebi de sayılmamaktadır.

Kural ile gelen müdahale, özel teşebbüsün çalışma hakkını zedelemekten öte ortadan kaldırmakta, zaten devlete bir borcu olan mükellefi ödemeye zorlamadan öte, ticaret yapmaktan, kazanmaktan, maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme ve koruma haklarından yoksun bırakmaktadır.

Çağdaş demokrasiler, demokratik hukuk devletlerinde hak ve özgürlüklerin EN GENİŞ şekilde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler ise, haklara müdahale eden kuralların anılan nitelermeye uygun biçimde dar yorumundan kaçınarak değerlendirilmesi gerekir. Hukuk devletinden, hak ve özgürlükleri koruması her alanda güçlenerek, adaletli bir düzen sağlaması, hakka saygılı, hakkın elde edilmesini kolaylaştıran önündeki engelleri kaldıran, mutluluğu amaç edinen hakkaniyetli, müdahale eden kural içeriğinin, bireyin davranış direncine izin verecek ölçekte olması beklendiğinde, kamu yararı ile birey hakları arasında adil bir dengenin de gözetilmiş olması zorunludur.

Ancak kural kendinden olmasa da, hakkın doğasından gelen bir sınırlama sebebi ile müdahale edilebilen bir alan içerisine alındığında ise, müdahale hakkın kullanılmasına mutlak engel teşkil etmemelidir. Demokratik toplum düzeninde özgürlükler asıl, sınırlamalar istisnadır. Hakkın özüne dokunma yasağının ölçüğü de Anayasa'nın ruh ve sözüne, insan hakkına saygıya dayalı ölçülülük ilkesidir.

Maliye Bakanlığına kural ile getirilen yetki, devlete borçlu olana ticaret yaptırmama yasağıdır. Mükellefin devlete olan vergi borcunu, kamu alacağının görece üstünlüğü karşısında güvence altına almak kaygısıyla, tahsilatı hızlandırmaya yönelik meşru bir amacı olduğu kabul edilse bile, anılan müdahalede amaca erişmek için lüzumlu sınır aşılmalı, yani daha hafif bir önlemlerle amaca erişmek etkili olacak iken iptali istenen kuralda bu yönde bir yol seçilmemiş olması ölçülülüğün gereklilik ilkesini karşılamamaktadır.

Kaldı ki, makul ve dengeli olmayan müdahalenin, mükellefin ticaret hayatını bitiren, yaşam kalitesini engelleyen sonuçlar doğuracağı da düşünüldüğünde orantılı olduğu da söylenemeyecektir.

Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belirli bir özgürlüğün ortadan kaldırılması düzeyine vardiirilmemesi gerekir. Pekala, vergi borçlusunun borcunu tahsil etmede sayısız kamu gücü üstünlüğü sağlayan yollar ve usuller mevcut olup, geçici süre, sayısal sınırlamalar, tekerrür hallerine yönelik değişik yaptırım

türleri gibi amaca erişmeye yönelik hakkın özünü zedelemeyen önlemler mevcut iken doğrudan hakkın kullanımını ortadan kaldıran iptali istenen kural, demokratik düzenin gerekli kıldığından fazla ve ulaşılmak istenen amaçtan ötedir.

Kuralda yer alan, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını, tür ve tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına ilişkin bölüme ilişkin olarak kuralın geri kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini tarafımdan düşündüğünde, uygulama alanı kalmayacak bu bölüm yönünden de 6216 sayılı Yasa'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca iptal edilmesi gerekeceği düşüncesi oluşacaktır.

Yukarıda anlatılan nedenler ile kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu nedenleri ile çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

1. 6518 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (6) numaralı bendinde Maliye Bakanlığının vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı, elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, "mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibariyle tespit etmeye ve hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağına" ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkili olacağı öngörülmektedir. Kuralın Anayasa'ya uygunluğu iki bölüm halinde denetlenmiş olmakla birlikte cümlenin tümü için geçerli olan karşı görüşümüz aşağıda açıklanmıştır.

2. İptali istenen kural uyarınca Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığını belge ile kanıtlayamayan kişilere, yasada sayılan özel etiket ve işaretler verilmeyecektir. Buna göre, yaptıkları ticaret icabı bu özel işaret ve etiketleri temin etmek, aksi takdirde idari veya cezai yaptırımlarla karşılaşmak zorunda bulunan kişilerin Maliye'ye borçlarını ödemedikleri müddetçe ticaretlerini sürdürmeleri mümkün olamayacaktır.

3. Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" denilmiş; bu hürriyetler için herhangi bir sınırlama nedeni de öngörülmemiştir.

4. 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

5. Öte yandan, Anayasa'nın ilgili maddesinde özel bir sınırlama nedeni öngörülmeyen hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu tereddüt yoktur. Bu haklar, diğer Anayasal hükümler nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu kapsamda, her ne kadar vergiyi bir vatandaşlık ödevi olarak kabul eden Anayasa'nın 73. maddesinin, bu ödevin yerine getirilmesi amacıyla serbestçe ticaret yapma hakkına bir sınırlama getirdiği öne sürülebilirse de bu sınırlamanın yine Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere göre demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olması gerekir.

6. Kanunlarda, vergi borçlarının ve diğer amme alacaklarının tahsili için özel yöntemler ve gecikme halinde uygulanacak yüksek faizler öngörülmüş, diğer taraftan uzlaşma, erteleme, taksitlendirme gibi kolaylıklar da gözetilmiştir. Vergi tahsilatının amacının, mükellefi mali yönden çökertmek pahasına da olsa her türlü zorlayıcı yöntemi kullanarak vergiyi süratle almak olmadığı, kamu hizmetlerinin yürütülmesi için gerekli olan Maliye'ye düzenli vergi geliri sağlanması ile çalışanların ve müteşebbislerin rahatça işlerini sürdürebilmeleri ihtiyacı arasında adil bir

dengein kurulması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete verilen görevler de bunu gerektirmektedir. Bu nedenledir ki mükelleflerin çok ağır gelen vergilerini ödemekte geciktikleri ve artan borçları defaten kapatma imkanını kaybettikleri ve bu durumun genel bir soruna dönüştüğü hallerde yasa koyucu müteaddit defalar, özel yasalarla vergi affı, erteleme, taksitlendirme gibi kolaylıklar sağlamıştır.

7. İptali istenen kural, çeşitli nedenlerle vergi borcu bulunan ve ticaretlerini sürdürebilmek için yasada sayılan özel etiket ve işaretlere ihtiyacı bulunan kişilerin bu etiket ve işaretleri temin ettikten sonra elde edecekleri kazançları ile Maliye'ye borçlarını ödemesine de imkan bırakmamaktadır. Buna göre kişi, ihtiyaç duyduğu özel etiket ve işaretleri alamadığı için işine ara vermek zorunda kalabilecek, ancak mali durumu böylece daha da kötüleşeceğinden, vergi borçlarını ödemesi de güçleşecektir. Bu durumda kuralın, gözetilen amaca elverişli olduğu da söylenemez. Nitekim Anayasa Mahkemesinin Esas: 2007/4, Karar: 2007/81 sayılı kararında kişilerin vergi borcu nedeniyle yurt dışına çıkışlarının yasaklanmasına ilişkin yasa kuralının iptali gerekçeleri arasında, yurt dışına çıkışı yasaklamanın, vergi tahsilatını sağlamaya yeterli olmadığına da dikkat çekilerek, amaçla araç arasında ilişki bulunmadığı belirtilmiştir.

8. Vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilatının hızlandırılması amacıyla çalışma özgürlüğüne bir müdahalede bulunan kuralın, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütleri karşıladığından söz edilemez.

9. Bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı madde ve fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle

iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, sözkonusu Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının 6. bendindeki değişikliklerin bir kısmının iptali talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak aşağıda açıklanan nedenlerle belirtilen kısmın Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluk görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır:

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin iptali istenilen bölümün de bulunduğu birinci fıkrasının 6. bendi şöyledir:

Maliye Bakanlığı;

...

*"6. (Ek: 3/7/2005 - 5398/23 md.; Değişik: 6/2/2014 - 6518/8 md.) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, **mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına, bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin basımı, dağıtımı ile sistemin kurulması ve işletilmesi hizmetlerinin, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa tabi olmaksızın, süresi 5 yılı geçmemek üzere ve 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (5 inci maddesinin beşinci fıkrası hariç) hükümleri çerçevesinde; yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişiler tarafından yerine getirilmesine, bu hizmetlerde ve yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerde bulunması gereken özellikleri, yetkilendirilecek gerçek veya tüzel kişilerin faaliyetlerinin yönlendirilmesi, izlenmesi, denetlenmesi, yetkilendirmenin sonlandırılması ve bunların uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye,"***

Yetkilidir.

Hükümdeki “...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına...” kısmının iptali istenmiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, kuralı Anayasa’ya aykırı görmemiş, iptal talebini reddetmiştir.

İptali istenilen kuralın gerekçesinde konu ile ilgili olarak:

“213 sayılı Vergi Usul Kanununda değişiklik yapılması suretiyle, kayıt dışı ekonominin yüksek olduğu sektörlerde kayıp ve kaçak ile mücadele edilmesi amacıyla Bandrollü ürün İzleme Sisteminin getirilmesinin, söz konusu sistemin işletilmesinin ve sistem içindeki firmaların vergi borcunun daha etkin bir şekilde takibinin sağlanması amaçlanmıştır” denilmiştir.

Görüldüğü gibi, iptali istenen kısımlarla birlikte hüküm, Maliye Bakanlığına verilen bazı yetkileri düzenlemektedir. Maliye Bakanlığının; vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde, mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına yetkili olduğu belirtilmiştir.

Kuralın uygulanmasının bir sonucu olarak, vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge getirmeyen mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretler verilmeyecek, dolayısıyla mükellefler bu zorunluluğa uymadıkları için ticaret yapamayacaklardır. Kural uyarınca mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilebilmesi için vergi dairelerine vadesi geçmiş borçlarının bulunmaması gerekmektedir.

Kuralda, bu zorunluluk kapsamına girecek olan alacaklardan “*amme alacakları*” olarak bahsedilmiştir. 6183 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, kamu alacağı, Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer’i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları olarak tanımlanmıştır.

Kurala göre Maliye Bakanlığı, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağını belirlemeye yetkilidir. Böylece, Maliye Bakanlığı hangi tutarın altında veya üstünde bulunan kamu alacaklarının bu kapsamda olduğunu belirleyebileceği gibi, kamu alacaklarından hangilerinin bu kapsamda bulunduğunu tespiti de yetkili kılınmıştır.

Ayrıca, 213 sayılı Kanun’un mükerrer 257. maddesi hükmüne uyulmaması halinde aynı Kanun’un mükerrer 355. maddesi uyarınca özel usulsüzlük cezası kesileceği kabul edilmiştir.

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

Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” denilmiştir. Birey bu özgürlüğünü kullanarak çalışmak için dilediği alanı ve işi seçebilir, gerekli sözleşme ve işlemleri yapabilir. Devlet de, bireylerin bu özgürlüğünü kullanabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmalı ve tedbirleri almalıdır.

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. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve özüne dokunulmadan demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardiirilmaması gerekir.

İptali istenen kuralla Maliye Bakanlığına, vergi güvenliğini ve tahsilatını sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırma, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirme yetkisi verilmektedir. Mükelleflerin mali güçlerinin saptanması ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını sağlamak için kamu yararı amacıyla kanun koyucu gerektiğinde Maliye Bakanlığına da yetki verebilir, bu konuda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisini haizdir.

İptali istenilen kuralda ise, genel ve soyut olarak mükelleflere vergi dairelerine olan borçlarının bulunması halinde bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel işaretlerin verilmesi yasaklanmaktadır. Bu yasaklama ise mükelleflerin söz konusu özel işaretlerin verilmemesi sonucu ticaret yapmalarını engelleyici niteliktedir. Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyetleri için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiştir. Maddede sınırlama nedenlerinin gösterilmemesi, kanun koyucunun çalışma özgürlüğünü sınırlandıracak düzenlemeler yapamayacağını göstermektedir. Dava konusu kuralda öngörülen yasaklama, çalışma özgürlüğünün güvence alanının kanun koyucu tarafından daraltılması niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi anlamında ölçüsüz bir sınırlandırma niteliğindedir. Bu yasaklama ticaret yapmak isteyen kişilerin kamuya olan borçlarını ödemedi, sözkonusu bandrol, pul, barkod vd. bağlı olan ticari faaliyetlerini yapmalarını yasaklamaktadır. Söz konusu sınırlamanın, Anayasa'nın 73.

maddesi uyarınca ödev olarak belirlenen vergi borcu ile diğer kamu borçlarının ödenmesini sağlamak için meşru bir amaca yönelik olduğu söylenebilir. Ancak, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi için vergi ve diğer kamu alacaklarının takip ve tahsiline yönelik özel hukuki düzenlemeler, kolaylık ve hızlilik sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte, bu konuda bireylerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri ve yine diğer kanunlarla getirilen, vergi cezaları ve gecikme faiz ve zammı uygulamaları göz önüne alındığında, mükelleflerin vergi borcunun ödenmesi ve kamu alacaklarının tahsili konusunda yasal düzenlemelerin bulunduğu, ayrıca bu alacakların niteliğine bağlı olarak, takip konusunda normal bir alacağa nazaran önemli bir takım ayrıcalıklar da tanındığı görülmektedir.

İptali istenilen kuralda, Anayasa'nın 73. maddesinde vatandaşlık ödevi olarak belirlenen vergi yanında, kamu alacakları da yer almaktadır. Dava konusu kuralın, vergi borcu da dâhil, borcu olmadığına ilişkin belge getiremeyen mükelleflere Maliye Bakanlığının zorunlu tuttuğu bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmemesi sonucunu doğurduğu, bu durumun ise kişilerin çalışma özgürlüğünü zedeleyen bir etkisinin bulunduğu açıktır.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamada, sınırlamanın amacı, vergi borcunun tahsilinin sağlanması, araç ise çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün yahut daha somut haliyle ticaret yapmanın belirli konularda yasaklanmasıdır. Amaç ile araç arasında makul bir ilişkinin bulunduğu söylenebilmesi için ticaretin engellenmesi ile vergi alacağının tahsilinin zorluğu veya imkânsızlığı arasında makul bir tercih nedeninin bulunması gereği açıktır. Yasak, hiçbir şart öngörmeksizin, hatta vergi borcunun tutarı dahi belirtilmeden, vergi borcunun ödenmemesine bağlı olarak kendiliğinden uygulandığı zaman amaç ile araç arasındaki makul ilişki ve denge ortadan kalkar.

İptali istenilen kuralla, kamu alacaklarının tahsilinin sağlanmasının amaçlandığı bu yönüyle kamu yararını amaçladığı görülmektedir. Ancak,

dava konusu kural olmasa dahi yukarıda belirtildiği üzere, 6183 sayılı Kanunla kamu alacaklarının tahsili için özel hükümler ve kolaylıklar zaten kabul edilmiştir. Ayrıca, ticaretini yapıp kazanç elde edemeyen kimselerin vergi borcunu ödemesi de kolay değildir. Bu açıdan, iptali istenen hükümlerin dolaylı olarak, kamu alacağının daha kolay tahsiline de bu açıdan engel olduğu da söylenebilir.

İptali istenen hüküm, vatandaşlık ödevi kapsamında bulunan vergi borcu ve bu kapsamda bulunmayan kamu alacakları yönünden ölçülü bir sınırlama olmadığı gibi, bu alacakların tahsili amacıyla mükelleflere kuralda belirtilen özel işaretlerin verilmemesinin Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınan çalışma ve sözleşme özgürlüğü alanına yapılmış bir sınırlama olduğu, bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında demokratik bir toplum düzeni için gerekli olmadığı, bir an için gerekli olduğu kabul edilse bile ölçülülük ilkesine uygun olmadığı açıktır.

Nitekim benzer şekilde, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun, 28.5.1988 günlü, 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasındaki, *vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilmeyeceğine* ilişkin kısmın iptali istenmiş; Anayasa Mahkemesinin 18.10.2007 tarihli, 2007/4 Esas, 2007/81 Karar sayılı kararıyla kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 213 sayılı Kanun'un mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin iptali istenilen *"...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına..."* şeklindeki kısımlarının, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan Çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkrası ve Kanun'un 88. maddesiyle 5651 Sayılı Kanun'a eklenen 5. maddenin (5) numaralı fıkrası ve Kanun'un 89. maddesi ile 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) mumaralı fıkrasına eklenen (d) bendi Mahkememiz çoğunluğunca iptal edilmiştir.

2. İptal edilen kurallar internet platformunda içerik, yer ve erişim sağlayıcı olarak faaliyet gösterenlere getirilen yükümlülüklerle ilişkin bulunduğundan iptali istenilen kuralların anlam ve kapsamının belirlenmesi bakımından öncelikle internetin anlam ve kapsamının irdelenmesi gerekmektedir.

3. İnternet 1969 yılında bir askeri proje olarak ortaya çıkmış, 1983 yılında sivil kullanıma açılmış ve 1990'lardan itibaren de küresel bir ağ haline gelmiştir.

4. Bilinen geleneksel iletişim türlerinden farklı olarak, iletişime çok büyük bir hız kazandırmış, farklı kesimlerce üretilen etkileşimli multimedya içeriklerinin, dünyanın herhangi bir yerinden sayısız başka yerlerine saniyeler içerisinde ulaşılabilmesini sağlamıştır. Bilginin çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde yayılmasına olanak sağladığı için de, toplumların geleneksel, ekonomik, siyasal kültürel yapılarını etkilemiş, böylece köklü değişim ve dönüşümlerin önünü açmış, yönetimden siyasete, ekonomiden hukuka, aileden arkadaşlık ilişkilerine, insanların tutum, davranış ve alışkanlıklarında önemli değişmelere sebep olmuştur. Bu değişim ve dönüşümler de işin doğası gereği yeni yönetsel ve hukuksal sorunları ortaya çıkarmıştır.

5. İnternet uygulamasında "ulusal sınır" gerçeğinin olmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. Buradaki "ulusal sınır"sızlık ile internetin teknik alt yapısı ve yayılmış ağ yapısı ve paylaşım ve erişim kolaylığı da, internete

bağlanabilen her kişinin, istemesi halinde yasa dışı içerik oluşturup, bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına, gerçek kimliğini gizleyebilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca, internet platformu herhangi bir doğrulama mekanizması barındırmadığından, iletişim, bilgi edinme, paylaşım ve eğlence gibi iyi ve zararsız amaçlarla kullanılmasının yanında, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşabilme amacıyla da kullanılabilir. Bu da suç ve suçlulara kendilerini kolayca gizleyerek yasa dışı iş ve eylemleri hayata geçirebilmelerine fırsat vermektedir. Yani, bir kısım terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi hedef alan içeriklerini çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler. Ayrıca başka bir kısım içeriklerle de mahremiyet ihlallerine, bilgi hırsızlığına, telif hakları ihlallerine, özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasına, dolandırıcılığa, kişilik haklarına saldırılara, bahis, kumar, fuhuş, çocukların cinsel istismarı, pornografi, intihar ve uyuşturucuya yönlendirme, siber zorbalık, şiddet, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret söylemi gibi yasalara aykırı veya zararlı kabul edilen bir takım durumların geniş kitlelerin önüne getirilmesine, onların etkilenimlerine, böylece de sosyal dokunun zedelenmesine, ahlaki yapının bozulmasına ve hukuksal sorunların çıkmasına neden olabilmektedir.

6. Belirtildiği üzere internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı olan ve yukarıda sözü edilen doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve “ulusal sınır”sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlu yönünden kendine has özellikler sergilemekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk, internetin kendine özgü yapısından ve teknik özelliklerinden kaynaklanan bir zorunluluk olmasına rağmen, ifade özgürlüğü ve bilgiye erişim özgürlüğü bağlamında, bilgi ve düşüncenin serbest dolaşımına engel olacağı kanaatiyle, internetin düzenlenmesinde erişimin engellenmesi gibi bir takım yaptırımlar uygulanması ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır.

7. Getirilen tüm eleştirilere karşın, toplumun, özellikle de çocukların korunmasının, bilgi güvenliğinin sağlanmasının, suç oluşumunun

önlenmesinin, suç oluştuktan sonraki süreçte yapılacak araştırma ve incelemelere olanak sağlamasının, suçlu ve sorumluların ortaya çıkmasının vazgeçilemez bir zorunluluk olması nedeniyle, gerçek hayatta kurulan sistemin internet ortamında (sanal ortamda) da kurulması gerektiği söylenmektedir.

8. Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da, toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiğinin görüldüğü belirtilmektedir¹.

9. Öte yandan ülkeler bazında içerik düzenlemesi için farklı yaklaşımlar sergileniyor olsa da, hem yöntem hem de düzenlemeye konu içeriklerin türleri konusunda bir uzlaşma sağlandığı, bu kapsamda, içerik düzenlemelerinde uyar - kaldır (notice and takedown -NTD) yönteminin benimsendiği ve internetin güvenli kullanımı konusunda bilinçlendirme çalışmalarının yapılmasının, telif hakkı ihlalleri, çocukların cinsel istismarı, ırkçılık, ayrımcılık, nefret ve şiddet uyandıran içerikler ile ekstrem pornografi içerikleri konusunda her bir ülkenin kendisinin düzenlemeler yapabileceğinin, sektöre ilişkin uluslararası arenada genel bir kabul gördüğü ifade edilmektedir.

10. Bununla birlikte, hızlı gelişen teknoloji ile birlikte, içeriğin düzenlenmesinde kullanılan yöntemleri aşmaya yönelik alternatif yöntemlerin de sürekli olarak geliştiği de ifade edilmekte, bunun da internetin düzenlenmesi hususunu daha da karmaşık hale getirdiği, bu sebeple, ihtiyaçlara tam olarak cevap veren bir yasal mevzuatın var olmasının yanında, içeriğin düzenlenmesinde etkin bir şekilde kullanılacak

¹ Bu düzenlemeler yapılırken bireylerin internetin sunduğu engin fırsat ve imkanlardan en yaygın ve etkin biçimde yararlanmalarına olanak sağlanması ile vatandaşların ve toplumun internet ortamının meydana getirdiği/getireceği risk ve tehlikelerden korunması arasında, makul, adil kabul edilebilir bir dengenin gözetilmesi diğer bir deyişle özgürlük ile güvenlik arasında dengeli hukuki düzenlemelerin yapılması gerekeceği tabiidir.

farklı yöntemlere sahip olmanın ve dinamik bir idari yapı oluşturmanın gerekliliği vurgulanmaktadır.

11. Bir taraftan belirtilen bu durumlar söz konusu iken, diğer taraftan internetin doğası (“ulusal sınırsızlık” özelliği) gereğince ulus devletler için internetin denetim ve kontrolünde başka bir takım zorlukların da bulunduğu, bu zorlukların en önemlilerinden birisinin internetin, devletin klasik ulusal egemenlik anlayışına meydan okuyan karmaşık, dağıtık, çok değişkenli, dinamik ve sınır tanımayan küresel yapısı olduğu, devletlerin ülke sınırları içerisinde hukuk kuralı koyma ve bunu uygulama meşruiyetlerini esas alan klasik ulusal egemenlik yaklaşımlarına dayalı mevzuatın, ulusal sınır tanımayan bu teknoloji karşısında çoğu zaman sıkıntılar yaşar hale geldiği belirtilmektedir.

12. Diğer yandan da, konunun bilimsel otoritelerine göre yaygınlaşan ve etkinleşen internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte² devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde arttırmanın gayreti içine girmişler; internetteki (e-) ticaretin milyarlarca dolarlık hacme ulaşması, alan adlarının değerlendirilmesi, çeşitli telif hakkı ihlallerine yol açılması, internet üzerinden veri iletişiminin ulusal güvenliğinin bir parçası olarak görülmesi ve zararlı içeriğin denetlenmesi gibi nedenlerle alan adları ve IP adreslerinin yönetimi (internet üzerinde söz sahibi olma, alan adları ile IP numaralandırma politikalarını belirleme ve kontrol etme) sadece devletlerle özel sektör arasında değil, devletler

² Günümüz itibarıyla dünya genelindeki internet kullanıcı sayısının 3 milyar 346 milyona, ülkemiz de ise 47 milyona ulaştığı, ülkemizdeki internet kullanıcılarının “video izleme” eyleminde %93,6’lık oranla dünya 1. si ; %70’lik oranla “spor sitelerini ziyaret” eyleminde de Avrupa 1.si oldukları; günde ortalama 4,9 saat kişisel bilgisayarları üzerinden, 1,9 saat mobil cihazlar aracılığıyla internet ortamında buldukları (Global Dijital Statistics 2014) ; sosyal medyada geçirilen günlük ortalama sürenin 2,5 saat olduğu, %94’ünün en az bir sosyal paylaşım ve iletişim platformunda sayfasının bulunduğu, bu oranın çocuk internet kullanıcılarında %85 olduğu ve bu çocukların %42’sinin sosyal paylaşım sitesindeki hesaplarını kendi kişisel bilgilerinin herkes tarafından görülebileceği “herkese açık” seçeneği ile kullandıkları (Avrupa Çevrimiçi Çocuklar Araştırma Projesi Türkiye Sonuçları 2010) belirtilmektedir. Yine günümüz itibarıyla internet ortamında dünya genelinde yaklaşık 950 milyon alan adı, 750 milyon web sitesi ki bunun yaklaşık 1 milyon 300 bininin yerli web sitesi 45 milyar web sayfası olduğu, sosyal paylaşım platformlarının birisinde bir saatte yaklaşık 350 milyon fotoğraf paylaşılırken, bir başkasında bir günde yaklaşık 1 milyar video izlendiği ifade edilmektedir.

arasında da bir menfaat ve bir anlamda da ideolojik bir sorun alanı haline gelmiş bulunmaktadır. Yine aynı otoritelere göre, siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda, bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir.

13. Durum böyle olmakla birlikte, internet trafiğinin, farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, böylesine karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış durumda olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımına ihtiyaç duyması, hat sayılarının artırılması ve böylece internetin işlerliğinin devamının sağlanması amacıyla tüm devletlerin aktif katılımının, uluslararası iş birliğinin ve koordinasyonun sağlanması gerektiğine işaret edilmektedir.

14. Ayrıca, internet ortamının fiziki bir coğrafya ile sınırlı olmaması durumuna bağlı olarak, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadelenin, gerçek sorumlu veya suçlularını bulup cezalandırmanın ulusal mevzuata göre gerçekleştirilmesinin her zaman mümkün olmaması nedeniyle, sözkonusu sanal ortamın zararlı etkilerinden korunmak ve “serbest suç işleme bölgeleri”nin oluşumunu engellemek amacıyla da uluslararası iş birliğinin ve her ülke için geçerli olacak yeknesak ortak kurallar oluşturmanın zorunlu olduğu belirtilmektedir.

15. İptal edilen kuralların anlam ve kapsamına ve kurallara ilişkin anayasal değerlendirmeye gelince:

16. Kanun’un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında içerik sağlayıcılar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının (TİB) bu kanun ve diğer kanunlarla kendisine verilen görevlerin ifası kapsamında talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlıkça bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulurken, 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer ve erişim sağlayıcılar TİB’in talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde

Başkanlığa teslim etmekle ve Başkanlık tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlü tutulmuşlardır.

17. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar 4. maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan “Başkanlığın bu Kanun ve diğer kanunlarla verilen görevlerinin ifası kapsamında” ibaresi, 5. maddenin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer almamış ise de, konunun doğası gereğince, bu ibarenin 5 ve 6. maddelerin iptal edilen kuralları içinde geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir.

18. Öte yandan, iptal edilen düzenlemelerde TİB tarafından talep edilecek bilginin niteliği belirtilmemiş ise de, ilgili mevzuat bir bütün olarak incelenip değerlendirildiğinde, iptal edilen kurallar uyarınca, içerik, yer ve erişim sağlayıcılar tarafından TİB’e verilmesi öngörülen bilgilerin kişisel veri kapsamında olduğu ve bu bilgilerin en basit şekliyle bir yerden başka bir yere aktarılması sağlandığından da kişisel verilere bir müdahalenin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

19. Kurallar, Mahkememiz çoğunluğunca, özetle, Anayasa’da yer alan güvenceye rağmen, kişilere ait her türlü kişisel veri, bilgi ve belgelerin, konu, amaç ve kapsam sınırlaması olmaksızın koşulsuz olarak TİB’e verilmesine imkân tanıdığı, böylece kişilerin idareye karşı korumasız hale getirildiği, dolayısıyla da kişilerin özel ve aile hayatının gizliliğini ölçüsüzce sınırlandırdığı, TİB’e, çerçevesi çizilmemiş, esasları belirlenmemiş bir alanda hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın geniş yetkiler tanıdığı, bunun da yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığı gerekçesiyle iptal edilmiş bulunmaktadır.

20. Çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararında Anayasa’nın 13 ve 20. maddelerinin anlam ve kapsamına, özel hayatın gizliliği ve korunması özgürlüğünün kullanılmasına ve temel hak ve özgürlüklere getirilebilecek olan sınırlamalara ilişkin genel açıklamalara tarafımızca da aynen katılmaktadır.

21. Çoğunluk görüşünden ayrıldığımız husus, iptal edilen kuralların anlam ve kapsamı ile kurallarla TİB’e müdahale imkanı verilen kişisel

verilerin niteliği ve internetin anlam ve kapsamı dikkate alındığında bu verilere yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı noktasındadır.

22. İptal edilen düzenlemelerde TİB tarafından talep edilecek bilginin niteliği belirtilmemiş olsa da, ilgili mevzuat bir bütün olarak değerlendirildiğinde, söz konusu kurallar uyarınca TİB'in içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, kendiliğinden, genel, sürekli, düzenli ve periyodik olarak bilgi talep etmeyeceği, yalnızca ya yasal görevlerinin ifası kapsamında kendiliğinden, yahut tekil olay ve konularla ilgili olarak başka kurumların talebi üzerine bu yola başvuracağı ve bu kapsamda içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan;

- 5651 sayılı Kanununun 8. maddesinin altıncı fıkrası ile 8/A maddesinin dördüncü fıkrasının TİB'e yüklediği, suça konu internet içeriklerini oluşturan ve yayanlar hakkında, Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunma görevinin ifası için, ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan, suç duyurusunda kullanılmak üzere Cumhuriyet Başsavcılıklarına gerekli olan (IP adresi, kullanıcı ve iletişim bilgisi, hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı gibi) bilgileri,

- Suçu ve suçluyu tespiti yönelik olarak Cumhuriyet Savcılıklarından gelen taleplerin karşılanmasına ilişkin bilgileri,

isteyebileceği,

- Yasadışı içeriklerin kullanımdan kaldırılmasını teminen, içerik sağlayıcılara uyar-kaldır yöntemiyle bildirimlerde bulunabileceği,

- Kullanımdaki internet hizmetinin daha güvenli ve kaliteli olması bakımından, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarca alınması gereken önlemlerin belirlenmesi bağlamında bildirimlerde bulunabileceği,

- Siber saldırıların tespiti ve önlenmesi bağlamında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan bazı tedbirleri almalarını isteyebileceği,

sonucuna varılmaktadır.

23. Ayrıca, internet trafik bilgilerinin ilgili mevzuat uyarınca ancak mahkeme kararı ile alınabildiği, bu tür trafik bilgilerinin TİB'e uğramaksızın, işletmeciden alınıp doğrudan ilgili mahkemeye gönderildiği, TİB'in bu konuda, mahkemeden gelen talepleri işletmeciye iletme, işletmeciden gelen bilgiyi de doğrudan mahkemeye iletme dışında bir işlev ifa etmediği gözetildiğinde de, iptal edilen kurallar kapsamında istenebilecek bilgilerin trafik bilgisi niteliğinde bilgiler olmadığı da anlaşılmaktadır.

24. Bu bakımdan, TİB'in temin ettiği bilgilerin, ancak 5651 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirlenen görevler kapsamında ve diğer yasaların belirlediği yetkiler çerçevesinde ilgili mercilerle koordinasyon kapsamında verilebileceği, bunların gelişigüzel başka kurum ve kişilerle paylaşılmasının veya başka amaçlarla depolanıp kullanılmasının yasal olarak mümkün olmadığı, aksi durumun ilgililerin sorumluluklarını doğuracağına duraksama bulunmamaktadır.

25. 5651 sayılı Kanun'un iptal edilen hükümleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili düzenlemelerini birlikte gözetildiğinde, TİB'in kanunu icra noktasında içerik, yer ve erişim sağlayıcılardan isteyeceği bilginin kapsamının ve getirebileceği yükümlülüklerin çerçevesinin belirlenmediği, bilgi talep etme yetkisinin kapsamının kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli teminatlar sağlanarak sınırlandırılmadığı ve kişilere neler olduğu belirlenemeyen yükümlülükler yüklediği de söylenemez.

26. Ayrıca yine yukarıda ayrıntılı bir biçimde açıklandığı üzere, internet platformu, olumlu ya da olumsuz her türlü bilgi ya da bilgi niteliği taşımayan içeriğin, zararlı ve suç niteliğindeki uygulamaların yer aldığı, internet kullanan hemen herkesin kişisel verilerinin, bilinen ya da bilinmeyen bir çok yerde kaydedildiği ve istenildiğinde ilgili internet aktörlerince çeşitli amaçlarla kullanılabilirdiği çok geniş bir alandan oluşmaktadır ve bu platform, fiziksel ortamdaki suçların izlerini ülkesel sınırları tanımadan çok süratli bir şekilde sanal ortamda dolaştırmaktadır. Böyle bir dünyada suç ve suçlularla mücadele, ahlakın ve sağlığın korunması, özellikle çocuk haklarının korunması büyük bir önem arz etmektedir.

27. Durum böyle olunca da, kamu düzenini sağlama, suç ve suçlularla mücadele etme, toplumun huzur ve refahı, temel hak ve özgürlükleri koruma görevleri bulunan ve Anayasa'da belirlenen ilkeler ve meşru amaçlar çerçevesinde temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı uygulamaları her türlü denetime açık olan devletin, sanal ortamdaki suçlarla mücadele etme sürecinde görevlendirdiği kurumuna "internet yayınlarının düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi amacıyla koordinasyon, önleme, yayın engelleme, internet yayın kalitesini denetleme, filtreleme ve bloke etme sistemlerini geliştirme, izleme, siber saldırılara karşı önlem alma" gibi yetkiler verirken, ilgili işletmelerden bilgi alma ve tedbir talep etme yetkisinin çok sınırlı bir şekilde verilmesi gerektiğini söylemek tutarlı bir uygulama olarak değerlendirilememektedir.

28. Kaldı ki internetin anlam ve kapsamına ilişkin olarak yukarıda yapılan anlatımlara göre, kişisel veriler internet platformuna girdiği andan itibaren, kişilerin münhasır özel alanından çıkmaktadır. Söz konusu veriler, internet kullanımında kendisinden yararlanan yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı, yönlendirici (router), internet değişim noktası (internet exchange point), veri merkezleri gibi bir dizi ortakla paylaşılmaktadır. Bu kapsamda "gizlilik kuralları" paydaşlar arasında onaylanmakta, fakat internet hizmetinden yararlanmak isteyen kişinin gizlilik anlaşmasını onaylama iradesinin özgürlüğü sorgulanmamaktadır. Bu açıdan değerlendirildiğinde sanal ortamdaki kişisel bilgilerin ve verilerin devletin bir kurumunda toplanması ile özel hayata ölçüsüzce müdahalede bulunduğu kabul edilmesi, sanal dünyanın gerçekliği ile bağdaşmamaktadır.

29. Bu itibarla, iptal edilen kurullarla yapılan müdahalenin, hem kişilerin kendi yararları açısından, hem de toplum ve ailenin korunması bakımından gerekli ve ölçülü olduğu, düzenlemelerde Anayasa'nın 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle iptale ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Davada, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin *"Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayımların başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır."* hükmünü içeren (9) numaralı fıkrasının iptali istenilmiş, Mahkememiz çoğunluğunca *"...veya aynı mahiyetteki yayımların..."* ibaresi Anayasa'nın 2., 13. ve 26. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş, fıkranın kalan bölümüne ilişkin iptal istemi ise oybirliği ile reddedilmiştir.

2. *"...veya aynı mahiyetteki yayımların..."* ibaresinin iptaline ilişkin kararda, kuralın, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin *"aynı mahiyetteki yayımların"* başka internet adreslerinde yayımlanması ve ilgili kişinin de Birliğe başvurması durumunda, bunun tespitini Birliğe bıraktığı, aynı mahiyetin tespitinin, yayının aynı olmasından farklı olduğu, *"Aynı mahiyetteki yayımlar"*ın, hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesine kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal eder mahiyette olan yayımlar olduğu, kişilik hakkının kapsamının ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiğinin, ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasal ve hukuki konuları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirdiği, kuralla verilen yetkinin, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı, bu itibarla da kuralın, *"aynı*

mahiyetteki yayınlar” yönünden belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı; ayrıca, Birlik tarafından, kişilik hakkının ihlaline ilişkin aynı mahiyetteki yayınların başka internet sitesinde yayımlanması halinde bu siteler hakkında da erişimin engellenmesi kararının uygulanmasının, bu sitelerden yararlanmayı engellemesi nedeniyle ifade özgürlüğünü de ölçüsüzce sınırlandırdığı gerekçesine dayanılmıştır.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki kuralda sözü edilen birlik, özel hukuk tüzel kişisi olarak Kanun’un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamak üzere, Kanun’un 6/A maddesi ile kurulmuş *Erişim Sağlayıcıları Birliği’dir*. Birliğin asıl görevi, Kanun’un 8. maddesi kapsamında olan katalog suçlara ilişkin koruma ve idari tedbir dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılmasıyla oluşan ve bunlar arasındaki koordinasyonu sağlayan bir kuruluştur. Birliğe üye olmayan erişim sağlayıcıları faaliyette bulunamamaktadırlar.

4. Mahkememiz çoğunluğunca “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin iptaline karar verilen Kanun’un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararının internet ortamında uygulanması düzenlenmiştir. Fıkroda, hâkimin söz konusu 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının veya aynı mahiyetteki yayınların başka internet adreslerinde de yayımlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi halinde mevcut kararın bu adresler için de uygulanacağı öngörülmektedir. Fıkranın “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresinin dışında kalan kısmında Mahkememiz çoğunluğunca da anayasal bir sorun görülmediğinden ve tarafımızca da aynı görüş paylaşıldığından bu kısma ilişkin olarak burada bir değerlendirme yapılmayacaktır.

5. Kuralla ilgili değerlendirmeye geçmeden önce, ilgisi nedeniyle öncelikle internetle ilgili kısa bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre, anlam ve kapsamı bir önceki (5651 sayılı Kanun’un 4.

maddesinin, 3 ve 5. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendine ilişkin) karşı oyumuzda ayrıntılı olarak anlatılan internetin, modern demokrasilerde, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunduğu, medya içeriği oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklinde işleyen bir medya kanalı olduğunda, sağladığı sosyal medya zemininin, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, paylaşma ve yaymaları için vazgeçilemez nitelikte olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle de kanaatimizce teşvik edilmesi, geliştirilmesi gereken bir alandır. Ancak, aynı platformun kimi zaman kimilerince manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğinde üretilen yanlış bilgi ve yalanların sanayeler içerisinde mekân engeline takılmadan dünyanın dört bir yanına yayılmasına olanak sağladığı, böylelikle de kimi kişiler hakkında telafisi imkansız zararların oluşmasına neden olabilecek şekilde kullanılabilirdiği de unutulmamalıdır.

6. “...veya aynı mahiyetteki yayınların...” ibaresine gelince:

7. Farklı kişilerle ilgili hazırlanmış aynı mahiyetteki içeriklerle veya aynı kişiyle ilgili hazırlanmış farklı bir içerikle ilgili yeniden hâkim kararı alınmaksızın erişimin engellenmesi uygulamasının Erişim Sağlayıcıları Birliği’ne verilmesinin, Birliğe yargı yetkisi verme niteliğinde olacağına şüphe yoktur. Bu nedenle, kanaatimizce “aynı mahiyetteki yayınlar” ibaresinden, daha önce hâkim denetiminden ve hukuki değerlendirmesinden geçmiş bir içeriğin değişik versiyonlarının anlaşılması gerekmektedir.

8. İnternet dünyasının genişliği, kullanıcı yoğunluğu, kullanıcı profilinin çeşitliliği, takip ve denetiminin zorluğu, fiziki ortamda saatler sürebilecek doğru bilgi ya da manipülasyon amaçlı ve iftira niteliğindeki yanlış bilgi ve yalan akışının internette sanayeler içerisinde mekân engeline takılmadan sağlanabildiği gerçeği ile bu gerçeklik ortamında suç ve suçlularla mücadelede sağlanılmak zorunda olunan başarı birlikte düşünüldüğünde, iptal istemine konu fıkrada belirtilen nitelikteki yayınlar hakkında da öncelikle yargısal sürecin işletilmesi gerektiğinin söylenilmesi,

yargısal denetimin sonuçlanmasına ilişkin süreyi göz ardı edilmemesi gereken bir durum olarak ortaya çıkarmaktadır. Zira, hızlı bir şekilde karar alınıp bu kararın uygulanmasını gerektiren kimi durumlarda sürecin işleyişinin yavaşlaması/yavaşlatılması, hukuka aykırı içerikten zarar gören kişilerin haklarının telafisi imkansız ve ağır bir biçimde zedelenmesine de yol açabilecektir.

9. Öte yandan daha önce yargı denetimine konu olmuş bir içerikle ilgili küçük değişiklikler yapılarak internetin farklı adreslerine servis edilen yayınların her biri hakkında hâkim kararı aranması, internet dünyasındaki suç ve suçlularla mücadeleyi oldukça zorlaştıracaktır. Birliğin, yargı denetimi sonrası erişimin engellenmesi kararına konu içerikle aynı olan yayınları tespit edip tedbir uygulaması kabul edilirken, kişi ve konu birliği aynı mahiyette olanları tespit edemeyeceğinin düşünülmesi izahı zor bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki iptale konu düzenleme olmasa bile, hâkim kararı ile erişimi engellenen yayınlara ilgili kişi ve konu birliği bulunmak şartıyla, Birlik tarafından diğer internet adresleri hakkında tedbir yetkisinin kabul edilmesi, usul ekonomisi, yargı kararlarının etkililiği ve verimliliği açısından bir zorunluluk olarak da görülebilir.

10. Ayrıca “aynı mahiyetteki yayınlar” hakkındaki erişimin engellenmesi kararının itiraz üzerine yargı denetimine tabi tutulmasına bir engel bulunmaması, Birlik tarafından verilen tedbir kararının koşullarının oluşmadığı kanaatine varılması veya ölçüsüz bulunması durumunda kaldırılabilmesi dikkate alındığında, kuralla öngörülen tedbirin orantısız olmadığı da görülmektedir.

11. Kaldı ki, yargı kararlarının infazı aşamasında karşılaşılan tartışmalı durumlar ve açıklamaya muhtaç hususlarla ilgili yargı makamlarından görüş istenmesi her zaman mümkündür. Hatta infaz aşamasında ortaya çıkacak hak ihlallerinin tekrar yargıya götürülmesine de bir engel bulunmamaktadır. Hal böyle olunca kuralın belirsizliğinden de söz edilemez.

12. Açıklanan nedenlerle, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasında geçen “... veya aynı mahiyetteki yayınların ...”

ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan kuralların iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı madde ve fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Bu kapsamda, sözkonusu Kanun'un 90. maddesiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 6/A maddesinin de iptali istenmiş; maddenin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi dışındaki iptal talebi oybirliği ile reddedilmiş, ancak ikinci cümlenin Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz Çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin yedinci fıkrası şu şekildedir: *"Bu Kanunun 8 inci maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararları gereği için Birliğe gönderilir. Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır."*

Maddenin gerekçesinde bu konuya ilişkin olarak ayrıca bir açıklık getirilmemiştir.

Fıkranın ilk cümlesi ile Kanun'un 8. maddesi dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini sağlamak için Erişim Sağlayıcıları Birliğine (ESB) gönderilmesi kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki, erişimin engellenmesi kararlarının gereği esas itibarı ile erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilecektir. Ancak bu kararların gereğinin yerine getirilip getirilmediğini denetlemek için ESB'ne ayrıca gönderilmesi isabetli olmuştur. Fıkranın ikinci cümlesi ile de erişimin engellenmesine ilişkin kararların, mahkemelerce ya da ilgili kurumlarca ESB'ne tebliğ

edilmesi halinde, bu tebligatın aynı zamanda erişim sağlayıcılara da yapılmış sayılması kabul edilmiştir. Bu durumda, erişimin engellenmesi kararını asıl olarak yerine getirecek olan erişim sağlayıcılara ayrı bir tebligat yapılması öngörülmemiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, ikinci cümleyi de Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebini reddetmiştir. Çoğunluk, ret gerekçesinde, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekliliğini, bunu sağlamak için iptali istenilen kural ile ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı kabul edildiğini, getirilen sistem ile mahkemelerce ve idare tarafından verilen kararların ESB'ye elektronik ortamda doğrudan iletildiğini, ESB'nin de erişim sağlayıcılar ile kurmuş olduğu sistem üzerinden bu kararları aynı anda erişim sağlayıcıların bildirilen elektronik adreslerine iletildiğini, söz konusu tebligatın erişim sağlayıcılara ulaştığının da sistemden görüldüğünü, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olmaları göz önüne alındığında, iptali istenilen düzenlemelerin kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Tebliğat, tebligatı yapan makamca, muhataba, ilgili işlemi usulüne göre bildirmesi ve bu bildirme işleminin de belgelendirilmesidir. Tebligat kural olarak muhataba, bilinen en son adresinde yapılır (Teb.K.m.10). Ancak muhatap adresinde bulunmazsa, muhatabın adresi bulunamazsa vb. tebligatın mümkün olmadığı hallerde, tebligatın ne şekilde yapılacağı Tebligat Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiştir (bkz. m.16,21,31). Ancak bu hallerde dahi, tebliğ konusu işlem, muhatabın tasarruf alanına mümkün olduğunca sokulmaya çalışılmakta, muhatabın işlemi öğrenmesi için çaba sarfedilmektedir. Ayrıca, bu hallerde, yani tebligatın muhatabın kendisine değil de bir başkasına yahut başka yere yapılmasında bir zorunluluk bulunmaktadır.

İptali istenen cümleye bu açıdan bakıldığında, tebligat, muhataba yani erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmekle sorumlu erişim sağlayıcılara yapılmamakta, onun yerine ESB'ne yapılmaktadır. Bilindiği gibi, ESB özel hukuk tüzel kişisi olup, erişim sağlayıcılardan ayrı bir kişiliği vardır. ESB, erişim sağlayıcıların kanuni yahut iradi temsilcisi de değildir.

Mahkememiz çoğunluğu, kararların ESB'ne tebliğ edilmesinin yeterli olduğunu, erişim sağlayıcılara ayrıca tebligat yapılmamasının gerekçesini, kararların bir an önce yerine getirilmesinin gerekliliği ve ESB'nin oluşturulan sistemle kararı zaten hemen erişim sağlayıcılara da iletildiği ve bunun sistem üzerinden görülebildiği, şeklinde açıklamaktadır. Ancak, bu gerekçeler, tebligatın muhataba değil de ESB'ne yapılmasını haklı kılmaktan uzaktır.

Öncelikle böyle bir sistemin kabul edilmesinin gerekçesi olarak çoğunluk, fıkranın ilk cümlesinin iptali talebinin reddine ilişkin gerekçede *“Erişim sağlayıcıların sayısının her gün artması, bunları takip etmenin ve adreslerine ulaşarak tebligat yapılmasının zorluğu hususları gözetildiğinde sistemin en iyi şekilde işlemesi için erişimin engellenmesi kararlarının gereği için ESB'ye gönderilmesi zorunlu bulunmaktadır”* demektedir. Buna göre, demek ki, ESB erişimin engellenmesi kararlarını her zaman anında erişim sağlayıcılara ulaştırılmamaktadır. Kaldı ki, erişim sağlayıcısı olabilmek için BTK'dan lisans almak zorunludur. Lisans verilirken, gerekli adres ve iletişim bilgileri de erişim sağlayıcı tarafından BTK'ya bildirilmektedir. Erişim sağlayıcının sertifika alırken bildirmek zorunda olduğu elektronik adresine çok rahat tebligat yapılabilir ve bu durum zaman kaybına da neden olmaz. Eğer ESB, belirtildiği şekilde kendisine tebliğ edilen kararı hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa bu takdirde, tebligata ilişkin temel kuraldan yani tebligatın muhataba yapılması gerektiğine ilişkin kuraldan ayrılmanın anlamı yoktur; ESB'nin, kararı erişim sağlayıcılara ulaştırdığı tarihin, tebligat tarihi olarak kabul edilmesi mümkündür. ESB, oluşturulan sistem üzerinden erişim sağlayıcıların kararı öğrenip öğrenmediklerini de kontrol edebildiğinden, tebligat tarihini ispat etmek zor olmayacaktır. ESB, oluşturulan sistemle, kararı otomatik olarak hemen erişim sağlayıcılara gönderiyorsa, kararın gereğinin yerine getirilmesi için zaman kaybı da yaşanmamaktadır,

ESB, kararı oluşturulan sistemle hemen erişim sağlayıcılara ulaştırıyorsa, erişim sağlayıcılarının hak kaybı yaşaması sözkonusu olmayabilir. Ancak ESB, kararı erişim sağlayıcılara hemen gönderemezse, göndermede gecikme yaşanırsa, erişim sağlayıcının adresinde sıkıntı varsa, bu takdirde, iptali istenen hüküm etkisini gösterecek, erişim sağlayıcıya hiç

tebligat yapılmısa yahut geç tebligat yapılsa dahi, ESB'ne yapılan tebligat kendisine yapılmış sayılacak ve tebligata bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorumluluklar devreye girecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmediginde adli para cezası ile karşılaşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*hukuk güvenliği*" ilkesidir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 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 mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımamasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Mahkemenin yahut tebligat yapacak makamın, tebligat konusu işlemi muhataba usulüne göre yapması gerekir. Usulüne uygun işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için muhatabına bildirilmesi gerekir. Böylece tebligata bağlanan süre işlemesi, bazı ykmllklere katlanması vb. muhataptan beklenebilir hale gelsin. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama özgürlüğünün en önemli güvencelerinden

biridir. Muhatabın, tebligat konusu işlemde usulüne uygun olarak bilgilendirilmesi, hakkaniyete uygun yargılamanın da bir gereğidir.

İptali istenilen cümlede, Kanun'un 8. maddesi kapsamı dışındaki erişimin engellenmesi kararlarının, erişim sağlayıcılara ayrıca tebliğ edilmemesi, ESB'ne yapılacak tebligatın yeterli görülmesi yahut ESB'ne yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılması şeklinde bir sistem öngörülmüştür. Buna göre, ESB'ne yapılan tebligat erişim sağlayıcılara da yapılmış sayıldığından, erişim sağlayıcıların kararın gereğini yerine getirmek için kanunda öngörülen süre, ESB'ne yapılan tebligat tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (8) numaralı fıkrası ve 9/A maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca erişim sağlayıcılar, bu kararları dört saat içinde yerine getirmekle yükümlüdür; yerine getirmediği takdirde 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (10) numaralı fıkrası uyarınca adli para cezası ile karşılaşmaktadırlar. Erişim sağlayıcıları, ESB'nin kusuruyla yahut teknik nedenlerle erişimi engelleme kararlarının kendilerine bildirilmemesi veya geç bildirilmesi halinde, kendilerinin bir kusuru olmamasına, kendilerine fiilen herhangi bir bildirim ve tebligat yapılmamasına rağmen, yukarıda belirtilen yaptırıma maruz bırakılmış olmaktadır. Bu durumun, erişim sağlayıcılarının, sözkonusu yaptırıma karşı yargı mercileri nezdinde itiraz edebilme gibi bazı haklarını kullanamamalarına neden olması da mümkündür. Şu halde iptali istenilen cümle, erişim sağlayıcılarını, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi, hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının *"Bu kapsamda Birliğe yapılan tebligat erişim sağlayıcılara yapılmış sayılır"* şeklindeki ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2014/195
Karar Sayısı : 2015/116
Karar Tarihi : 23.12.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Levent GÖK ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresinin,

C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından..." ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresinin,

D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresinin "makul" şeklinde değiştirilmesinin,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 13., 19., 20., 21., 35., 36., 37., 38., 138. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6572 sayılı Kanun'un;

1- 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi şöyledir:

"Madde 27- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevleri şunlardır:

...

(7) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirmek,"

2- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesi şöyledir:

*"Madde 36- Yargıtayda yeteri kadar tetkik hâkimi bulunur. Tetkik hâkimleri, meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca** atanır."*

3- 39. maddesiyle cümleler eklenen, 5235 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

*“İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımı, **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından** belirlenebilir. Bu kararlar, Resmî Gazete’de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmakla yükümlüdür. **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca** iş dağılımının yapıldığı tarih itibarıyla görülmekte olan davalarda daireler, iş bölümü gerekçesiyle dosyaları diğer bir daireye gönderemez.”*

4- 40. maddesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun değişiklik yapılan 116. maddesi şöyledir:

*“Madde 116- (1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda **makul** şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.”*

5- 41. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (17) numaralı alt bendinin de bulunduğu fıkra şöyledir:

“(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

- 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),*
- 2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
- 3. Hırsızlık (madde 141, 142),*
- 4. Yağma (madde 148, 149),*
- 5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),*
- 6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),*

7. Hileli iflas (madde 161),
 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
 9. Parada sahtecilik (madde 197),
 10. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/10 md.)
 11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
 12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
 13. Zimmet (madde 247),
 14. İrtikap (madde 250)
 15. Rüşvet (madde 252),
 16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
 17. (Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
 18. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.
- b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
- c) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,
- Hakkında uygulanır.”

6- 42. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin de bulunduğu fıkra şöyledir:

“(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

- a) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*
1. *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
2. *Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),*
3. *İşkence (madde 94, 95),*
4. *Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),*
5. *Çocukların cinsel istismarı (madde 103),*
6. *(Ek: 21/2/2014 - 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),*
7. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
8. *Parada sahtecilik (madde 197),*
9. *(Mülga: 21/2/2014 - 6526/12 md.)*
10. *(Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227),*
11. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
12. *Rüşvet (madde 252),*
13. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*
14. **(Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),**

15. (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

16. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”

7- 43. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun’un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin de bulunduğu fıkra şöyledir:

“(1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. (Ek:21/2/2014–6526/14 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. *Parada sahtecilik (madde 197),*
 6. *(Mülga:21/2/2014 - 6526/14 md.)*
 7. *(Ek: 25/5/2005 - 5353/19 md.) Fuhuş (madde 227)*
 8. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
 9. *Rüşvet (madde 252),*
 10. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*
 11. ***(Değişik: 2/12/2014-6572/43 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),***
 12. ***(Ek: 2/12/2014-6572/43 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),***
 13. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),*
- Suçları.
- b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*
 - c) *Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*
 - d) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."*

8- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(2) Müdafin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.12.2014 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, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüldüğü düşünöldü:

A- Kanun'un 23. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin Yürürlükten Kaldırılmasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüş bildirme ve muvafakat verme yetkisinin ortadan kaldırılarak atama yetkisinin Yargıtay dışında başka unsurların inisiyatifine bırakılmasının, yargı bağımsızlığını zedelediği gibi Yargıtayın temyiz görevini yapısal bir bütünlük içerisinde yerine getirmesini de engellediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 140. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. 2797 sayılı Kanun'un "*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin Görevleri*" başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirmek görevi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevleri arasında sayılmakta iken dava konusu kuralla anılan bent yürürlükten kaldırılmak suretiyle bu görevlere yapılacak atamalar ile bu görevlerden başka görevlere yapılacak

atamalarda Yargıtay Başsavcısının atamaya yetkili mercie görüş bildirme görevi sona erdirilmiştir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

7. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır.

8. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."* Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin etkisi altında olmamasını ifade etmektedir.

9. Hâkim ve savcıların atanma ve diğer özlük haklarına ilişkin görevlerin bağımsız bir organa verilmesi yargı bağımsızlığının ön koşuludur. Anayasa'nın 159. maddesinin sekizinci fıkrasında, hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmesinde yetkili mercinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olduğu belirtilerek bu konuda HSYK'ya anayasal bir yetki tanınmıştır. Böylece, ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcılar arasında bir ayırım gözetilmeksizin tüm hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmesinde münhasıran HSYK yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, 2797 sayılı Kanun'da aranan şartlara sahip olan hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından

Yargıtay Cumhuriyet savcılığı görevine atama yetkisi HSYK'ya ait olduğu gibi bu görevden başka bir göreve atama yetkisi de HSYK'ya aittir.

10. Diğer taraftan, Anayasa'nın 140. maddesinde, hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmelerinde uygulanacak usul ve esasların mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, adlî yargıda görev yapan hâkim ve savcıların Yargıtay Cumhuriyet savcılığına veya bu görevden başka bir göreve atanmalarında asli yetki HSYK'ya ait olmak üzere usul ve esasları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.

11. 2797 sayılı Kanun'un 28. maddesinde, Yargıtay Cumhuriyet savcılarının, kendilerine verilen dosyaların tebliğnamelerini, karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurma işlemlerini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adına düzenleyerek onun yerine imza edeceği, ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının vereceği diğer işleri göreceği belirtilmiş, Kanun'un 37. maddesinde, beşinci ve daha yukarı derecelere ulaşan ve meslekte fiilen en az beş yıl süreyle adli yargı hâkimi veya savcısı olarak görev yapanların Yargıtay Cumhuriyet savcılığına atanabileceği hüküm altına alınmıştır.

12. Dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının Yargıtay Cumhuriyet savcılığına veya bu görevden alınarak başka bir göreve atanmaları bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilen yetki, sadece görüş bildirme mahiyetinde olup atamaya yetkili merci yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kuralın yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte Yargıtay Cumhuriyet savcılığı görevine atama veya bu görevden alma konusunda HSYK'nın münhasır yetkisi devam etmekte olup atamaya yetkili merci bakımından herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Yargıtay Cumhuriyet savcılarının görevleri göz önünde bulundurulduğunda bu göreve yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşüne başvurulmasının gerekli olup olmadığı tartışılabilir ise de, bu husus yerindelik denetimine girdiğinden anayasallık denetiminde gözetilmesi gereken hususlardan değildir.

13. Bu itibarla, Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmelerinde yetkili merci olan HSYK'nın, Yargıtay Cumhuriyet savcılığına yapacağı atamalarda veya savcılarını bu görevden alarak başka bir göreve atamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşüne başvurma zorunluluğunun ortadan kaldırılması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralda mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

14. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

15. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

16. Kuralın Anayasa'nın 154. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 2797 Sayılı Kanun'un 36. Maddesinin İkinci Cümlesinde Yer Alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

17. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla adli yargıda görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının Yargıtay tetkik hâkimliğine atanmasında Yargıtayın görüş bildirme yetkisinin kaldırılarak atama yetkisinin münhasıran HSYK'ya bırakılmasının yargı bağımsızlığını zedelediği gibi yapılan düzenlemenin Yargıtayın temyiz görevini yapısal bir bütünlük içinde yerine getirmesine de engel oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

18. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 140. maddesi yönünden de incelenmiştir.

19. 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinde Yargıtayda görev yapacak tetkik hâkimlerinin, meslekte beş yılını doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurul tarafından atanacağı hükmü yer almakta iken dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak tetkik hâkimliğine atamada Birinci Başkanlık Kurulunun görüşünün alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

20. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının bu görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirme görevini sona erdiren 6572 sayılı Kanun'un 23. maddesine ilişkin bir önceki başlık altında yer alan gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

21. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

22. Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

23. Kuralın Anayasa'nın 154. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 39. Maddesiyle 5235 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin Beşinci Fıkrasına Eklenen Üçüncü Cümlede Yer Alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından..." İbaresini İle Altıncı Cümlede Yer Alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

24. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurullarla HSYK'ya her suça ilişkin özel bir mahkeme kurma konusunda şekli, kapsamı ve zamanı öngörülebilir olmayan sınırsız bir yetki verilmek suretiyle hukuki güvenlik ilkesinin ve kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği belirtilerek kurulların, Anayasa'nın 2. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

25. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

26. Dava konusu kurallarla ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde kurulduğu yerlerde, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak HSYK'nın daireler arasında iş dağılımı yapabileceği kural altına alınmaktadır.

27. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. 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.

28. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

29. Hukuk devletinde kanun koyucu, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir. Nitekim, Anayasa'nın 142. maddesinde, *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* denilmek suretiyle bu husus hüküm altına alınmıştır.

30. 5235 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri şeklinde sınıflandırılmıştır. Kanun'un 11. maddesinde, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza

hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerinin genel yetkili olarak bakacağı belirtilmiş, 12. maddesinde ise ağır ceza mahkemelerinin bakmakla görevli olduğu suçlar sayılmıştır.

31. Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasında, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde oluşturulabileceği ifade edildikten sonra özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasında iş dağılımına gidilebileceği belirtilmiş, dava konusu kuralla da daireler arasında iş bölümü yapma yetkisi HSYK'ya verilmiştir. Fıkranın devamında ise HSYK'nın iş bölümü yaptığı tarih itibarıyla görülmekte olan davalarda dairelerin, iş bölümü gerekçesiyle dosyaları diğer bir daireye gönderemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre HSYK, asliye ceza veya ağır ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, mahkemenin görev alanına giren suç tiplerine göre daireler arasında iş bölümü yapabilecek ancak iş bölümünün yapıldığı tarih itibarıyla sonuçlanmamış davalar aynı dairede görülmeye devam edecektir.

32. Maddenin gerekçesinden, birden fazla daire şeklinde kurulan ceza mahkemelerinde, mahkemenin görevine giren işler bakımından daireler arasında ihtisaslaşmaya gidilmesi amacıyla iş bölümü esasının getirildiği anlaşılmaktadır.

33. Yargı yerlerinin bir isim altında daireler hâlinde çalışmaları, mahkemelerin teşkilatlanmasına ilişkin bir tercihten ibarettir. Asliye veya ağır ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, daireler arasında hangi işin iş durumuna göre hangi dairede görüleceği hususu teknik anlamda görev ilişkisi olmayıp iş paylaşımını ifade etmektedir. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren dava konuları ilgili kanunlarda belirtildiğinden yapılacak olan iş bölümü mahkemelerin bakmakla görevli olduğu dava konularını etkilemeyecektir. Bir başka ifadeyle asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri Kanun'da belirtilen görev tanımları içinde yargılama yapmaya devam edecek, ancak anılan

mahkemelerin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı yerlerde HSYK'nın alacağı bir kararla daireler arasında mahkemenin görev alanına giren suç tiplerine göre iş bölümü yapılabilecektir.

34. Mahkemelerin kanunla belirlenmiş görev alanlarının HSYK tarafından alınacak bir kararla değiştirilmesi veya mahkemelere yeni bir görev verilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, birden fazla daire şeklinde teşkilatlanan asliye veya ağır ceza mahkemelerinin daireleri arasındaki iş bölümünün kanunla belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

35. Asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri itibarıyla yetkileri 5235 sayılı Kanun'da belirlenmiştir. HSYK, daireler arasında iş bölümünü ancak Kanun'da anılan mahkemeler için belirlenen görev tanımları çerçevesinde yapabilecektir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın belirsiz olduğu veya ceza mahkemelerinin daireleri arasında iş bölümü konusunda HSYK'ya sınırsız bir yetki vererek hukuk güvenliğini ihlal ettiği söylenemez.

36. Anayasa'nın 37. maddesinde, "*Kanuni hâkim güvencesi*" düzenlenmiştir. Maddede hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı hüküm altına alınmaktadır.

37. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtildiği gibi kanuni hâkim güvencesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı göreceк yargı yerini kanunun belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla kanuni hâkim güvencesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra özel olarak kurulmasına veya hâkimin atanmasına engel oluşturmaktadır.

38. Dava konusu kurallarla ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde oluşturulduğu yerlerde HSYK'ya daireler arasında iş bölümü yapma yetkisi tanınmakla birlikte Kanun'un 9. maddesinin

beşinci fıkrasında, iş bölümünün yapıldığı tarih itibarıyla görülmekte olan davaların iş bölümü gerekçesiyle diğer dairelere gönderilmesi de yasaklanmaktadır. Böylelikle uzun süredir devam eden davalarda yargılamanın başına dönülmesinin ve suçun işlenmesinden sonra yargı yerinin değiştirilmesinin önüne geçilmektedir. Bu nedenle kuralın '*kanuni hâkim güvencesi*' ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

39. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 37. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 40. Maddesiyle Değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 116. Maddesinde Yer Alan "...makul..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

40. Dava dilekçesinde özetle, şüpheli veya sanıkla ilgili arama kararı verilebilmesi için öngörülen makul şüphenin subjektif bir kavram olduğu, kişilerin özel hayatına, aile hayatının mahremiyetine ve konut dokunulmazlığına kamu otoriteleri tarafından keyfi olarak müdahalede bulunulmasına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 20. ve 21. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

41. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi gereğince ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

42. Dava konusu kuralla, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği hüküm altına alınmıştır.

43. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Bu kapsamda, kanun koyucu, ceza muhakemesinde uygulanacak koruma tedbirleri ile ilgili olarak, hangi hal ve şartlar

altında arama kararı verileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken anayasal ilkeleri gözetmesi gerekmektedir.

44. Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, 21. maddesinde de kimsenin konutuna dokunulamayacağı belirtilmiştir.

45. 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 genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

46. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.

47. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri ise iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

48. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen

aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

49. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

50. 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 tedbiridir.

51. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesine göre arama kararı verilebilmesi için, sanığın veya şüphelinin yakalanabileceği ya da suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*"nin bulunması gerekmekte iken, dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak "*makul şüphe*"nin varlığı yeterli görülmüştür. Kuralın gerekçesinde, arama kararı verilebilmesi için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin, uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle makul şüphe şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

52. Aramanın amacı, suç işlediği şüphesi altında bulunan kimsenin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi suretiyle ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır. Kanun koyucunun, arama tedbirinin daha işlevsel hale getirilmesi amacıyla arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine, makul şüphenin varlığını yeterli gördüğü anlaşılmaktadır.

53. Arama kararı verilebilmesi için gerekli olan makul şüphe, her bir olayın özelliğine göre değişkenlik göstereceğinden makul şüphenin hangi koşullarda gerçekleşeceğinin önceden öngörülebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu dava konusu kuralla genel bir belirleme yapmış ve her bir olayın özelliğine göre arama kararı

verilebilmesi için makul şüphenin bulunup bulunmadığını belirleme yetkisini arama kararı vermeye yetkili mercilere bırakmıştır. Bu çerçevede, makul şüphe kavramının, doktrin, uygulama ve yargı kararlarında anlam ve içeriğinin gelişip değişeceğinde kuşku yoktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2014 tarihli ve E.2013/610, K.2014/512 sayılı kararında, makul şüphenin somut olgulara dayanması gerektiğini ifade etmekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de somut olayın şartlarına göre değişmekle birlikte gözaltı ve tutuklama kapsamında “makul” şüpheden bahsedebilmek için kişinin suç işlediği konusunda objektif bir gözlemciyi tatmin edecek emare ve bilgilerin gerekli olduğunu kabul etmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, 30/9/1990, B.No:12244/86, § 32).

54. Ceza yargılamasında başvuru koruma tedbirleri nedeniyle temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu birbirinden farklıdır. Kanun koyucu bu durumu gözeterak koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli olan şüphenin derecesini, müdahalenin yoğunluğuna göre farklı şekilde belirlemiştir. Bu kapsamda, 5271 sayılı Kanun’un 91. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, gözaltına alma kararı verilebilmesi için kişinin bir suç işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı aranmış, 100. maddenin (1) numaralı fıkrasında, tutuklama kararı için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması şartı getirilmiş, arama için ise dava konusu kuralla makul şüphe yeterli görülmüştür.

55. Dava konusu kuralla, arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine makul şüphenin yeterli görülmesi, soruşturma veya kovuşturmalarda arama tedbirine daha kolay bir şekilde başvurulabilmesine olanak tanımakla birlikte bu husus tek başına kuralı Anayasa’ya aykırı kılmaz. Arama tedbiriyle özel hayata ve konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının, makul şüphe koşulu yanında, kanunda yer alan diğer güvencelere bakılarak bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi bakımından önemli olan husus, arama kararı verilebilmesi için yetkili mercilere sınırsız bir takdir hakkı tanınarak, arama tedbirinin keyfi olarak uygulanmasına sebebiyet verilip verilmediğidir.

56. Arama tedbiriyle kişinin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına müdahalede bulunulduğundan gerek Anayasa'da gerekse de 5271 sayılı Kanun'da arama tedbirine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek anılan haklara keyfi olarak müdahalede bulunulmasını önleyici güvenceler getirilmiştir.

57. Bu kapsamda, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde millî güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle kişinin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutunun aranabileceği belirtilmiş, 5271 sayılı Kanun'un 116. ve devamı maddelerinde de arama kararı vermeye yetkili merciler, arama kararında bulunması gereken hususlar, gece yapılacak arama, aramada hazır bulunabilecek kişiler, arama yapılacak şahsa ait belge ve kağıtların incelenmesine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

58. Diğer taraftan, 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendine göre arama kararı vermeye yetkili merciler, arama gerekçesini, arama kararı veya emrinde açıkça belirtmek zorundadırlar. Arama kararı verilmesi için gerekli şartlar oluşmadan verilen arama kararı hukuka aykırı olacağı gibi buna istinaden elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın, yetkili mercilere arama kararı verebilmeleri için sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahalede bulunma imkanı tanıdığı söylenemez.

59. Bu açıklamalar çerçevesinde, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin yeterli görülmesinde, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının özüne dokunan ya da bu hakların kullanımını ölçüsüz şekilde sınırlandıran bir müdahale bulunmamaktadır.

60. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 21. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

61. Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

E- Kanun'un 41. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 128. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin Değiştirilen (17) Numaralı Alt Bendinin İncelenmesi

1. Kuralın Anlam ve Kapsamı

62. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde, el koyma tedbirinin özel bir hali olan "*taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma*" tedbirine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

63. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabileceği hüküm altına alınmış, (3), (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarında, taşınmaz, hak ve alacaklara el konulmasına ilişkin kararların icrasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, (9) numaralı fıkrasında, el koymaya ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi öngörülmüştür.

64. Taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanabileceği suçları düzenleyen Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (17) numaralı alt bendinde, el koyma tedbirinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen "*Silahlı örgüt*" suçu ile 315. maddesinde düzenlenen "*Silah sağlama*" suçları hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanacağı hükmü yer almakta iken dava konusu kuralla anılan bentte değişiklik yapılarak bu suçlara ilaveten 5237 sayılı Kanun'un 309., 311., 312., 313., ve 316. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında da el koyma tedbirinin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

65. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine*

karşı silâhlı isyan” ve 316. maddesindeki “*Suç için anlaşma*” suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiri uygulanabilecektir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

66. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda sayılan suçların uygulama alanının belirsiz olduğu, bu nedenle anılan suçlarla ilgili olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanmasına olanak tanınmasının anılan tedbirin keyfi olarak uygulanmasına, özellikle tüzel kişiler bakımından müsadere niteliğine dönüşerek ekonomik olarak yıkıcı sonuçlara sebebiyet vereceği, düzenlemenin kamu yararı kavramı ile izah edilmesinin mümkün olmadığı, kuralla mülkiyet hakkına hangi şartlarda müdahale edilebileceği ve muhtemel zararların hangi yollarla karşılanabileceği konusunda herhangi bir güvence getirilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13, 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

67. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, ceza yargılamasına ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede ceza muhakemesinde uygulanacak koruma tedbirlerine hangi suçlar yönünden başvurulabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken anayasal ilkeleri gözetmesi gerekmektedir.

68. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken “*kamu yararı*” konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin denetimi, anayasa yargısının konusu değildir.

69. Kişiyeye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir. Ancak mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların da Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmaması gerekir.

70. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Ancak bu tedbirin uygulanmasına yönelik usul ve esaslar tartışma konusu değildir. Zira dava konusu kural anılan tedbirin uygulanacağı suçları düzenlemektedir.

71. Kanun koyucunun, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla dava konusu kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ihdas edildiği açıktır.

72. El koyma tedbirinin özel bir hâli olan taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanacağı suçlar herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde kuralda tek tek sayıldığı gibi anılan suçlar 5237 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde de açık bir şekilde tanımlanmıştır. Anılan tedbirin uygulanacağı suçlar yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir. Taşınmaz, hak ve alacaklara el konulmasına ilişkin temel kurallar 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup, kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda gerekli koşulların oluşması durumunda yargı mercileri el koyma kararı verebilecektir. Dolayısıyla, kuralda, el koyma tedbirinin keyfi şekilde uygulanarak mülkiyet hakkının güvencesiz bırakılmasına sebebiyet verecek bir husus bulunmamaktadır.

73. Bu itibarla, 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin, suç ve suçlulukla

etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla dava konusu kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

74. Diğer taraftan, taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiriyle sadece şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta olup mülkiyet el değiştirmemektedir. Dolayısıyla, dava konusu kuralda sayılan suçlar yönünden yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda el koyma tedbiriyle şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarının müsadereye tabi tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle dava konusu kuralın, genel müsadere cezası verilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemektedir.

75. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

F- Kanun'un 42. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 135. Maddesinin Mevcut (8) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin Değiştirilen (14) Numaralı Alt Bendinin ve Bu Alt Bentten Sonra Gelmek Üzere Eklenen (15) Numaralı Alt Bendin İncelenmesi

1. Kuralın Anlam ve Kapsamı

76. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

77. Maddenin (1) numaralı fıkrasına göre bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından

şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilecektir. Cumhuriyet savcısı tedbir kararını derhâl mahkemenin onayına sunmak ve mahkeme de, kararını en geç yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Bu yönde alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliği aranır.

78. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, tedbir talebinde bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belgenin veya raporun ekleneceği belirtilmiş, (3) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınmaması, bu durumun sonradan anlaşılması hâlinde, alınan kayıtların derhâl yok edilmesi öngörülmüştür.

79. Maddenin (4) numaralı fıkrasında, tedbir kararında, yüklenen suçun türü ile hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiş, devamında, tedbir kararının bir ay uzatılabilmek kaydıyla en çok iki ay için verilebileceği, ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, mahkemenin bu sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

80. Maddenin (5) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yerinin, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebileceği, (6) numaralı fıkrasında, şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespitinin, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılacağı belirtilmiş, tedbir kararında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresinin belirtilmesi öngörülmüştür.

81. Maddenin (7) numaralı fıkrasında, tedbir kararları ve yapılan işlemlerin, tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmiş, (9) numaralı fıkrasında, maddede sayılan esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır.

82. Maddenin (8) numaralı fıkrasında ise iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin uygulanacağı suçlar sayılmış, fıkranın (a) bendinin dava konusu (14) ve (15) numaralı alt bentlerinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin 5237 sayılı Kanun'un 302., 309., 311., 312., 313., 314., 315. ve 316. maddelerinde yazılan suçlar hakkında uygulanması öngörülmüştür.

83. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 302. maddesindeki "*Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak*", 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan*", 314. maddesindeki "*Silahlı örgüt*", 315. maddesindeki "*Silah sağlama*" ve 316. maddesindeki "*Suç için anlaşma*" suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri uygulanabilecektir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

84. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurallarda sayılan suçların uygulama alanının belirsiz olduğu, bu nedenle anılan suçlarla ilgili olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasına imkan tanınmasının anılan tedbirlerin keyfi olarak uygulanmasına sebebiyet vereceği, düzenlemenin kamu yararı kavramı ile izah edilmesinin mümkün olmadığı, ayrıca kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına hangi şartlarda müdahale edilebileceği, bunun süresi ve muhtemel zararların hangi yollarla karşılanabileceği konusunda güvence getirilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

85. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye bağlanan kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Ancak bu tedbirlerin uygulanmasına yönelik usul ve esaslar tartışma konusu değildir. Dava konusu kurallar anılan tedbirlerin uygulanacağı suçları düzenlemektedir.

86. Kanun koyucunun, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini sağlamak amacıyla dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ihdas edildiği açıktır.

87. Dava konusu kurallarda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanacağı suçlar herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde tek tek sayıldığı gibi bu suçlar 5237 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde de açık bir şekilde tanımlanmıştır. Anılan tedbirlerin uygulanacağı suçlar yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin temel kurallar 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda gerekli koşulların oluşması durumunda yetkili merciler iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı verebilecektir. Dolayısıyla, kurallarda, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin keyfi şekilde uygulanarak kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının güvencesiz bırakılmasına sebebiyet verecek bir husus bulunmamaktadır.

88. Bu itibarla, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin

sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kurallarda, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını zedeleyen bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

89. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

G- Kanun'un 43. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 140. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin, Değiştirilen (11) Numaralı Alt Bendi ile Bu Alt Bentten Sonra Gelmek Üzere Eklenen (12) Numaralı Alt Bendin İncelenmesi

1. Kuralların Anlam ve Kapsamları

90. 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

91. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, fıkrada sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydı alınmasına karar verilebileceği belirtilmiş, (2) numaralı fıkrasında, bu yönde alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince karar verilebilmesi için oybirliği şartı aranmış, (3) numaralı fıkrasında, teknik araçlarla izleme kararının bir hafta uzatılabilme kaydıyla en çok üç haftalık süre için verilebileceği, ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, mahkemenin bu sürelere ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere sürenin uzatılabilmesi öngörülmüş, maddenin (4) numaralı fıkrasında, elde edilen delillerin, maddede sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılmayacağı, delillerin ceza kovuşturması bakımından

gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edileceği belirtilmiş, (5) numaralı fıkrasında teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbirinin kişinin konutunda uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

92. Maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin dava konusu (11) ve (12) numaralı alt bentlerinde ise teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbirinin 5237 sayılı Kanun'un 302, 309., 311., 312., 313., 314., 315. ve 316. maddelerinde yazılan suçlar hakkında uygulanması öngörülmektedir.

93. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 302. maddesindeki "*Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak*", 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhli isyan*", 314. maddesindeki "*Silahlı örgüt*", 315. maddesindeki "*Silah sağlama*" ve 316. maddesindeki "*Suç için anlaşma*" suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbiri uygulanabilecektir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

94. Dava dilekçesinde 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin (14) ve (15) numaralı alt bentlerine ilişkin gerekçelerle kuralların, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

95. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin (14) ve (15) numaralı alt bentlerine ilişkin bir önceki başlık altında belirtilen gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

96. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

H- Kanun'un 44. Maddesiyle Değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

97. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine kısıtlama getirilmesinin, silahların eşitliği ilkesi bağlamında hak arama hürriyetini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 19. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

98. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

99. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 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 mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

100. Kişilere yargı mercileri önünde dava ve savunma hakkı 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 olanakların sağlanması anlamına gelir.

101. Bu kapsamda, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan müdafiyeye 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 halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup özellikle soruşturma evresinde verilen tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmesi için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması adil bir yargılamanın gereğidir.

102. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyetine yönelik herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de bu hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

103. Ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin 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.

104. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği kural altına alınmakla birlikte dava konusu kuralla bu duruma istisna getirilerek (2) numaralı fıkrada sayılan suçlar yönünden, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bu haliyle kuralın,

müdafinin dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirerek savunma hakkına müdahalede bulunduğu açıktır.

105. Kuralın gerekçesinde, bir suç işlediği şüphesi üzerine hakkında soruşturma başlatılan kişinin, soruşturma tamamlanmadan suçlu olarak kabul edilmesinin önlenmesi ve soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla dava konusu kuralın ihdas edildiği belirtilmiştir.

106. 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.

107. 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, soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından 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.

108. Bu açıdan bakıldığında, dava konusu kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine mutlak bir kısıtlama getirilmediği görülmektedir. Nitekim, 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde, savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilmiş, dava konusu kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin, yalnızca Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden ve ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak kısıtlanması öngörülmüş, maddenin (3) numaralı fıkrasında da yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin

hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında da hiçbir şekilde kısıtlama kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

109. Yukarıda anılan kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu kuralın hâkime soruşturma dosyası üzerinde mutlak bir kısıtlama yetkisi vermediği, kısıtlama kararının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla ve yalnızca Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak verilebileceği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde verilen kısıtlama kararı hukuka aykırı hale geleceği gibi kısıtlama kararına dayanılarak soruşturma ve kovuşturma evrelerinde verilen kararlar da hukuka aykırı hale gelecektir.

110. Bu itibarla, ceza soruşturmasının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilerek Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasını öngören kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, adil yargılama hakkının özüne dokunmadığı gibi ölçsüz bir şekilde kısıtlayarak kullanılamaz hâle de getirmemektedir.

111. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13., 19. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

112. Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

113. Dava dilekçesinde özetle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Yargıtay tetkik hâkimliğine yapılacak atamalarda ise Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüş bildirme yetkisinin ortadan kaldırılmasının hukuk

devleti ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedeleyeceği, ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, HSYK'ya daireler arasında iş dağılımı adı altında mahkeme belirleme ve hâkim tâyin edebilme yetkisi verilmesinin hukuk düzeninin bozulmasına ve kanuni hâkim güvencesinin ihlaline sebebiyet vereceği, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe olduğu takdirde, şüphelinin veya sanığın aranabilmesine olanak sağlayan düzenlemenin, hukuk devleti, özel hayatın gizliliği ve korunması ile konut dokunulmazlığı ilkesinin ağır biçimde ihlâlüne yol açacağı, ceza yargılamasında, taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin, 5237 sayılı Kanun'un, 309., 311., 312., 313., 314. ve 315. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında uygulanmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunarak, hakkı kullanılamaz hale getireceği, benzer şekilde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbirinin, 5237 sayılı Kanun'un 302., 309., 311., 312., 313., 314. ve 315. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında uygulanmasıyla kişilerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edileceği, müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin sınırlanmasına cevaz veren düzenlemenin kişi hürriyeti ve güvenliği çerçevesinde adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, bu çerçevede dava konusu kuralların bu haliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasına,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresine,

C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulu, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından..." ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresine,

D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresinin "makul" şeklinde değiştirilmesine,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendine,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendine,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendine,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal talepleri, 23.12.2015 tarihli, E.2014/195, K.2015/116 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bent, alt bent, cümle ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

23.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle, 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin

yürürlükten kaldırılmasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "...*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 39. maddesiyle, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "...*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından...*" ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 40. maddesiyle, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "*somut delillere dayalı kuvvetli*" ibaresinin "*makul*" şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoqları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin

ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

23.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillerince verilen 5 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu'nca birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiş ve 2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" olarak kabul edilerek 12.12.2014 tarih ve 29203 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 23. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralın TBMM Adalet Komisyonu'nca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri önerilen teklif metinlerinde olmadığı halde Adalet Komisyonu tarafından birleştirilen metne ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan “başka” kanunlarda ek ve değişiklik getiren “yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki” değişikliklerin “Genel Kurul” tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır...” hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir “son oylama”nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İctüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6572 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'un iptali istenen hükmünün Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. ve 36. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Başsavcı Başyardımcı ile yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atamalarında "yetkili mercie görüş bildirmek" olarak belirtilen görevi yürürlükten kaldırılmış; keza, tetkik hâkimlerinin nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 36. maddedeki, tetkik hâkimlerinin "Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurulca atanacağı"; "kurul veya daire başkanının gösterdiği lüzum ve Birinci Başkanlık Kurulunun kararı üzerine yetkili kurulca Yargıtay dışında bir göreve atanabilecekleri" şeklindeki önceki kural değiştirilerek, tetkik hâkimlerinin bu görevlere "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanacakları" düzenlemesi getirilmiştir.

Anayasa'nın "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümünde "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında 6 yüksek mahkemeye yer verilmiş olup,

bunlar sırasıyla Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'dir. Yargıtay dışındaki diğer yüksek mahkemelerin kuruluş kanunlarında yer alan ve halen yürürlükte bulunan, iptali istenen kurallar öncesindeki Yargıtay Kanunu düzenlemesiyle paralellik gösteren kurallara göz atmakta yarar görülmektedir:

30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasında **"Raportörler Başkanın uygun görmesi üzerine bağlı oldukları kurum tarafından görevlendirilirler"** denilmekte; aynı maddenin (7) numaralı fıkrası ise "24. maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre görevlendirilen raportörlerin görevlerinden ayrılmalarında, görevlendirilmelerinde izlenen yöntem uygulanır..." hükmünü taşımaktadır. 27.6.1972 tarih ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde "... Başsavcı yardımcılarının seçilmesinde de bu hizmetin gereklerine uygun tecrübe ve nitelik aranır ve genel atanma şartları da dikkate alınarak **Başsavcı tarafından boş yerlerin üç katı kadar gösterilen adaylar arasından Askeri Hâkimler ve Askeri Savcılar Kanunu hükümlerine göre atanmaları yapılır...**" denilmektedir. 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun savcılarının nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 11. maddesi "Savcılıklara genel atama şartları da dikkate alınarak bu hizmetin gereklerine uygun tecrübe ve nitelikleri haiz askeri hâkimler atanır. **Bu maksatla Başsavcı tarafından boş yerlerin üç katı kadar aday gösterilir...**" hükmünü öngörmektedir. 12.6.1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 31. maddesinde ise **"Geçici raportörler ... arasından Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanının isteği ve ilgilinin muvafakati üzerine, mensup oldukları müesseselerin yetkili mercileri tarafından geçici olarak görevlendirilirler..."** denilmektedir.

Görüldüğü üzere, iptali istenen kurallar öncesindeki Yargıtay düzenlemesi de dikkate alındığında, altı yüksek mahkemeden beşinde bu konuda paralel hükümler olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkemelerde görev yapan savcılar, tetkik hâkimleri ve raportörler, ifa edilen yüksek yargı görevinin yerine getirilmesinde etkin rol alan, tabiri caizse "kurumun mutfağında" görev yapan ve yüksek

yargı adaletinin gerçekleşmesinde büyük katkı sunan asli ve temel unsurlardır. Yüksek yargı (temyiz) görevinin yapısal bir bütünlük içinde yerine getirilmesindeki önemli rolleri yadsınamayacak olan sayılan yargı mensuplarının, yüksek yargı temyiz incelemesi yapacak daireler/kurullar ve üyelerle olan sıkı bağlarının ve kurumsal işleyişin gereği gibi yürütülmesi bakımından “yüksek yargı bağımsızlığının” (kurumsal bağımsızlığın) tam olarak sağlanması gerekli bulunmaktadır. Bir yüksek yargı organının, görevini yerine getirirken bünyesinde istihdam ettiği savcı, tetkik hâkimi ve raportörler hakkında hiç söz sahibi olamaması söz konusu kurumsal bağımsızlıkla bağdaşmadığı gibi, esasen bu husus Anayasada yüksek yargı organlarını düzenleyen özel maddelerdeki “... kuruluşu, işleyişi ... mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik tazminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir...” şeklindeki âmir hükümlerin de doğal gereğidir. Anılan kişilerin bu görevlere atanmasında teklif ve muvafakat ilişkisi çerçevesinde kurulan denge ve denetleme sistemi Anayasa'nın bu konudaki buyruğunun yansımından başka bir şey değildir. Dava konusu kurullarla Yargıtay bakımından bu önemli görevin kullanımının, kendisi dışında başka unsurların iradesine ve inisiyatifine açık hale getirilmesi yüksek yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Dava konusu kurullar Yargıtayın temyiz görevinin yapısal bir bütünlük içinde yerine getirilmesine katkı sunmadığı gibi, bilakis bunun yerine getirilmesini güçleştirici mahiyettedir. Gerek Anayasa'nın Yargıtayı düzenleyen 154. maddesinin âmir hükmü gerek ikinci maddedeki “hukuk devleti” ilkesi, Yargıtayın işleyişini etkileyebilecek atama tasarruflarında ilgili makam ve kurulların devre dışına çıkartılmasına ve Yargıtayın işleyişinin sekteye uğramasına engel teşkil edici mahiyeti itibarıyla, gerçekte Yargıtayda görev yapacak anılan kişilerin görevlendirilmesinde belirtilen makam ve kurulların iradesinin alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın 2. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ve bu nedenle iptali gerektiği kanaatine ulaştığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebi ile ilgili olarak çoğunluk görüşüne katılmadığımız hususlardaki karşıoy gerekçelerimiz aşağıdadır.

23. Maddesiyle, 4.2.1983 Tarihli ve 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin Yürürlükten Kaldırılması ve 25. Maddesiyle Değiştirilen 2797 Sayılı Kanun'un 36. Maddesinin İkinci Cümlesinde Yer Alan "...Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." İbaresini Yönünden

2. 2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. ve 36. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Yargıtay savcılarının (Başsavcı Başyardımcı ile yardımcılarının) bu görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atamalarında "*yetkili mercie görüş bildirmek*" olarak belirtilen görevi yürürlükten kaldırılmış; aynı şekilde, tetkik hâkimlerinin nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 36. maddedeki, tetkik hâkimlerinin "*Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurulca atanacağı*"; "*kurul veya daire başkanının gösterdiği lüzum ve Birinci Başkanlık Kurulunun kararı üzerine yetkili kurulca Yargıtay dışında bir göreve atanabilecekleri*" şeklindeki önceki kural değiştirilerek, Yargıtay Cumhuriyet savcılarının olduğu gibi tetkik hâkimlerinin de bu görevlere "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanacakları*" yönünde düzenlemeler getirilmiştir.

3. 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde HSYK'nın hâkimler ve savcılar arasından Yargıtay Cumhuriyet savcılığına yapacağı atamalarda veya bu görevden başka bir göreve atamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşünü alma zorunluluğu getirilmekte idi.

4. 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinde Yargıtay'da görev yapacak tetkik hâkimlerinin, meslekte beş yılını doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından "*Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak*" yetkili kurul tarafından atanacağı hükmü yer almakta idi.

5. İptali istenilen düzenlemelerle bu kurallar yürürlükten kaldırılarak Yargıtay Cumhuriyet savcılığı ve tetkik hakimliği görevlerine atamada veya bunların anılan görevlerden alınarak başka bir göreve atanmasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve Birinci Başkanlık Kurulunun görüşlerine başvurmaksızın HSYK'na doğrudan atama yetkisi verilmiştir.

6. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına Anayasa ve kanunlar çerçevesinde verilen; siyasi partiler hakkında çeşitli denetleme, inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütme, siyasi parti kapatma davalarını açma, Yüce Divan'da iddia makamını temsil etme, üst düzey kamu görevlileri hakkındaki soruşturmaları yürütme, kanun yararına bozma taleplerini inceleme ve gereğini yerine getirme, Yargıtay Ceza Dairelerinde yapılan duruşmalara katılma, İçtihadı Birleştirme Kurulu'nda, Hukuk Genel Kurulu'nda ve Ceza Genel Kurulu'nda duruşma ve müzakerelere iştirak etme, Yargıtay Dairelerinin incelemesinden geçen hükümlere karşı itiraz yoluna başvurma, adli, idari ve askeri yargı yerleri arasında doğan olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nden konunun çözümlenmesini talep etme, gerekli durumlarda yazılı ve sözlü açıklamada bulunma gibi görevler çoğunlukla Yargıtay Cumhuriyet savcıları eliyle yürütülmektedir. Yine Yargıtayın idari ve yargısal görev ve yetkileri kapsamındaki birçok hususla ilgili olarak önemli görevler de Yargıtay tetkik hâkimlerince yerine getirilmektedir.

7. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

8. Hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olan yargı bağımsızlığı, insan hak ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

Buna göre “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken, yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesinin, 14.1.2015 tarih ve E.2014/164, K.2015/12 sayılı kararı).

9. 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 kılınmaz.

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.”

10. Hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen Anayasa'nın 140. maddesinde ise, hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri belirtilmiş ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

11. Hakimler ve yargı kurumları nereden gelirse gelsin her türlü dış etki veya baskıya karşı korunmadıkları müddetçe hukuka uygun bir şekilde adalet hizmetlerini yerine getirebilmeleri mümkün değildir(Mustafa ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlükler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, sh.24).

12. Yargıtay'ı düzenleyen Anayasa'nın 154. maddesinin son fıkrasında “Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir” denilmektedir. Aynı düzenlemeler diğer yüksek mahkemeleri düzenleyen anayasal hükümlerde de tekrar edilmiştir.

13. Anayasa koyucu HSYK'yı, Adalet Bakanının başkanlığında, hakim ve savcılar mesleğe kabul etme, atama, nakletme ve haklarında disiplin cezası verme gibi görev ve yetkilerle donatmış, meslekten çıkarma kararları dışındaki kararları yargı denetimine kapalı olan bir idari kurum olarak düzenlemiştir.

14. İdari bir kurum olmasına rağmen, Anayasanın 159. maddesi ile HSYK'nın görevli kılındığı konularda hâkim ve savcılar hakkında karar verme ve Adalet Bakanlığının bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama yetkilerinden kaynaklanan özellikli konumu nedeniyle HSYK'ya Anayasa'nın "Yürütme" bölümünün "İdare" başlıklı kısmında değil, "Yargı" başlıklı bölümünde yer verilmiştir.

15. Ancak bu düzenlemelere rağmen Anayasa Mahkemesine göre, *"Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, idari organ niteliğini haizdir ve aldığı kararlar da yargı kararı olmayıp idari işlem niteliğindedir"* (7.3.2013 günlü, E.2011/20, K.2013/41 sayılı karar). Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde de Yüksek Hakimler Kurulu'nun idari nitelikte bir kurum olduğunu şu ifadelerle açıklamıştır: *"Bir yürütme görevlisinin mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemeyeceğinden Yüksek Hakimler Kurulu'nu yargısal bir kurul, kararlarını da yargısal bir karar saymak olanaksızdır. Yüksek Hakimler Kurulu'nun kuruluş amacı ve görev alanı yönünden de yönetsel nitelikte bir kurum olduğu, hakimlerin özlük ve disiplin işlerini yürüttüğü, yargı kararları üzerinde denetim yetkisi ve görevi bulunmadığı, Anayasa'da ve ... Yasa'da belirtilmiştir"* (27.1.1977 günlü, E.1976/43, K.1977/4 sayılı karar).

16. Tüm hâkim ve savcılarının atanma ve diğer özlük haklarına ilişkin konularda HSYK yetkili olmakla birlikte, Yargıtay Başkanlık Kurulu ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilen atamadan önce görüş bildirme yetkisi Anayasada öngörülen, Yüksek Mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı ile birlikte bu kurumlarda görev yapan Başkan, başkanvekili, daire başkanı, Yargıtay Başsavcısı, başsavcivekili, üye, Yargıtay Cumhuriyet savcısı, tetkik hâkimi gibi hâkim sınıfından görevlilerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını bir ölçüde güvence altına almaktadır. Yargıtay Başkanlığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına Anayasa ve kanunlarla verilen önemli ve teknik nitelikteki birçok görev ve yetkinin yerine getirilmesinde etkili

olarak görev yapan tetkik hâkimleri ve Yargıtay Cumhuriyet savcılarının atanmasında yargının en üst seviyedeki yetkili makamlarını tamamen gözardı eden uygulamalar hakim ve savcılarla ilgili önemli yetkilere sahip bir kurum olan HSYK tarafından da yapılmış olsa kurumsal ve bireysel bağımsızlığı ortadan kaldırır.

17. Yargıtay Cumhuriyet savcılığına ve Yargıtay tetkik hâkimliklerine yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve Yargıtay Birinci Başkanlık kurulunun zaten çok kısıtlı olan “görüş bildirme” niteliğindeki yetkileri kaldırılarak bu kurumlardan farklı görev ve yetkilere sahip HSYK’na hâkimler ve savcılar arasından Yargıtay Cumhuriyet savcılığına ve Yargıtay tetkik hâkimliğine herhangi bir ölçütle bağlı olmaksızın doğrudan atama yapma yetkisinin verilmesi, hâkimler ve savcılarının görev yaptığı her kurumda ve alanda HSYK’nın doğrudan ve geniş bir yetkiye sahip bulunduğu kabul edilmesi anlamına gelir ki, bu kabul Anayasada düzenlenen Yüksek Mahkemelerin kuruluş, işleyiş, mensuplarının disiplin ve özlük işlerinin “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesini” öngören Anayasa koyucunun iradesine uygun düşmez. Burada “çoğun içinde az da vardır” kuralı geçerli olamaz.

18. Kuralın gerekçesinde “maddeyle, Yargıtay tetkik hakimlerinin atanmalarına ilişkin usulün değiştirildiği ve Danıştay tetkik hakimlerinin atanmasına ilişkin usul benimsenerek iki yüksek mahkeme arasında uyum sağlandığı” belirtilmektedir.

19. Anayasa’nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Çoğunluk gerekçesinde de belirtildiği üzere, kurallarda belirtilen Yargıtay Cumhuriyet savcıları ile tetkik hâkimlerini atama yetkisi zaten HSYK’ya ait bulunmaktadır.

20. Yargıtayın kurum olarak kendi içinde ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının da kendi içinde iş ve personel uyumunu sağlamak, hukukun işleyişine hakim olabilmek açısından asgari düzeyde mevcut olan Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin atanmasındaki yetkileri tümüyle kaldırılmış olmaktadır. Böylece Yargıtayda görev

yapacak Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin atanması ve görevden alınması yetkisi tümüyle HSYK'na verilmiş, Yargıtayın kurum olarak etkisi tümüyle kaldırılmış olduğundan kurumsal işleyişin bundan etkilenmesi kaçınılmazdır ve olumsuz etkilerinin olabileceği açıktır. Yargıtaya seçilen üyelerin tümüyle HSYK tarafından seçilmesi ile Yargıtayda görevlendirilecek Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Başkanlar Kurulunun görüşü alınmaksızın tek taraflı olarak atanması veya görevden alınması aynı şey değildir.

21. Yargıtaya, Yargıtay Başkanlar Kurulunun görüşü alınmaksızın HSYK tarafından tetkik hakimi atanmasında, keza Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşü alınmaksızın Cumhuriyet savcısı atanmasında kurumsal yarar mevcut olmadığı gibi kamu yararının olduğunu söylemek de zordur. Nitekim kanun gerekçesinde de Danıştaydaki duruma atf yapılmış ama hangi ihtiyaç nedeniyle böyle bir düzenleme yapıldığı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir.

22. Dava konusu kurullarla haklı bir nedene dayanılmaksızın Yargıtay Cumhuriyet savcıları ve Yargıtay tetkik hakimlerinin kurum içinden dışına, dışından içine yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Başkanlar Kurulunun zaten sınırlı olan görüş bildirme yetkisini ortadan kaldırarak bu yetkinin Kurum dışında -hakim ve savcıların atama ve özlük hakları konusunda geniş yetkilere sahip bulunsa bile- tamamen başka bir kurum olan HSYK'nun tek yönlü irade ve iniyasitifine bırakılması Yüksek Yargının kurumsal ve görevlendirilen savcı ve hakimlerin bireysel bağımsızlığını ortadan kaldırabileceği gibi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz.

23. Belirtilen nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırıdır.

24. 40. Maddesiyle, 4.12.2004 Tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. Maddesinde Yer Alan "Somut Delillere Dayalı Kuvvetli" İbaresinin "Makul" Şeklinde Değiştirilmesi Yönünden

25. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesine göre şüpheli veya sanık hakkında arama kararı verilebilmesi için, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*"nin bulunması gerekmekte iken, dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak "*makul şüphe*"nin varlığı yeterli görülmüştür. Kuralın gerekçesinde, arama kararı verilebilmesi için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle makul şüphe şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

26. Arama için makul şüphe şartı ilk olarak 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesiyle getirilmiştir. Maddede, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği hüküm altına alınmıştır.

27. Daha sonra 21.2.2014 tarih ve 6525 sayılı Kanun'la madde metninde değişikliğe gidilerek maddenin birinci fıkrasında yer alan "*makul*" ibaresi "*somut delillere dayalı kuvvetli*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece arama için makul şüphe yerine somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şartı aranmıştır. Yapılan değişikliğin gerekçesinde, şüpheli ve sanıkların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için önemli bir güvence sağlanarak aramanın uygulanabilmesi bakımından tutuklama müessesinde olduğu gibi somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şartının getirildiği belirtilmiştir.

28. Son olarak dava konusu kuralla madde metninde tekrar değişikliğe gidilerek arama için yeniden makul şüphelinin varlığı yeterli görülmüştür. Değişiklik gerekçesinde de "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*" ibaresinin, uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle "*makul şüphe*" şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

29. Arama, şüpheli veya sanığın muhakemede hazır bulundurmak amacıyla yakalanması ve/veya suçla ilgili delillerin ele geçirilmesini sağlamaya yönelik bir koruma tedbidir. Arama sırasında kişinin özel hayatına ve konutuna müdahale söz konusu olduğundan "*özel*

hayata saygı duyulmasını isteme hakkı ile *“konut dokunulmazlığı”* hakkı kısıtlanabilmektedir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi arama tedbiri de temel hak ve özgürlüklerle birlikte düşünülmesi gereken alana ilişkin bir uygulamadır.

30. 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.

31. Kanun koyucunun Anayasada belirtilen temel ilkelere uygun olmak koşuluyla suç ve suçlulukla mücadele kapsamında koruma tedbirlerinin neler olduğu, hangi hallerde uygulanacağı gibi konularda düzenleme yapma yetkisi bulunduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, yapılacak düzenlemelerin anayasal ilkelere uygunluğu yanında hukuki güvenlik ve güvenin sağlanması bakımından haklı nedeninin de ortaya konulması gerekir.

32. Yasaların, 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 göz önünde tutarak kullanması gerekir.

33. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtildikten sonra 5. maddesinde *“kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya”* çalışmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Yine hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kanun koyucunun sahip bulunduğu takdir yetkisini hukuk devletinin gerçekleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması yönünde kullanması halinde sorun bulunmamakla birlikte bu yetkinin

aksi yönde kullanılması halinde, bunun hangi ihtiyaç ve kamu yararı nedeniyle yapıldığının sorgulanması gerekir.

34. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da vurgulandığı üzere hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, Anayasanın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurullarla uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez (*Anayasa Mahkemesinin 17.11.1989 günlü, E:1989/6, K:1989/42 sayılı; 24.6.1993 günlü, E:1992/29 ve K:1993/23 sayılı kararları*).

35. Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sağlanması ve korunması için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

36. İptali istenilen kuralla ilgili önceki değişiklik 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanunun genel gerekçesinde aynen şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olduğu; 19 uncu maddesinde herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine, 20 nci maddesinde herkesin özel hayatına ve aile

hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 22 nci maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu; 35 inci maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere, ceza muhakemesi hukukunun temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Diğer bir ifadeyle, ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları sırasında yukarıda anılan anayasal ilkelerin mutlaka göz önüne tutulması ve temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların makul ve ölçülü olması zorunludur. Hukuk devletinin de bir gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında uygulanan tedbirlerin ölçülü olması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ilkeye göre, ceza muhakemesi işleminden beklenen yarar ile verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın bulunması, oransızlık durumunda işlemin yapılmaması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmeler ve Anayasada yer alan temel ilkeler gözetilerek Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yer alan bazı koruma tedbirlerinin yeniden düzenlenmesi gereği doğmuştur.

...

Anayasanın 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasında suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı, aynı zamanda ceza hukukunun evrensel ilkelerindedir. Suç soruşturması sırasında kişisel verilerin alenileşmesinin bu ilkeleri önemli ölçüde zedeleyeceği açıktır. Teklifte koruma tedbirlerine başvurma şartları ve karar alma usulünün değiştirilmesi ve kişisel verileri koruyan suçların cezalarının artırılması suretiyle masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı bakımından daha etkin bir koruma sağlanmaktadır. Anayasanın 19 uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ceza muhakemesi işlemleri sırasında ihlalinin önlenmesi amacıyla, teklifte yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından "somut delil" kriterinin getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut bir takım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir...".

37. Madde gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir: “- Maddeyle, Ceza Muhakemesi Kanununun 116 ncı maddesinin birinci fıkrasında yapılması öngörülen düzenlemeyle, arama tedbirinin uygulanması, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığına bağlanmaktadır. Arama kararını veren Cumhuriyet savcısı veya hâkim bu hususta gerekçe göstermekle yükümlü olacaktır.

Düzenlemeyle, şüpheli ve sanıkların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için önemli bir güvence sağlanmakta ve aramanın uygulanabilmesi bakımından tutuklama müessesinde olduğu gibi somut delillere dayalı kuvvetli şüpheye yer verilmektedir”.

38. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6.3.2014 tarihli ve 28933 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptali istenilen düzenleme ise 12.12.2014 tarihli ve 29203 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlk değişiklikten sonra geçen 10 ay 6 günlük süre -Kanun teklifinin Meclis Başkanlığına geldiği tarih olan 14.10.2014 esas alınır 8 ay 8 günlük süre- getirilen düzenleme ile ilgili uygulama sonuçlarının belirlenebilmesi ve ortaya konulabilmesi için dahi yeterli değilken, gerekçede dayarılan “uygulamada ortaya çıkan güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması” şeklindeki neden temel hak ve özgürlükleri koruma yönünden daha kısıtlayıcı bir düzenleme için haklı bir neden olarak görülemez.

39. Hak ve menfaatlerin birbiriyle çatışması halinde temel hak ve hürriyetler lehine bir dengenin bulunması demokratik hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Temel hak ve hürriyetleri gereksiz ve ölçsüz biçimde sınırlayan bir düzenleme kamu yararına dayansa bile anayasanın sözkonusu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerine ve bununla birlikte Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

40. Kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını artırıcı düzenlemeler yapması halinde bunun haklı nedenini ortaya

koyması ve Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirleyen 13. maddesine uygun davranması gerekir. İptali istenen düzenleme ile arama koruma tedbiri yönünden getirilen sistemde evvelce *“somut delillere dayalı kuvvetli şüphe”* ölçütü bırakılarak yalnızca *“makul şüphe”* ölçütü yeterli görülmüştür. Bunun ise önceki düzenlemeye kıyasla temel hak ve özgürlükler açısından daha olumsuz bir nitelik taşıdığı, temel hak ve özgürlüklere daha kolay ve daha fazla müdahalede bulunulmasına neden olacağı açıktır. İptali istenilen düzenlemede belirtilen *“uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması”* şeklindeki gerekçe temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi kolaylaştıran bir düzenleme yapılması için haklı bir neden olarak görülemez.

41. Kişiyi somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine ondan daha az güvenli bir ölçüt olan makul şüphe gerekçesiyle kendisi hakkında yakalama tedbiri uygulanması endişesi ve tedirginliği içinde yaşamak zorunda bırakan düzenleme Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler konusundaki yaklaşımı ile bağdaşmaz.

42. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununda kişilerin hak ve özgürlüklerine daha sınırlı müdahalede bulunulması yetkisi veren diğer koruma tedbirleri için halen *“kuvvetli şüphe”* aranırken, onlara nazaran kişilerin özel alanına daha yoğun müdahaleye imkan veren arama için *“makul şüphe”* kriteri getirmek Kanunun kendi sistematığı içinde çelişkiye neden olduğu gibi hak ve özgürlüklere müdahalede de çelişkili ve hukuk devleti ile bağdaşmayan bir duruma neden olmaktadır.

43. Düzenlediği alandaki temel hak ve hürriyetlerin korunması yönünden daha güvenceli olan bir sistemden haklı bir neden olmaksızın daha güvencesiz bir sistem öngören ve bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi *“soyut bir takım şüpheler nedeniyle başvurulacak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesine neden olan”* *“makul şüphe”* gibi içeriği açıkça anlaşılabilen bir kavrama dayanılarak, kişiler aleyhine arama koruma tedbirine başvurulabilmesine imkan veren kural, Anayasanın 2., 5., 13. ve 19. maddelerine aykırıdır.

44. 44. Maddesiyle Değiştirilen 5271 Sayılı Kanun'un 153. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi Yönünden

45. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği kural altına alınmakla birlikte dava konusu kuralla bu duruma istisna getirilerek (2) numaralı fıkrada sayılan suçlar yönünden, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla müdafii dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bu haliyle kuralın, müdafii dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirerek savunma hakkına müdahalede bulunduğu açıktır.

46. Değişiklik gerekçesinde, ceza muhakemesinin soruşturma evresinde gizlilik ilkesi esas olduğundan soruşturmanın gizli biçimde cereyan etmesi gerektiği, soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizliliğinin şüphelinin suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkı yanında, soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine de hizmet ettiği, bu çerçevede madde metninde yapılan değişiklikle soruşturma evresinde müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasının, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir.

47. Müdafii savunmasını hazırlayabilmesi veya müvekkili aleyhine verilen koruma tedbiri kararlarına karşı etkili şekilde itiraz edebilmesi için dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması gerekmektedir. Hazırlık soruşturmasının sanık açısından ortaya çıkardığı savunma ihtiyacı, bu aşamanın, daha sonraki soruşturmadan sonuç çıkarma ve kovuşturma aşamaları için taşıdığı önem, etkin bir savunma yapılabilmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır. Bu hak, silahların eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

48. Nitekim kanun koyucu da soruşturma aşamasında kural olarak müdafiiye dosyayı inceleme yetkisi tanımıştır. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasına göre müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

49. Bununla birlikte dava konusu kuralla, Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür.

50. Savunma hakkına sıkı surette bağlı olan en önemli hukuki kurum müdafilik kurumudur. Kovuşturma safhasında savunma makamının yargılamaya yönelik hak ve yetkilerini kısıtlama adına alınacak bu tür önlemler savunma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına doğrudan müdahale edecektir.

51. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinde Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilmiştir. Maddede savunma haklarına zarar vermemek koşulundan bahsedilmekle birlikte, iptali istenilen kuralda belirli suçlar bakımından soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi ihtimalinin varlığı ve buna göre verilen kısıtlama kararları bu koşulu anlamsız hale getirebilecek bir yapı içermektedir.

52. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, tutukluluğa itiraz için başvuruda bulunulan mahkeme önünde yürütülen bir duruşmanın çekişmeli olması ve iddia makamı ile sanık arasında "*silahların eşitliği*"nin temin edilmiş olması gerekmektedir. AİHM, dosyaya erişim hakkının kısıtlanmasına tutuklu yargılamalarda özel bir önem atfetmektedir. Zira sanığın tutuklu olduğu durumlarda savunma için dosya içeriğinden olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi sahibi olunması diğer davalara nazaran daha fazla öneme sahip olup, bu hak, soruşturmanın tehlikeye düşmesini önleme amacına göre önceliğe sahiptir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre avukatın,

müvekkilinin tutukluluğuna etkili bir şekilde itiraz edebilmesi için, dosya inceleme hakkının kısıtlanmamış olması gerekmektedir. (Ceviz / Türkiye başvuru no. 8140/08, Erkan İnan - Türkiye, başvuru no: 13176/05, Nedim Şener / Türkiye başvuru no: 38270/11 Ahmet Şık / Türkiye başvuru no: 53413/11, Lamy / Belçika başvuru no: 10444/83, Nikolova / Bulgaristan başvuru no: 31195/96, Schöps / Almanya, başvuru no: 25116/94, Garcia Alva / Almanya başvuru no: 23541/94, Lietzow / Almanya, başvuru no 24479/94, Mooren / Almanya, başvuru no 11364/03)

53. Hazırlık soruşturması sırasında başvuru ve aralarında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran tutuklama gibi koruma tedbirleri kamu gücü kullanan makamlara AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahalelerde bulunma yetkisi veren konulara ilişkindir. AİHS koruma tedbirlerinden ağır nitelikte olan yakalama ve tutuklamaya ayrı bir önem vermiş ve yargılama makamlarının da buna uygun davranmalarını öngörmüştür. Bu nedenle AİHS m. 5/4'de *"yakalanması ve tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, özgürlüğün sınırlanmasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir surede karar verme ve durum kanuna aykırı görüldüğünde salıverilmesine karar verilmesi için bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir"* düzenlemesine yer verilerek tutuklu sanığa, tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesini isteyebilme hakkı tanınmıştır.

54. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirim mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini isteme hakkı tanınmış, sekizinci fıkrasında da hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınarak, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

55. Kişinin hakkında verilen tutuklama kararına karşı etkili bir itirazın yapılabilmesi, tutuklamaya esas olan bilgi ve belgelerin içeriğinin bilinmesine bağlıdır. Bu nedenle, soruşturma evresinde tutukluluğa esas olan belgelerin incelenmesi, tutuklamaya etkili bir şekilde itiraz edilebilmesinin de ön koşuludur. Ancak bu sayede, tutuklama kararında gösterilen gerekçelerin doğru olmadığı veya tutuklama tedbiri yerine başka koruma tedbiriyle amaca ulaşılabilceği ileri sürülebilir.

56. AİHM de, tutuklu olan sanığın dosyayı inceleme hakkını, doğrudan AİHS m.6/3-a ve c bentlerine değil, m. 5/4'e dayandırmıştır. AİHM özellikle tutuklama kararı verilen ve tutuklama kararına itiraz edilen durumlarda, bir taraftan sanığın, tutukluluğu konusunda kendisi için önemli görünen soruşturma ile ilgili olabildiğince kapsamlı bilgi edinmeye yönelik haklı çıkarları; diğer taraftan ceza kovuşturma organlarının soruşturma tedbirlerinden sanığın önceden bilgi sahibi olmasına dayanarak olayın aydınlatılmasının engellenmesi girişimlerini önlemeye yönelik gereksinimleri arasındaki çatışma üzerinde yoğunlaşmış ve sonuçta etkili bir ceza kovuşturması ile sanığın savunma hakkı arasındaki çıkar çatışmasını sanık ve onun savunma hakkı yönünde çözüme kavuşturmuştur.

57. AİHM'e göre tutuklamaya itirazı inceleyen bir mahkeme, muhakemenin tarafları arasında (savcı ve özgürlüğünden yoksun kılınan kişi) silahların eşitliğine özen göstermelidir. Sanığın, özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını etkili biçimde tartışma konusu yapmak için önem taşıyan soruşturma dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenmiş ise, artık bu durumda silahların eşitliğinden söz edilemez (*Lamy v. Belçika*, 30 Mart 1989, paragraf. 29, seri A no 151, *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], no 31195/96, paragraf. 58, *Schöps v. Almanya*, no 25116/94, paragraf. 44, *Lietzow v.Almanya*, no 24479/94, paragraf. 44)

58. Mevzuatımızda da konuyla ilgili anayasal ilkelere yer verilmiştir. 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."

59. Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, *"Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır."*

60. Anayasa'nın 36. maddesine göre ise, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."*

61. CMK'nın 157. maddesi uyarınca, soruşturmanın gizliliği, soruşturma aşamasının başlangıcından sona ermesine kadar devam eder. Dolayısıyla, soruşturmanın başlamasından kovuşturmanın kararına veya iddianamenin kabulüne kadar soruşturma işlemleri, kural olarak gizlidir. Çeşitli kanunlarda soruşturmanın gizliliği ile ilgili olarak yer alan düzenlemeler, söz konusu gizliliğin soruşturmanın sona ermesiyle birlikte ortadan kalkacağını öngörmektedir. Örneğin 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin 4. fıkrasında, iddianamenin kabulü ile birlikte müdafinin dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceği, bütün tutanak ve belgelerin harçsız olarak örneğini alabileceği öngörülmektedir.

62. İptali istenilen kuralla, Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür.

63. 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 halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alındığından, özellikle soruşturma evresinde verilen tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmesi için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında

yeterince bilgi sahibi olması gerekir. Bu bilgi ve belgelere erişimin kısıtlanması ise adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Bu itibarla, müdafinin soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması ile savunma hakkı arasında makul bir dengenin kurulması zorunludur.

64. İptali istenilen kuralla ilgili önceki değişiklik 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanunun genel gerekçesinde aynen şu açıklamalara yer verilmiştir:

“İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayırımlar yapılması; örneğin iddia makamının bildiği bir delili savunma makamının bilmemesi, silâhların eşitliği olarak bilinen ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Silâhların eşitliği, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları etkin bir şekilde kullanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin daha etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinde önemli bir değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddeye göre müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilmektedir. Teklifte, söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılmakta ve müdafinin soruşturma evresinde hiçbir kısıtlama olmaksızın dosya içeriğini inceleyebilmesi ve istediği belgelerden örnek alabilmesi sağlanmaktadır.”

65. Madde gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir: *“Silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırma kaldırılmaktadır”.*

66. 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6.3.2014 tarihli ve 28933 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptali istenilen düzenleme ise 12.12.2014 tarihli ve 29203 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

67. Bir önceki başlıkta makul şüphe ile ilgili karşıoy gerekçesinde belirtilen durum burada da aynen geçerlidir. Kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını artırıcı düzenlemeler yapması halinde bunun haklı nedenini ortaya koyması ve Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirleyen 13. maddesine uygun davranması gerekir. İptali istenen düzenlemeden çok kısa bir süre öncesinde savunma hakkı, silahların eşitliği ve hukuk devleti ilkelerinin gereği olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırmayı kaldıran yasakoyucunun haklı bir neden olmaksızın önceki düzenlemeye tekrar dönmesi hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.

68. Bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin *“soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması”* gibi belirsiz bir nedenle engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bunun ötesinde yapılan düzenlemenin gerekçesinde, aradan geçen kısa süreye rağmen bu yönde bir değişiklik yapılması konusunda herhangi bir haklı gerekçeye de yer verilmiş değildir. Haklı bir neden olmaksızın kanun koyucu tarafından temel hak ve hürriyetlerin daha fazla sınırlandırılmasına yol açan düzenlemeler yapılması hukuk devleti ile bağdaşmaz.

69. Düzenlediği alandaki temel hak ve hürriyetlerin korunması yönünden daha güvenceli olan bir sistemden haklı bir neden olmaksızın

daha güvencesiz bir sistem öngören ve bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin “*soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması*” gibi belirsiz bir nedenle engellenmesine imkan veren kural, Anayasa’nın 2., 5., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

70. Açıklanan nedenlerle, 6572 sayılı Kanun’un 23., 25., 40. ve 44. maddeleri ile yapılan düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2015/58
Karar Sayısı : 2015/117
Karar Tarihi : 23.12.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hayrabolu Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un;

1- 1. maddesinin birinci fıkrasının "*Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi...*", "*... langırt ve benzeri...*" ve "*...maharet istiyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır.*" bölümlerinin,

2- 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 325. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıklar hakkında, işyerinde langırt makinesi bulundurmak suçundan dolayı açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralları içeren 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

"Madde 1- Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne

ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi rulet, tilt, langirt ve benzeri baht ve talihe bağılı veya maharet istiyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır.

Bu kanunun uygulanmasında spor kulüpleri, gençlik teşekkülleri ve dernekler umuma açık yer sayılır.

Ancak 7470 sayılı T.C. Turizm Bankası Kanununun 18 inci maddesi hükümleri saklıdır.”

“Madde 2- (Değişik: 23/1/2008-5728/325 md.)

Bu Kanuna aykırı hareket edenler bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 17.6.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme Kanun'un; 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi...”, “...langirt ve benzeri...”* ve *“...maharet istiyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun*

alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır." ibareleri ile 2. maddesinin iptalini talep etmiştir.

4. Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan itiraz konusu kuralla langırt ve benzeri maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makineleri ile benzerlerini bulundurmamak, çalıştırmamak, yurda sokmak veya imal etme eylemlerinin yasak olduğu öngörülmektedir. Bakılmakta olan davada ise sanıklar hakkında işyerinde langırt makinesi bulundurmamak suçundan dolayı kamu davası açılmıştır. İtiraz konusu kurallar, langırt dışında dava konusu olmayan rulet, tilt ve benzeri maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makineleri ile benzerleri açısından da ortak ve geçerli kurallardır. Bu nedenle, Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasındaki itiraz konusu ibarelere ilişkin esas incelemenin, fıkra da yer alan "...langırt..." ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

5. Öte yandan, Kanun'un 2. maddesinde düzenlenen hapis ve adli para cezası sadece umuma mahsus veya açık yerlerde langırt makinesini bulunduran, çalıştıran, yurda sokan veya imal edenler için değil, Kanun'un 1. maddesinde sayılan diğer yasak fiilleri işleyenler için de geçerli olan ortak bir ceza hükmüdür. Dolayısıyla, Kanun'un itiraz konusu 2. maddesine ilişkin esas incelemenin de, Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...langırt..." ibaresi yönünden yapılması gerekmektedir.

6. Açıklanan nedenlerle, 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi...", "...langırt ve benzeri..." ve "...maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmamak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır." ibarelerinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin "...langırt..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

B- 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 325. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...langirt..." ibaresi yönünden yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle, Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinde kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçunu işleyenler için bir yıla kadar hapis cezası öngörülmekte iken itiraz konusu kurallar uyarınca kazanç kastı olmaksızın çaba ve maharet ile oynanan bir oyun sebebiyle kişilerin cezalandırılmasının adil ve hakkaniyete uygun olmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan itiraz konusu kuralla, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 228. maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya açık yerlerde adının ne olduğuna bakılmaksızın ve kazanç amacıyla oynanmasa dahi "langirt" makinesini bulundurmanın, çalıştırmmanın, yurda sokmanın veya imal etmenin yasak olduğu hüküm altına alınmaktadır. Kanun'un itiraz konusu 2. maddesinde ise bu eylemleri gerçekleştirenlerin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmaları öngörülmektedir.

10. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren,

eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

11. Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak kanun koyucunun kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

12. Kanun'un gerekçesinden, 1960'lı yıllarda langirt ve benzeri oyunların gerek yetişkinler gerekse gençler arasında yaygınlaşmasının, yetişkinlerin iş ve aile düzenlerinin bozulmasına, gençlerin eğitimlerinin aksamasına ve kötü alışkanlıklar edinmesine neden olduğu, bu durumun toplumda bu gibi oyunlara karşı olumsuz bir tepkiye yol açtığı, bu tepkinin bir yansıması olarak da bu oyunların oynandığı alet ve makineleri bulundurma, çalıştırma, yurda sokma ve imal etmenin yasaklanarak cezai yaptırıma bağlandığı anlaşılmaktadır.

13. Masa futbolu olarak da adlandırılan langirt, masa üzerinde bulunan oyuncu maketlerinin bir sopa vasıtasıyla yönetilerek en az iki kişi tarafından oynanan ve daha çok el becerisine dayanan bir oyun olarak tanımlanmaktadır.

14. Kanun koyucunun, langirtin yetişkinler ve gençler arasında yaygınlaşmasının toplum düzeninin bozulmasına sebebiyet verdiği gerekçesiyle itiraz konusu kuralları ihdas ettiği anlaşılmakla birlikte günümüz demokratik toplumlarında teknolojinin gelişimiyle sayıları artan bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makineleri, yetişkinler ve gençler tarafından eğlence amaçlı olarak yaygın şekilde kullanılmaktadır. Bu kapsamda, bu oyun alet ve

makinelerinin bulunduğu umuma açık eğlence yerleri, devletin gözetim ve denetimine tabi olarak serbestçe faaliyette bulunmaktadırlar. Nitekim, 2557 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 7. maddesinde, kumar ve kazanç kastı olmamak şartıyla adı ne olursa olsun bilgi ve maharet artırıcı veya zeka geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, video ve televizyon oyunlarının içerisinde bulunduğu elektronik oyun yerlerinin; internet kafeleri ve benzeri yerler umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin, belediye ve il özel idareleri tarafından verilen ruhsatlarla faaliyette bulunmalarına izin verilmektedir. Ayrıca, kumar oynama, ceza hukuku sistemimizde suç olmaktan çıkarılarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 34. maddesinde, kabahat olarak düzenlenmiş ve kumar oynayanların yüz Türk Lirası idari para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

15. Bu çerçevede, bilgi ve maharet artırıcı veya zekâ geliştirici nitelikteki elektronik oyun alet ve makinelerinin, yetkili makamlardan işletme izni alınmak suretiyle umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinde kişilerin serbestçe kullanımına açık olduğu ve kumar oynamanın suç olmaktan çıkarıldığı bir hukuk düzeninde, el becerisine dayanarak oynanan langırt makinesini, herhangi bir kazanç kastıyla oynanmasa dahi, bulundurma, çalıştırma, yurda sokma veya imal etmenin yasaklanması, demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmadığı gibi hukuk devletinin gereği olan “adalet” ve “hakkaniyet” ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır.

16. Diğer taraftan, hukuk düzeninde öngörülen bir yasağın hukuk devleti ilkesine aykırı bulunması yasak konusu eylem için getirilen yaptırımı da Anayasa'ya aykırı kılar. Bu kapsamda, langırt makinesini bulundurma, çalıştırma, yurda sokma veya imal etme eylemlerinin yasaklanmasını öngören kural Anayasa'ya aykırı olduğundan bu eylemleri gerçekleştirenlerin bir yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmalarını öngören kural da Anayasa'ya aykırıdır.

17. Açıklanan nedenlerle Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...langırt...” ibaresi ile, 2. maddesinin “...langırt...” ibaresi yönünden iptalleri gerekir.

18. Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilmeleri nedeniyle Anayasa'nın 10., 11. ve 13. maddeleri yönünden ayrıca incelenmelerine gerek görülmemiştir.

IV- HÜKÜM

13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...langırt..." ibaresinin,

B- 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 325. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...langırt ..." ibaresi yönünden,

Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, 23.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Hicabi DURSUN
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2015/15
Karar Sayısı : 2015/118
Karar Tarihi : 23.12.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 3. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının, 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacı tarafından marka tescili için yapılan başvurunun Türk Patent Enstitüsü tarafından reddi işleminin iptali talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME HÜKMÜ

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

"Marka tescilinde red için mutlak nedenler

Madde 7- Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:

a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,

b) (Değişik : 22/6/2004 - 5194/13 md.) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,

c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.

d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

e) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar,

g) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar,

h) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, külterel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar,

ı) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 27/5/2015 tarihli ve E.: 2015/33, K.: 2015/50 sayılı Kararı ile.)

j) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,

k) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar.

(Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 – 5194/13 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM,

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılmalarıyla 18.2.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmünde kararname hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, marka tekliği ilkesinin çağdaş hukukta karşılığının olmadığı, marka başvuru ve tescili ile önceki marka ya da hak sahiplerinin bu başvuruya yönelik itirazlarının günümüzde tamamen serbest piyasa koşullarına göre çalışma ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde değerlendirildiği, hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer almasının yeterli olmadığı, devletin tüm organlarının yetkilerinin kanunlarda objektif, açık ve herkese eşit uygulanabilir bir biçimde düzenlenmesi gerektiği, Devletin temel amaç ve görevlerinin Anayasa'da sayılmış olduğu, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların kanun yerine kanun hükmünde kararname ile yapılamayacağı, marka hakkına ilişkin düzenlemelerde bu hakkın elde edilmesine getirilen sınırlandırmaların, açık, net, denetlenebilir, herkese eşit uygulanabilir ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşır olması gerektiği, itiraza konu kuralla getirilen bir işaretin ancak tek bir kişiye marka olarak verilebileceği ilkesinin amacını aşan bir düzenleme olduğu, önceki marka ile iltibas teşkil eden ve "ayırt edilemeyecek derecede" benzer işaretlerin nisbi red nedenleri arasında bulunması gerekirken mutlak red nedeni olarak düzenlenmiş olduğu, daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış marka ile aynı olma halinin, karşılaştırılan işaretlerin özdeş, farksız, tıpatıp taklit, aynen veya bire bir kopya olmalarını ifade ettiğini, ancak ayırt edilemeyecek kadar

benzerlik ilkesinin orta düzeydeki alıcıda bıraktığı genel izlenimlerin hemen hemen aynı olma şeklinde tanımlandığı, müşteri kitlesi nezdinde markaların yazılış, okunuş, görsel veya işitsel olarak aynı imiş gibi algılanıp algılanmayacağı üzerinde Türk Patent Enstitüsü tarafından sübjektif bir değerlendirme yapıldığı, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, dolayısıyla herkesin marka hukuku alanında serbestçe sözleşme yapma ve markasını dilediği gibi bir başkasına devretme sonucunu doğuran sözleşmeler yapma hürriyetine de sahip olduğu, başvuru sahipleri bakımından ancak itiraz halinde nispi red nedeni olarak tartışılması gereken durumların kamu otoritesince re'sen dikkate alınarak reddedildiği, bu durumun marka hakkının elde edilmesi sürecinde hakkın özünü zedeleyen, kişi hak ve hürriyetlerine demokratik bir ülkede beklenebilecek müdahaleyi aşan bir sınırlamaya zemin oluşturduğu ve kuralın mutlak red nedeni olarak uygulanmasından ötürü önceki marka sahibinin başvurunun tesciline açıkça muvafakat vermesine rağmen markanın idarece tescil edilmediği, bu nedenle sadece başvuru sahibinin değil, tescile muvafakat veren marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamındaki ticari çalışmalarının engellendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kural, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların tescil edilemeyeceğini düzenlemektedir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde "*Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.*" hükmü yer almıştır.

7. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. 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. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

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."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

9. Anayasa'nın 35. maddesiyle Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına saygı gösterme ve haksız müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğün yanında, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleleri önleme şeklindeki pozitif bir yükümlülük de yüklenmektedir.

10. Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddî mallar kapsamında iken, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise *"marka hakkı"* olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır.

11. Marka; bir işletmenin mal veya hizmetlerini bir başka işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade

edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.

12. Bu tanım ışığında marka temel olarak, işletmelerin üretimini yaptıkları malları veya sundukları hizmetleri diğer işletmelerinkinden ayırt etme işlevini üstlenmektedir. Marka, bu işlevi sayesinde, tüketicilerin bundan önceki tecrübelerinden dolayı memnun kaldıkları ürünleri diğer ürünlerden ayırmasını sağlayarak tüketicilerin satın alma kararlarını daha kolay vermelerini de sağlar.

13. Marka hakkı, markanın 556 sayılı KHK hükümlerine göre tescil edilmesi ile elde edilir. Tescilli veya başvuru halindeki bir marka başkasına devredilebilir, miras yoluyla intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir, rehin edilebilir ve teminat olarak gösterebilir.

14. Markanın teklifi, ayırt ediciliği, taklit edilememe ve belli ölçüde garanti sunma işlevine sahip olabilmesi üçüncü kişilerin markadan beledikleri temel özelliklerdir. Dava konusu kural bu özellikleri temin etmesinin yanı sıra, kişiler adına daha önceden tescil edilmiş markaların taklit edilmesinin, tescilli marka ile aynı olan ya da karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının ve tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılmasının önlenmesi amacıyla tesis edilmiştir. Söz konusu güvencelere aykırılık teşkil eden durumlarda yargı yerlerince gerekli denetimler yapılabilecek olup olası hak kaybı halinde de mahkemeler kuralda yer alan unsurlar çerçevesinde davaları çözümlenecektir. Dolayısıyla aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların kamu otoritesince tescil edilmemesini öngören kural, hem daha önce kendisi adına tescil işlemi yapan marka sahiplerinin mülkiyet hakkını hem de markaya güvenerek iş ve işlem yapacak üçüncü kişileri korumaya yöneliktir.

15. Anayasa'nın 91. maddesinin ilk fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı

kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörölmüştür.

16. 556 sayılı KHK'nın itiraz konusu 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilerek kanunla kabul edilmiş olduğu için Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığından söz edilemez.

17. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

18. Kuralın Anayasa'nın 5., 13. ve 48. maddeleri ile ilgili görölmemiştir.

IV- HÜKÜM

24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının, 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 23.12.2015 tarihinde OYBİRLİğİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Hicabi DURSUN
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2015/37
Karar Sayısı : 2015/119
Karar Tarihi : 23.12.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 19. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun;

1- 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "... veya birbirine benzer..." ibaresinin,

2- 233. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "...hâkim de dâhil olmak üzere..." ibaresinin,

Anayasa'nın 12., 13., 14., 49., 50., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacılar tarafından, ödenmemiş ücret, fazla mesai, yıllık izin, hafta tatili, asgari geçim indirim, ulusal bayram ve genel tatiller ücreti ile kıdem tazminatı alacağıın ödenmesi talebiyle işveren aleyhine açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu ibarelerinin de yer aldığı 57. ve 233. maddeleri şöyledir:

"MADDE 57- (1) Birden çok kişi, aşağıdaki hâllerde birlikte dava açabilecekleri gibi aleyhlerine de birlikte dava açabilir:

a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması.

b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri.

c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması.”

“MADDE 233- (1) Yemin, mahkeme huzurunda eda olunur.

(2) Hâkim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi hâlinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker.

(3) Yemin edecek kimse, yemin konusunun yeterli açıklıkta olmadığını ileri sürerse; hâkim, karşı tarafın görüşünü aldıktan sonra derhâl bu konuda kararını verir.

(4) Sonra “Size sorulan sorular hakkında, gerçeğe uygun cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığımız bütün inanç ve değerler üzerine yemin eder misiniz?” diye sorar. O kimse de “ Bana sorulan sorular hakkında gerçeğe uygun cevap vereceğime ve hiçbir şey saklamayacağıma namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır.

(5) Yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 22.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme

toplantısında öncelikle başvurunun yöntemine uygunluğu sorunu görüşülmüştür.

2. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" başlıklı 40. maddesinde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurularda izlenecek yöntem belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasında, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin 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; anılan fıkranın (a) bendinde de "*iptali 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.

3. 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.

4. İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de 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 başvurusuna engel olmadığı belirtilmiştir.

5. Yapılan incelemede, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin, Kanun'un 233. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "*...hâkim*

de dâhil olmak üzere..." ibaresinin Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça göstermediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla bu ibare yönünden yapılan başvurunun yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

6. Açıklanan nedenlerle, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun;

A- 233. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "*...hâkim de dâhil olmak üzere...*" ibaresinin iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusunun, 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

B- 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*... veya birbirine benzer...*" ibaresinin ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ 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 "*...veya birbirine benzer...*" ibaresinin ucu açık bir ibare olup iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmaya müsait bulunduğu, birden çok davacı tarafından açılan dava dosyasında davacıların her biri ile ilgili olarak delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi, bilirkişi raporlarının denetlenmesi gibi hususlar dikkate alındığında, kararın isabetli olarak verilmesi ve davanın kısa sürede sonuçlanmasının mümkün olmadığı, birden çok

davanın tek dava dilekçesiyle açılmasının ağır iş yükü altında özveriyle çalışan yargı mensuplarının ve kalem personelinin haklarını ihlal ettiği, bu şekilde açılan davalarda davacıların haklarının zamanaşımına uğramasının mümkün olduğu, benzer vakıa ve sebeplerle ilgili davaların farklı mahkemelerde farklı bilgi ve yaklaşımdaki hâkimler tarafından görülmesinin daha isabetli olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 12., 13., 14., 49. ve 50. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural Anayasa'nın 36., 141. ve 142. maddeleri yönünden incelenmiştir.

10. Kanun'un 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması halinde birden çok kişinin birlikte dava açabileceği gibi aleyhlerine de birlikte dava açabileceği öngörülmekte olup söz konusu bentte yer alan "...veya birbirine benzer..." ibaresi, itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

11. 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 hakkı ile bunun doğal sonucu olarak iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında da her şahsın kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının dinlenilmesini isteme hakkı olduğu belirtilmiştir.

12. Anayasa'nın 141. maddesinde, "*...Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin önlemler almak zorundadır. Bu bağlamda, hukuk sisteminde ve özellikle yargılama usulünde, yargılamaların makul süre içerisinde

bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde usul kurallarına yer verilmesi, adil yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu amaçla alınacak kanunî tedbirlerin ve öngörülen çarelerin, yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasızdır.

13. Anayasa'nın 142. maddesinde ise *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen kurallara bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda getirilen usul kurallarının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen *"adil yargılanma hakkı"*nın öngördüğü güvencelere aykırılık taşımaması bir zorunluluktur.

14. 6100 sayılı Kanun, hukuk mahkemelerinde uygulanacak yargılama usullerini düzenlemektedir. Kanun'un 57. maddesinde düzenlenen ihtiyari dava arkadaşlığı, hukuk davalarında, kanunda gösterilen sebeplerin varlığı halinde birden çok kişinin aynı dava dilekçesiyle birlikte dava açabilmelerine veya birden çok kişiye karşı aynı dava dilekçesi ile dava açılabilmesine olanak sağlayan bir usul hukuku müessesesidir. Maddenin (c) bendinde yer alan itiraz konusu kuralla, davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin *"birbirine benzer olması"*, ihtiyari dava arkadaşlığını oluşturan sebeplerden biri olarak kabul edilmiştir.

15. Kanun koyucu kuralla, gerekçede ifade edildiği gibi, usul ekonomisi ve çelişkili kararların önlenmesi amaçlarını gerçekleştirmeye yönelik olarak ihtiyari dava arkadaşlığını oluşturacak sebepleri genişletmiş ve davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin birbirine benzer olması halinde de ihtiyari dava arkadaşlığının oluşacağını düzenlemiştir. Bu bağlamda kuralın, söz konusu davalarda tahkikat aşamasının ortak olması nedeniyle tekrarı gerekecek usul işlemlerinin yapılmasına engel olduğu, bu suretle mahkemeler tarafından çok sayıda davanın ayrı duruşmalar yapılarak görülmesi yerine tek bir dava dosyası üzerinden sürdürülerek zaman ve emek tasarrufu sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Ayrıca kuralın bu davaların aynı mahkemede görülmesini

sağlamak suretiyle benzer davalarda benzer kararlar verilmesini sağlamayı amaçladığı da açıktır. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, usul ekonomisi açısından ve benzer davalarda benzer kararların verilmesini sağlamaya yönelik olarak birbirine benzer vakıa ve hukuki sebeplerin bulunmasını ihtiyari dava arkadaşlığı sebeplerinden biri olarak öngördüğü itiraz konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

16. Öte yandan itiraz konusu kuralın yargılama sonucunda işin esasına yönelik adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesini engelleyeceği de söylenemez. Zira ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu davalarda tarafların davasını tüm yönleriyle mahkeme önüne getirmesine engel bir durum bulunmamaktadır. Ayrıca itiraz konusu kural, birbirine benzer vakıa ve hukuki sebeplerin bulunduğu davaların ihtiyari dava arkadaşlığı yoluyla birlikte açılabilmesine olanak sağlayan bir düzenleme olup, bu sebeplerin varlığı halinde davaların mutlaka birden çok kişiye karşı aynı dava dilekçesiyle birlikte ya da birden çok kişinin davalı olarak gösterilerek bunlara karşı aynı dava dilekçesi ile dava açılmasını zorunlu kılan bir düzenleme değildir. Dolayısıyla davanın taraflarının bir yargı mercii önünde sahip oldukları anayasal haklarını engellemeyen itiraz konusu kuralda hak arama özgürlüğüne ve adil yargılanma hakkına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

17. Ayrıca başvuru kararında ifade edildiği gibi taraf sayısının çok fazla olması nedeniyle delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi ve bilirkişi raporlarının denetlenmesi gibi konularda bu şekilde açılan davalarda güçlükler yaşanabileceği düşünülebilir ise de mahkemenin, Kanun'un 167. maddesine göre yargılamanın iyi bir şekilde yürütülmesi imkânının ortadan kalktığı durumlarda, davanın her aşamasında taraflardan birinin talebi üzerine veya kendiliğinden, birlikte açılan davaların ayrılmasına karar vermek suretiyle söz konusu davaların görülmesi imkânı bulunmaktadır.

18. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 36., 141. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

19. Kuralın Anayasa'nın 12., 13., 14., 49. ve 50. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV- HÜKÜM

12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "...veya birbirine benzer..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 23.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2015/65
Karar Sayısı : 2015/120
Karar Tarihi : 23.12.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onbirinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen (I) sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;" bölümünün (g) sırasında yer alan "...müşavir,..." ibaresinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının, ücret ve tazminatının, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye (KHK) ekli (II) sayılı Cetvel'in (7) veya (8) numaralı sırasında yer alan göstergelerin esas alınarak ödenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı iptal davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALI

İtiraz konusu kuralı da içeren KHK'ye ekli (I) sayılı Cetvel şöyledir:

(I) SAYILI CETVEL
EK ÖDEME ORANLARI

<i>Kadro ve Görev Unvanı</i>	<i>Ek Ödeme Oranı (%)</i>
<i>A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:</i>	
<i>1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;</i>	
...	...
<i>g) İl nüfus ve vatandaşlık müdürü, il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, tiyatro müdür yardımcısı, Atatürk Kültür Merkezi müdür yardımcısı, opera ve bale müdür yardımcısı, birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcısı ve (f) sırasında sayılanların yardımcısı</i>	170
...	...

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN,

Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 13.7.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, KHK'ye ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan itiraz konusu kuralın kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin olduğu, KHK'nin dayanağını oluşturan 6.4.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanunu'yla Bakanlar Kuruluna kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin düzenleme yapma yetkisinin tanınmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kural, KHK'ye ekli (I) sayılı Cetvel'de yer alan "müşavir" unvanına sahip kimselere yapılacak ek ödemede esas alınacak oranları düzenlemektedir.

5. İtiraz konusu kural, 375 sayılı KHK'ye 666 sayılı KHK ile eklenmiştir. 666 sayılı KHK, 6.4.2011 tarihli ve 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılmıştır.

1- Kanun Hükmünde Kararnemelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

6. Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen KHK'ler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması

görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde KHK'lerin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'lerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle KHK'lerin yetki kanununa uygunluğunun denetimi girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisinin verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

7. Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal KHK'lerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki KHK'lerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, KHK'ler ile dayandıkları yetki kanunları arasında çok sıkı bir bağ vardır. KHK'nin yetki kanunu ile olan bağı, KHK'yi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. KHK'nin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkarılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK'lerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

8. KHK'lerin 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 olmadıkları saptanır. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

9. Anayasa'da kimi konuların KHK'lerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin 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 kararnamele düzenlenemez."* denilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye

Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna ancak KHK'yle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir.

10. Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi KHK çıkarılmayacağı açıkça belirtilmedikçe, KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

2- İtiraz Konusu Kuralın 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

11. Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yetki kanununda, çıkarılacak KHK'nin amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla KHK'nin çıkarılıp çıkarılmayacağı gösterilmesi gerekir. Buna göre bir KHK'nin Anayasa'ya uygun olduğunun kabulü öncelikle konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden dayandığı yetki kanununa uygun olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen haklar içinde kalan ve Anayasa'nın 91. maddesinde belirtilen KHK'yle düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmayan kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kalması durumunda, KHK'yle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir durum olmayacağı açıktır.

12. 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacını düzenleyen 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kapsamına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ile bu bendin (7) numaralı alt bendinde ve son olarak ilkeler ve yetki süresine ilişkin hükümlerin yer aldığı 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kamu personelinin "*atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları*"ndan söz edilmiş, ancak mali haklara ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörüldüğü üzere;

- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına,

- Mevcut bağı, ilgili ve ilişkili kuruluşların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

- Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, mali haklara dair düzenlemelerin de yapılması mümkündür. Mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle ilgili olmayan hususlar 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında bulunmadığından, KHK'yle doğrudan mali haklarda bir düzenleme yapılamaz. Bir başka ifadeyle, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç, kapsam ve ilkeleri bakımından kamu personelinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir düzenleme yapma yetkisini vermediği, ancak mali ve sosyal haklarla ilgili hükümlerin 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacı ve kapsamına giren konularda yapılan düzenlemelerin doğal sonucu olması durumunda mümkün olabileceği, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörülen amaç, kapsam ve ilkeleriyle bağlantılı olmaksızın sırf mali konularda bir düzenleme yapılamayacağı açıktır.

13. İtiraz konusu kural, 666 sayılı KHK'yle 375 sayılı KHK'ye eklenen (I) sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;" bölümünün (g) sırasında yer alan "...müşavir,..." ibaresidir.

14. 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddeyle mevzuatta değişik adlar altında kamu personeline yapılan tüm kurumsal ek ödemeler ile genel ek ödemeler, yeni yapılan düzenlemelere paralel olarak 15.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmakta ve yeni ek ödeme sistemindeki kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları belirtilmektedir. İtiraz

konusu kuralla “müşavir” kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları düzenlenmiş olup “müşavir”lerin mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. Oysa ki 6223 sayılı Yetki Kanunu’nda kamu görevlilerinin “atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları”ndan söz edilmiş, ancak mali haklara ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Diğer yandan, kuralda öngörülen mali haklara ilişkin hüküm, mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle bağlantılı ve bunların zorunlu sonucu olmayıp doğrudan mali haklara ilişkin bir düzenleme niteliğindedir.

15. Açıklanan nedenlerle kural, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa’nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

IV- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

16. Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” denilmekte, 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

17. 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesiyle eklenen (I) sayılı Cetvel’in “A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:” kısmınının “1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;” bölümünün (g) sırasında yer alan “...

müşavir,..." 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 girmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen (I) sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;" bölümünün (g) sırasında yer alan "...müşavir,..." ibaresinin 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, 23.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Hicabi DURSUN
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2014/183
Karar Sayısı : 2015/122
Karar Tarihi : 30.12.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 1. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesine, 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen sekizinci fıkranın, Anayasa'nın 2., 35. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: İhtirazî kayıtla verilen gelir vergisi (stopaj) beyannamesine dayanılarak yapılan tahakkukun iptali ve ödenen tutarın iadesi talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

1- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

193 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 94. maddesi şöyledir:

“Kamu idare ve müesseseleri, iktisadi kamu müesseseleri, sair kurumlar, ticaret şirketleri, iş ortaklıkları, dernekler, vakıflar, dernek ve vakıfların iktisadi işletmeleri, kooperatifler, yatırım fonu yönetenler, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabı, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçiler aşağıdaki bentlerde sayılan ödemeleri (avans olarak ödenenler dahil) nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecburdurlar.

1. Hizmet erbabına ödenen ücretler ile 61 inci maddede yazılı olup ücret sayılan ödemelerden (istisnadan faydalananlar hariç), 103 ve 104 üncü maddelere göre,

2. Yaptıkları serbest meslek işleri dolayısıyla bu işleri icra edenlere yapılan ödemelerden (Noterlere serbest meslek faaliyetlerinden dolayı yapılan ödemeler hariç);

a) 18 inci madde kapsamına giren serbest meslek işleri dolayısıyla yapılan ödemelerden,

b) Diğerlerinden,

3. 42 nci madde kapsamına giren işler dolayısıyla bu işleri yapanlara (kurumlar dahil) ödenen istihkak bedellerinden,

4. Dar mükellefiyete tabi olanlara, telif ve patent haklarının satışı dolayısıyla yapılan ödemelerden,

5. a) 70 inci maddede yazılı mal ve hakların kiralanması karşılığı yapılan ödemelerden,

b) Vakıflar (mazbut vakıflar hariç) ve derneklere ait gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden,

c) Kooperatiflere ait gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden,

d) Yabancı devletlere, yabancı kamu idare ve kuruluşları ile uluslararası kuruluşlara ait diplomatik statüsü bulunmayan gayrimenkullerin kiralanması karşılığında bunlara yapılan kira ödemelerinden,

6. a) Dağıtılsın veya dağıtılmasın Kurumlar Vergisi Kanununun 8 inci maddesinin 4 numaralı bendinin;

i) (a), (c) ve (d) bentlerinde yazılı kazançlardan,

ii) (b) alt bendinde yazılı kazançlardan,

b) i) Tam mükellef kurumlar tarafından; tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergilerden muaf olanlara dağıtılan, 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kâr paylarından (kârın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımı sayılmaz.),

ii) Tam mükellef kurumlar tarafından; dar mükellef gerçek kişilere, dar mükellef kurumlara (Türkiye’de bir işyeri veya daimi temsilci aracılığıyla kâr payı elde edenler hariç) ve gelir ve kurumlar vergisinden muaf olan dar mükelleflere dağıtılan, 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kâr paylarından (Kârın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımını sayılmaz.),

iii) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (4) numaralı bendinde yazılı menkul sermaye iradının ana merkeze aktarılan tutarı üzerinden,

c) (Ek: 22/7/1998 - 4369/48 md.; Mülga: 25/12/2003-5035/49 md.)

7. 75 inci maddenin ikinci fıkrasının 5 numaralı bendinde yazılı menkul sermaye iratlarından (Kanunla kurulan dernek ve vakıflar, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar, kamu menfaatine yararlı dernekler ile dernek ve vakıf olmamakla birlikte; odalar, borsalar, meslek örgütleri ve bunların üst kuruluşları, siyasi partiler, emekli ve yardım sandıkları gibi vergi uygulamalarında dernek ve vakıf olarak kabul edilenler hariç, dernek ve vakıflar ile tam mükellef kurumlara ödenenler dahil),

a) Devlet tahvili faizlerinden,

b) Hazine bonusu faizlerinden,

c) Toplu Konut İdaresi, 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna göre kurulan varlık kiralama şirketleri ve Özelleştirme İdaresince çıkarılan menkul kıymetlere sağlanan gelirlere,

d) Nama yazılı tahvil faizlerinden,

e) Hamiline yazılı tahvil faizlerinden,

f) İpotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipotekli sermaye piyasası araçlarından elde edilen kâr payı ve faiz gelirlerinden,

g) Diğerlerinden,

8. Mevduat faizlerinden (Kanunla kurulan dernek ve vakıflar, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar, kamu menfaatine yararlı dernekler ile dernek ve vakıf olmamakla birlikte; odalar, borsalar, meslek örgütleri ve bunların üst kuruluşları, siyasi partiler, emekli ve yardım sandıkları gibi vergi uygulamalarında dernek ve vakıf olarak kabul edilenler hariç, dernek ve vakıflar ile tam mükellef kurumlara ödenenler dahil)

a) Döviz tevdiat hesaplarına yürütülen faizler ile özel finans kurumlarınca döviz katılma hesaplarına ödenen kar paylarından,

b) Nama yazılı mevduat hesaplarına yürütülen faizlerden,

c) Hamiline yazılı mevduat hesaplarına yürütülen faizlerden,

d) Diğerlerinden,

9) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının 12 numaralı bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından (Kanunla kurulan dernek ve vakıflar, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar, kamu menfaatine yararlı dernekler ile dernek ve vakıf olmamakla birlikte; odalar, borsalar, meslek örgütleri ve bunların üst kuruluşları, siyasi partiler, emekli ve yardım sandıkları gibi vergi uygulamalarında dernek ve vakıf olarak kabul edilenler hariç, dernek ve vakıflar ile tam mükellef kurumlara ödenenler dahil).

a) Faizsiz olarak kredi verenlere ödenen kâr paylarından,

b) Kâr ve zarar ortaklığı belgesi karşılığı ödenen kâr paylarından,

c) Özel finans kurumlarınca kâr ve zarara katılma hesabı karşılığında ödenen kâr paylarından,

10. a) Başbayiler hariç olmak üzere, 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunda tanımlanan şans oyunlarına ilişkin olarak; bilet, kupon ve benzerlerini satanlara, düzenlenen her türlü bahis ve şans oyunlarının oynatılmasına aracılık edenlere, diğer kişilerce çıkartılan bu nitelikteki biletleri satanlara yapılan komisyon, prim ve benzeri ödemelerden,

b) 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre gerçek ve tüzel kişilerin mallarını iş akdi ile bağlı olmaksızın bunlar adına kapı kapı dolaşmak suretiyle tüketiciye satanlara bu faaliyetleriyle ilgili olarak yapılan komisyon, prim ve benzeri ödemelerden,

11. Çiftçilerden satın alınan zirai mahsüller ve hizmetler için yapılan ödemelerden;

a) Hayvanlar ve bunların mahsulleri ile kara ve su avcılığı mahsülleri için,

b) Diğer zirai mahsuller için,

c) Ziraai faaliyet kapsamında ifa edilen hizmetler için,

d) Çiftçilere yapılan doğrudan gelir destekli ve alternatif ürün ödemeleri için,

12. PTT acenteliği yapanlara, bu faaliyetleri nedeniyle ödenen komisyon bedeli üzerinden,

13. Esnaf muafılığından yararlananlara mal ve hizmet alımları karşılığında yapılan ödemelerden,

14. 75 inci maddenin ikinci fıkrasının 14 numaralı bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından (Kanunla kurulan dernek ve vakıflar, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar, kamu menfaatine yararlı dernekler ile dernek ve vakıf olmamakla birlikte; odalar, borsalar, meslek örgütleri ve bunların üst kuruluşları, siyasi partiler, emekli ve yardım sandıkları gibi vergi uygulamalarında dernek ve vakıf olarak kabul edilenler hariç, dernek ve vakıflar ile tam mükellef kurumlara ödenenler dahil)

15. a) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (15) numaralı bendinin (a) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından

b) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (15) numaralı bendinin (b) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından

c) (Mülga: 13/6/2012-6327/9 md.)

16. a) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (a) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,

b) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (b) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,

c) 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (16) numaralı bendinin (c) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratlarından,

17. 75 inci maddenin ikinci fıkrasının (17) numaralı bendi kapsamındaki menkul sermaye iratlarından,

% 25 vergi tevkifatı yapılır.

Vergilendirme rejiminin, Türk vergi sisteminin sahip olduğu vergilendirme kapasitesi ile en az aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişiminde bulunup bulunmadığı hususu da göz önünde bulundurulmak suretiyle, Bakanlar Kurulunca ilan edilecek ülkelerde yerleşik veya faaliyette bulunanlara (Türkiye’de yerleşik olanların bu ülkelerde bulunan işyerleri dahil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılanın mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılır. Emsaline uygun fiyatlarla satın alınan mal ve iştirak hisseleri için yapılan ödemeler, emsaline uygun fiyatlarla, deniz ve hava ulaştırma araçlarının kiralınması için yapılan ödemeler ile yapılan işin tamamlanabilmesi bakımından zorunluluk arz eden geçiş ücreti, liman ücreti gibi ödemeler üzerinden yapılacak kesinti oranını; her bir ödeme türü, faaliyet konusu ya da sektör itibarıyla ayrı ayrı belirlemeye, sınıra kadar indirmeye veya kanunî seviyesine kadar getirmeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Yurt dışındaki finans kuruluşlarından temin edilen borçlanmalara ilişkin anapara, faiz ve kâr payı ödemeleri ile sigorta ve reasürans ödemeleri üzerinden bu fıkra uyarınca vergi kesintisi yapılmaz.

Tüccar, serbest meslek erbabı ve çiftçilerin yukarıdaki hükümlere göre yapacakları tevkifat; ticari, mesleki ve zirai işleriyle ilgili ödemelerine münhasırdır.

Yukarıdaki bentlerde yazılı vergi tevkifatının yapılmasında 96 ncı madde hükmü göz önünde tutulur.

Bu maddenin (6) numaralı bendinin (a) alt bendine göre üzerinden vergi tevfiyatı yapılan kurum kazancından kar payı alanlara, tevkif suretiyle alınan vergi red ve iade olunmaz. Bakanlar Kurulu, bu maddede yer alan tevkifat nispetini, her bir ödeme ve gelir için ayrı ayrı sifra kadar indirmeye veya bir katna kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkilidir. Bu yetki;

- Tam ve dar mükellefler ile gerçek ve tüzel kişiler itibariyle,

- 6, 7, 8, 9 ve 17 numaralı bentlerde yer alan kazanç ve iratlardan; mevduat veya menkul kıymetin vadesi, menkul kıymetlerin türleri ile bankalar ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan aracı kurumlar arasındaki borsa para piyasasında değerlendirilen paralara ödenen faizler için,

- 6 numaralı bendin (b) alt bendinde yer alan menkul sermaye iratları kapsamına giren Devlet tahvili, Hazine bonusu faizleri ve Toplu Konut İdaresi ile Kamu Ortaklığı idaresince çıkartılan menkul kıymetlerin gelirlerine isabet eden kısım için (bu kısım, bu faiz ve gelirlerin toplam kurum hasılatı içindeki payına göre hesaplanır),

- 11 numaralı bent gereğince zirai mahsul bedelleri üzerinden yapılacak vergi tevkifatında, zirai mahsulün ticaret borsalarında tescil ettirilerek satılıp satılmadığına veya destekleme kapsamında alım yapan kurumlar ile diğerlerine, zirai faaliyet kapsamında ifa edilen hizmetler için de faaliyetin türü ve niteliğine, münhasıran zirai alet ve makinalarla verilen hizmetlere veya zirai işletmenin başka kişilerin işlerinde kullanılmak suretiyle yapılmasına göre,

- 13 numaralı bentte yer alan ödemelerde ödeme yapılan kişilerin mükellef olup olmadıklarına, ödemenin konusunun emtia veya hizmet alımı, emtia ve hizmet alımının birlikte olmasına, iş grupları, iş neveleri, sektörler ve emtia gruplarına göre,

- Birinci fıkranın (15) ve (16) numaralı bentlerinde yer alan menkul sermaye iratlarından; prim ve katkı paylarının, ücretin safi tutarı ile ticari kazancın tespitinde veya diğer gelir unsurlarına ilişkin gelir vergisi matrahının tespitinde indirim konusu yapıp yapılmadığına, indirim konusu yapılması

halinde indirim esas süreye, Devlet katkısı elde edilip edilmediğine veya Devlet katkısı elde edilen süreye, sigortalı ve katılımcıların kalış sürelerine ve ayrılma biçimlerine göre,

Farklı oranlar tespit edilmek suretiyle de kullanılabilir.

Bakanlar Kurulu, bu maddede yer alan tevkifat nispetini, kara, deniz ve hava ulaştırması işiyle iştigal eden dar mükellefler için, ülkeler itibariyle ve karşılıklı olmak şartıyla, ayrı ayrı veya topluca sığara kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmak suretiyle yeniden tespit etmeye yetkilidir.

Maliye Bakanlığı, vergiye tâbi işlemlere taraf veya aracı olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 17.12.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, Anayasa'da vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılmasının öngörüldüğü, vergi sorumlusunun da yeri geldiği zaman asıl borçlunun yerine geçip vergiyi ödemek zorunda olması nedeniyle söz konusu kanunilik ilkesinin vergi

yükümlülüğünün yanı sıra vergi sorumluluğunu da kapsadığı, Gelir Vergisi Kanununda tevkifat yapmaya mecbur olanlar sayma yoluyla belirtilmiş iken itiraz konusu kuralla vergi sorumluluğunun kapsamının idarece genişletilebilmesine olanak tanınmasının hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri olan hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 35. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kuralla, Maliye Bakanlığının, vergiye tâbi işlemlere taraf veya aracı olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabileceği belirtilmiştir.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkeleri arasında "hukuki güvenlik" ve "belirlilik" ilkeleri yer almaktadır. 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. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

6. Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." denilerek verginin kanuniliği ilkesi belirtilmiştir. Bu ilke takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

7. Vergi ve malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören 73. madde, malî yükümlülüğün yalnızca yasa ile konulabileceği ve yasanın hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.

8. Vergi hukukunda, Devletin vergi alacağına doğması için, vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi gerekmektedir. Vergiyi doğuran olay Vergi Usul Kanunu'nun 19. maddesinde, "*Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Vergi alacağı mükellef bakımından vergi borcunu teşkil eder.*" biçiminde tanımlanmıştır.

9. Vergiyi doğuran olay, vergi yükümlüsünü (mükellefini) belirler. Vergiyi doğuran olay kendi kişiliğinde gerçekleşen ve malvarlığından vergi borcunu ödemek zorunda olan kişi, verginin yükümlüsüdür. Vergi Usul Kanunu'nun 8. maddesinde "*Mükellef*", "*vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişi*", "*vergi sorumlusu*" ise "*verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişi*" olarak tanımlanmıştır. Vergi yükümlüleri, vergilendirme ile ilgili ödevlerini kendi vergi borcu için yerine getirmekte iken vergi sorumluları, başkasının vergi borcu için bu görevleri kanunlar gereği yerine getirmektedirler.

10. Vergilerin zamanında ödenmesini ve kamu alacağına güvence altına alınmasını sağlamaya yönelik bir kurum olan "*vergi sorumluluğu*", vergi türünün özelliği de gözetilerek değişik kanunlarda farklı şekillerde öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Gelir Vergisi Kanunu'nda kaynaktan kesinti yapılması suretiyle verginin ödenmesi esası kabul

edilmiş, kesinti yapmakla yükümlü kılınanlar “*vergi sorumlusu*” sayılmışlardır.

11. Kanun’un 94. maddesinin birinci fıkrasında, kamu idare ve müesseselerinin, iktisadi kamu müesseselerinin, sair kurumların, ticaret şirketlerinin, iş ortaklıklarının, derneklerin, vakıfların, dernek ve vakıfların iktisadi işletmelerinin, kooperatiflerin, yatırım fonu yönetenlerin, gerçek gelirlerini beyan etmeye mecbur olan ticaret ve serbest meslek erbabının, zirai kazançlarını bilanço veya zirai işletme hesabı esasına göre tespit eden çiftçilerin fıkrada bentler halinde sayılan ödemeleri nakden veya hesaben yaptıkları sırada, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları belirtilmek suretiyle bu kişi ve kuruluşlar gelir vergisi yönünden “*vergi sorumlusu*” olarak kabul edilmişlerdir. Vergi sorumlularının, istihkak sahiplerinin gelir vergilerine mahsuben tevkifat yapmaya mecbur oldukları ödemeler de fıkra içinde yer alan onyedinci bentte ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

12. İtiraz konusu kuralla Maliye Bakanlığına verilen, vergiye tâbi işlemlere taraf veya aracı olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilme yetkisi, sınırsız bir yetki olmayıp Kanun’un 94. maddesi kapsamında ele alınması gereken ve maddede belirtilen vergiye tabi işlemler yönünden geçerli olan bir yetkidir. Söz konusu yetkinin, maddede vergi sorumlusu olarak öngörülen kişi ve kuruluşlarda değişiklik yapılabilmesini mümkün kılmadığı, bu yetkinin Maliye Bakanlığına verilmesiyle mevcut vergi sorumlusu kişi ve kuruluşların kapsamı bakımından ortaya çıkabilecek belirsizliklerin giderilmesinin ve bu kapsamda bunlara ek olarak yeni vergi sorumlularının belirlenebilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

13. Gelir vergisinde vergi sorumluluğuna ilişkin temel düzenlemelere Kanun’un 94. maddesinde yer verildikten sonra, Maliye Bakanlığına bu çerçevede ve yukarıda belirtildiği üzere sınırlı ve istisnai nitelikte bir yetki verilmesi, verginin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

14. Maliye Bakanlığının, itiraz konusu kuralla verilen yetkiyi düzenleyici işlemlerle kullanacağı kuşkusuzdur. Söz konusu düzenleyici

işlemlerin Resmî Gazetede yayımlanacak olmaları nedeniyle de gelir vergisine tâbi işlemlere taraf veya aracı olanların vergi sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerden önceden haberdar olmaları sağlanacağından, ilgililerin uymakla yükümlü oldukları kuralların öngörülemezliğinden ya da belirsizliğinden söz edilebilmesi de olanaklı değildir.

15. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

16. Kuralın, Anayasa'nın 35. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

IV- HÜKÜM

31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesine, 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen sekizinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 30.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2014/122
Karar Sayısı : 2015/123
Karar Tarihi : 30.12.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY, Muharrem İNCE, Ahmet TOPTAŞ ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "*...Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.*" ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan "*..., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir*" ibaresinin,

b- (b) bendinin,

c- (c) bendinin,

d- (i) bendinde yer alan "*...alan veya...*" ibaresinin,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "*...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla...*" ibaresinin,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1- İkinci fıkranın ikinci cümlesinin,

2- Üçüncü fıkrada yer alan “İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da...” ve “...delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ...” ibarelerinin,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin,

4- Sekizinci fıkranın,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun’un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan “...yetkisiz olarak alan, temin eden, ...” ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan “...ihmal veya...” ve “...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere...” ibarelerinin,

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “..., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz” ibaresinin,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun’un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin,

2- İkinci cümlesinde yer alan “Ancak, ...” ibaresinin,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’a eklenen ek 1. maddenin;

1- Birinci fıkrasının,

2- İkinci fıkrasının,

Anayasa’nın 2., 5., 7., 10., 12., 13., 17., 20., 22., 26., 28., 29., 36., 38., 74., 125., 138., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Dava konusu kuralların yer aldığı 6532 sayılı Kanun'un;

1- 1. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri " başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin millî güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Millî Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Millî Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

*h) (Ek: 17/4/2014 - 6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda **Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.***

i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j) (Ek: 17/4/2014 - 6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014 - 6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Millî İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir."

2- 3. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un "Yetkiler" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar.

c) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir.

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

e) İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir.

f) Yabancıların ülkeye giriş ve çıkış ile vize, ikamet, çalışma izni ve sınır dışı edilmesi gibi konularda, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.

h) Yabancı unsurların ülkenin ve vatandaşların iletişim güvenliğini tehdit eden faaliyetlerinin engellenmesine yönelik çalışmalar yapabilir, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

i) MİT'te görev alan veya alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir.

j) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken ceza ve infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle önceden bilgi vermek suretiyle görüşebilir, görüşmeler yaptırabilir, görevinin gereği terör örgütleri dâhil olmak üzere millî güvenliği tehdit eden bütün yapılarla irtibat kurabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu Kanununun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur.

Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.; Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.(1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. (Mülga son cümle: 17/4/2014-6532/3 md.)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (...) (1) tarafından yapılır. (1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Bu Kanundaki görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir.”

3- 6. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Soruşturma izni ve yargılama " başlıklı 26. maddesi şöyledir:

“MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Cumhuriyet savcılarını, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. **MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz.** Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) **İsimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler,** Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) **MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanır.** MİT Müsteşarı hakkındaki yargılama Yargıtay ilgili dairesince yapılır.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Aynı konuya ilişkin yeni ve somut bir delil ortaya çıkmadan yeniden soruşturma yapılamaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensupları ile istihbarat hizmetlerine yardımları tevsiik edilenler ve bunların eş, çocuk, ana, baba ve kardeşleri MİT Müsteşarının onayıyla 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan koruma tedbirlerinden yararlandırılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliği gereği veya görevin ifası sebebiyle diğer kişilere vermiş oldukları zararlar idare tarafından tazmin edilir. Tazmin, zararın göreve ilişkin bir husustan doğması ve ilgili personelin kasıt veya ağır kusurunun bulunmaması hâlinde rücu işlemine konu edilmez.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) **Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine,**

Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir.”

4- 7. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun’un “Cezai hükümler” başlıklı 27. maddesi şöyledir:

“Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlere üç yıldan beş yıla kadar, ihmâl veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

Söz konusu fillerin MİT mensuplarınca işlenmesi hâlinde verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.”

5- 8. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun’un “Taleplerin karşılanması” başlıklı 28. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunda MİT’e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.

Bu Kanun ile diğer kanunlarda aynı konuyu düzenleyen farklı hükümler bulunması hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır.”

6- 9. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun’un “Tanıklık” başlıklı 29. maddesi şöyledir:

“MİT mensupları ile MİT’te görev yapmış olanlar, MİT’in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak, Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanıklığı MİT Müsteşarının, MİT Müsteşarının tanıklığı ise Başbakanın iznine bağlıdır.”

7- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’a eklenen ek 1. madde şöyledir:

“Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT’in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.

Teşkilat uhdesindeki bilgi ve belgelerin gizlilik derecelerinin ve sürelerinin tespit edilmesine, birim ve kısımlara ayrılmasına, kullanıma veya paylaşıma açılmasına ve bunların akademik çalışmalar ile her türlü yayın ve edebî eserde kullanılmasına Müsteşar tarafından oluşturulacak bir Komisyonca karar verilir.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM,

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılmalarıyla 10.7.2014 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, Raportör Hamit YELKEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin Rapor ve Ek Rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı Hakan FİDAN ile diğer yetkililerin 30.12.2015 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (h) Bendinde Yer Alan "...Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirme görevinin verildiği, ancak düzenlemede Bakanlar Kurulunca verilecek söz konusu görevlerin kapsam ve sınırları gösterilmeyerek hukuki belirsizliğe ve keyfilığe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal 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 keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. 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.

5. Dava konusu kuralda, MİT'in Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getireceği düzenlenmiş ve bu düzenleme yapılırken söz konusu görevin sadece dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda olabileceği belirtilerek verilecek görevin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde belirlenmiştir.

6. Kuralda yer alan "görev" veya bu görevi niteleyerek içeriğini belirleyen "dış güvenlik", "terörle mücadele" ve "millî güvenlik" ibarelerinin soyut ve genel kavramlar olması ise kuralın belirsizlik taşıması anlamına gelmemekte, yasa yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira yasa kurallarının 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.

7. Öte yandan, Anayasa'nın 117. maddesinde, "Millî güvenliğin sağlanmasından ... Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Bakanlar Kurulu sorumludur." hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, millî güvenliği sağlama sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulunun, Anayasa tarafından kendisine verilen bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek üzere millî güvenlik ile millî güvenliği doğrudan ilgilendiren "dış güvenlik" ve "terörle mücadele" konularında MİT'e görev verme yetkisine sahip kılınması doğaldır.

8. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ile birlikte Bakanlar Kuruluna ait olup Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca bu yetki ve görev Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Dolayısıyla düzenlemenin genel ve soyut niteliğinden Bakanlar Kuruluna MİT'e hukuka aykırılık oluşturabilecek nitelikte bir görev verme yetkisinin verildiği sonucunun çıkarılması mümkün değildir.

9. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan "..., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir " İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

10. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibareyi içeren kuralla MİT'e görevlerini yerine getirirken uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme yetkisinin verildiği, ancak Kanun'da "*uygun koordinasyon yöntemleri*" ibaresiyle ne kastedildiğinin belirtilmediği, bu durumun belirsizliğe ve MİT'in keyfi uygulamalarına imkân tanıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

11. Dava konusu ibareyle MİT'e "*uygun koordinasyon yöntemleri uygulayabilme*" yetkisi verilmiş ve bu düzenleme yapılırken Kanun'un 6. maddesinde söz konusu yetkinin ancak MİT'in görevlerinin yerine getirilmesi kapsamında ve yerli, yabancı her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilme şeklinde kullanılabileceği belirtilerek anılan yetkinin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden açık olarak belirlenmiştir.

12. Kuralda yer alan "*uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme*" ibaresinin soyut ve genel bir kavram olmasının ise bir önceki kuralın Anayasa'ya aykırılık sorununun incelendiği bölümde belirtilen gerekçeye dayandığı anlaşılmaktadır.

13. Günümüzde istihbarat servisleri sadece ülkelerin istihbarat ihtiyaçlarının karşılanması görevlerini yerine getirmemekte, arabuluculuk başta olmak üzere çeşitli diplomasi araçları açısından da işlev görebilmektedirler. Bu çerçevede, MİT'e verilen her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle ilişki kurabilme yetkisinin, verilmiş amacına uygun ve etkin olarak kullanılabilmesi için, karmaşık ve çok boyutlu ilişkiler içeren temaslarda, farklı durumlara göre farklı ve uygun yöntemlerin uygulanması gereği ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla görevin niteliğinden kaynaklanan esnekliği sağlamak üzere dava konusu kuralın düzenlenmesinde, hukuki belirlilik ilkesine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

14. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

C-Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

15. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilme ve bunlarla irtibat kurabilme yetkisinin verildiği, ayrıca kuralda anılan kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarının düzenlendiği, bu durumun anılan kuruluşların uhdesinde bulunan ve kişilerin özel hayatına ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin MİT'in eline geçmesi sonucunu doğuracağı, dolayısıyla kuralın özel hayatın gizliliği ve hukuk devleti ilkelerini zedeleyeceği, öte yandan, kuralda yer alan tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş ibaresiyle ne kastedildiğinin açık olmadığı, bu nedenle kuralın belirsizlik taşıdığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

16. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

17. Dava konusu kuralda, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği, bu kapsamda talepte bulunulanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacakları düzenlenmektedir. Buna göre, kural uyarınca bilgi, belge, veri ve kayıt verme yükümlülüğü bulunanlar arasında gerçek kişilerin bulunmadığı açık olup kurulla gerçek kişiler dışındaki kurum ve kuruluşlar yönünden bir yükümlülük getirilmektedir.

18. 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 hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak anılan hakkın sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırmanın *"arama"* tedbirine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden, bu sebepler 20. madde bağlamında dava konusu kural yönünden meşru bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte, özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde bile bu hakkın Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

19. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

20. Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.

21. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konamaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistikî veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

22. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın

sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

23. Dava konusu kuralda, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kurum ve kuruluşların uhdesinde bulunan bilgi, belge, veri ve kayıtların MİT tarafından temin edilebileceği belirtilmektedir. İstenilebilecek bu bilgiler arasında özel hayatın gizliliği kapsamında kalacak bilgiler ve kişisel veriler de bulunabileceğinden, kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlama, 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini, dolayısıyla millî güvenliği, kamu düzenini ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak amacıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

24. Anılan kapsamda sınırlama yapılırken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekleri arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

25. Bu bağlamda, Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında, bilgi, belge, veri ve kayıt isteme yetkisinin, ancak MİT'in Kanun'da belirtilen görevlerini yerine getirirken kullanabileceği belirtilmiş, dolayısıyla bu yetki, MİT'in Kanun ile belirlenen görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bilgilerle sınırlandırılmıştır.

26. Aynı maddenin altıncı fıkrasında da madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, bu Kanun'da belirtilen amaçlar dışında kullanılmayacağı ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece MİT'e verilen yetki kapsamında elde

edilen bilgilerin gizliliğinin korunması teminat altına alınırken bunların sadece istihbarat faaliyetleri çerçevesinde kullanılabilceği belirtilerek anılan bilgilerin kural olarak adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasının önüne geçilmiştir. Bu çerçevede örneğin savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaması hakları kapsamında kalan bilgilerin yargılamada kullanılmaması güvence altına alınmıştır.

27. Bu konudaki bir başka güvence de Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyecektir.

28. Kanun'un 27. maddesinde ise MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

29. Anılan hükümlerle dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını önleyecek ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir.

30. Kanunda, dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi, bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek mekanizmalara da yer verilmiştir. Bu bağlamda 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin sekizinci fıkrasında, *"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (...) tarafından yapılır."* denilerek dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını

başta Başbakan olmak üzere diğer sıralı amirlerin ve Başbakanlık Teftiş Kurulu elemanlarının denetleyebileceği hükme bağlanmıştır.

31. Aynı şekilde, 1.4.1981 tarihli ve 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca Devlet Denetleme Kurulu da MİT'in görev ve faaliyetine ilişkin olarak her türlü inceleme, araştırma ve denetleme yapma görev ve yetkisine sahip olup aynı Kanun'un 6. maddesi uyarınca tespit edilen hukuka aykırılıklarla ilgili gerekli idari ve adli sürecin başlatılması mümkün bulunmaktadır.

32. Bunların dışında, 6532 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddeyle MİT de dâhil olmak üzere güvenlik faaliyetleri ve istihbari nitelikteki faaliyetler konusunda çalışmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) bünyesinde, siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiği TBMM üyelerinden oluşan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun kurulduğu görülmektedir. Güvenlik ve istihbarat faaliyetlerine ilişkin yıllık rapor hazırlayarak bunu Meclis Başkanlığına sunma görev ve yetkisine sahip olan bu Komisyonun, güvenlik ve istihbarat hizmetleri sırasında elde edilen kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu öneriler geliştirme yetkisi de bulunmaktadır. Bu çerçevede dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimini sağlayacak mekanizmanın da kurulduğu görülmektedir.

33. Bu yönleriyle dava konusu kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

34. Öte yandan, Türk hukuk sisteminde, kamu kurum ve kuruluşlarının veya özel kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olma zorunlulukları bulunmamakta olup tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara da yer verilmiş bulunmaktadır. Dava konusu bendin birinci cümlesinde yer alan "*tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş*" ibaresiyle, tüzel kişiliği bulunmayan kamu veya özel nitelikli kuruluşların kastedildiği açık olup bu yönüyle kuralın belirsizliğe neden olan bir yönü de bulunmamaktadır.

35. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

36. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bendin ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Ç- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

37. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e bazı soruşturma ve kovuşturma dosyalarından bilgi ve belge alma yetkisinin verildiği, bu durumun soruşturma ve kovuşturmalardaki bilgilerin ve uygulanacak tedbirlerin açığa çıkmasıyla birlikte soruşturma ve kovuşturmaların amacına ulaşmasına engel olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

38. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

39. Dava konusu kuralda, MİT'e 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alabilme yetkisi tanınmaktadır.

40. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

41. İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu korumakla yükümlü olan hukuk devletinin önemli gereklerinden biri de hiç şüphesiz insan hak ve özgürlükleri yönünden tehdit içeren suçla etkin bir şekilde mücadele etmektir. Ancak bu mücadele yapılırken Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "*adil yargılanma hakkı*" uyarınca şüpheli ve sanık haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi, bu çerçevede suçun soruşturulması ve kovuşturulması süreçlerinin etkin ve adil bir şekilde işletilmesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerekir.

42. Etkin ve adil bir soruşturmanın koşullarından biri, soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke sayesinde, bir taraftan soruşturma işlemlerinin açığa çıkmasının önüne geçilerek delillerin karartılması ve soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi önlenmekte, diğer taraftan da kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesinin önüne geçilmektedir. Bu yönüyle soruşturmanın gizliliği, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir zorunluluk arz etmekte, hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan "*suçsuzluk karinesi*"nin gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

43. Kovuşturma aşaması yönünden ise kural olarak alenilik ilkesi geçerli olup bu süreçle ilgili olarak yargılamanın kamuya açık ve kamunun denetiminde gerçekleşmesi gerekmektedir.

44. Dava konusu kuralla MİT'e bazı suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alma yetkisi verilerek soruşturmanın gizliliği ilkesine bir istisna getirilmekte, ayrıca kovuşturma aşamasıyla ilgili olarak sadece ilgililerine tanınan belge alma yetkisi MİT'e de tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu yetki tanınırken kuralda bir sınırlama öngörülmekte ve tüm suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin değil, sadece devletin güvenliğine, anayasal düzene, bu düzenin işleyişine, millî savunmaya ve devletin sınırlarına karşı işlenen suçlara yönelik bir yetki verilmektedir.

45. 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde MİT'in görevleri sayılmış ve bu görevler arasında ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel

faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun da bulunduğu belirtilmiştir.

46. Kuralda MİT'e verilen yetkinin anılan suçlarla sınırlandırılması, bu suçların doğrudan MİT'in görev alanıyla ilgili olanları kapsamaması ve kuralın objektif metni ile gerekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu yetkinin, MİT'e yukarıda anılan görevleri etkin bir şekilde yerine getirmek üzere verildiğini göstermektedir.

47. MİT'e verilen bu görevlerin niteliği dikkate alındığında ise bunların, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, anayasal düzeni ve toplumun güvenliğini tesis etmekle görevli devletin varlığı, bağımsızlığı ve anayasal düzenin devamı yönünden önemli olduğu, dolayısıyla bu görevlerin etkin bir şekilde yürütülmesinde, önemli bir kamu yararının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

48. Kuralla bu şekilde kamu yararının sağlanması amacıyla MİT'e söz konusu bilgilere erişim yetkisi tanınırken, Kanun'un diğer hükümleriyle bu yetkinin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesini önleyecek tedbirlere yer verildiği görülmekte, böylece kuralın ölçülü olmasının sağlandığı anlaşılmaktadır.

49. Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca soruşturmanın gizliliğini ihlal etmek suçtur ve bu suçun dava konusu kural nedeniyle gizli soruşturma işlemleri hakkında bilgi sahibi olan MİT mensupları yönünden de geçerli olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinde de MİT'in elde ettiği bilgi ve belgelerin gizliliği hükümlerine yer verilmiş ve 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.

50. Dava konusu kural uyarınca temin edilmesi öngörülen bilgiler de bu kapsamda kalmakta olup söz konusu bilgilerin amacı dışında ve

kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmelerine neden olacak şekilde kullanılmasını önleyecek yasal güvence sağlanmıştır.

51. Aynı gerekçelerle kuralın gizli soruşturma işlemlerini açığa çıkarması, dolayısıyla delillerin karartılması ve soruşturmanın amacına ulaşmasını tehlikeye düşürmesi de söz konusu değildir. Ayrıca MİT görevlilerinin de soruşturmada görev alan kolluk görevlileri gibi genel görevli güvenlik kurumu personeli olduklarının dikkate alınması gerekir.

52. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (i) Bendinde Yer Alan "... alan veya ..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

53. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e, hâlen görev yapmakta olan mensuplarına güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek üzere test teknik ve yöntemlerini uygulama yetkisinin verildiği, oysa bu kişilerin, daha önce güvenilirlikleri ve uygunlukları tespit edilerek mesleğe alındıkları, dolayısıyla güvenilirlikleri ve mesleğe uygunlukları tespit edilerek göreve alınan bu kişilerin yeniden böyle bir teste tabi tutulmasına imkân tanınmasının, kişilerin insan onuruna aykırı bir muameleye maruz kalması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

54. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmiş, üçüncü fıkrasında ise "*...kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

55. Buna göre, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının doğal bir sonucu olarak insan onuruna saygı gösterilmesi ve kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye

tabi tutulmaması gerekir. İnsan onuruna saygı gösterilmesi ise insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini tanımasını ifade eder.

56. Dava konusu kuralla MİT'e, bünyesinde görev alan kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinesi uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilme yetkisi tanınmaktadır.

57. Devletin millî güvenliği açısından önemli ve çoğu kez gizli olan bilgilere vâkıf olan istihbarat teşkilatı mensuplarının, bu bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlarla paylaşmalarının, devletin millî güvenliği açısından ciddi tehditler yaratabileceği açıktır. Bu nedenle istihbarat teşkilatlarında, millî güvenlik açısından oldukça önemli ve gizli olan bu bilgilerin yetkisiz kişi ve kuruluşların eline geçmesinin önlenmesi için en üst düzeyde güvenlik önlemlerinin alınması gerekebilmekte ve bu gereklilik istihbarat teşkilatlarının diğer kamu kuruluşlarından farklı güvenlik standartlarını geliştirmelerine neden olabilmektedir.

58. Öte yandan, istihbarat teşkilatlarının elindeki bilgilerin öneminin ve mahiyetinin onları yabancı istihbarat teşkilatlarının hedefi haline getirmesi, bu farklı güvenlik standardının belirlenmesi zaruretini arttıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

59. Dava konusu kuralla anılan farklı güvenlik standardının zorunlu bir gereği olarak MİT'e söz konusu yetkinin verildiği anlaşılmaktadır.

60. Kuralda anılan test ve tekniklerin, MİT'te görev alan bazı kişilere değil, herhangi bir ayırım yapmaksızın herkese uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu da kuralla özel olarak bazı kişilerin hedef alınmadığını, düzenlemenin MİT tarafından yürütülen görevin doğasından kaynaklanan bir zorunluluğa dayandığını göstermektedir.

61. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E-Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkrafta Yer Alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer

kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

62. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibarenin de yer aldığı kuralla MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin denetlenmesi yetkisinin verildiği, verilen bu yetkinin sınırsız ve belirsiz olduğu, kuralla MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmama yetkisinin verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, ayrıca kuralla bu şekilde herhangi bir sınır olmaksızın kişilerin iletişiminin denetlenmesine izin verilmesinin özel hayatın korunması hakkını ve haberleşme hürriyetini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

64. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesindeki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği (iletişimin denetlenebileceği) düzenlenmektedir.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik ilkesi*"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin

hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir.

66. Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

67. Dava konusu ibarenin de yer aldığı fıkrayla MİT'e görev ve yetkisi kapsamında kalan önleyici istihbarat elde etme ve analiz yapabilme amacıyla iletişimi denetleme yetkisi verilmekte olup bu yetki verilirken yetkinin hangi amaçla, hangi hallerde, ne şekilde, hangi mercilerin ne tür izniyle ve kimleri kapsayacak şekilde kullanılacağına ilişkin kurallar hem kişiler hem de idare yönünden açık şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar kanunla belirlenmiştir.

68. Fıkroda, MİT'in bu yetkiyi, *"Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın"* kullanabileceğinin belirtilmiş olması ise kuşkusuz MİT'in bu yetkiyi dilediği şekilde ve herhangi bir kurala bağlı olmaksızın kullanabileceği anlamında değil, iletişimin denetlenmesiyle ilgili mevzuatta bulunan diğer hükümlere bağlı olmaksızın ve fakat fıkroda yer alan kurallara bağlı kalarak kullanabileceğini belirtmek içindir.

69. Aynı hukuki kurumla ilgili farklı düzenlemeler yapılırken esas alınacak kuralların birbirine karıştırılmaması veya bir diğerine uygulanmaması için zaman zaman uygulanan bu yöntemin, kanun yapma tekniğinin zorunlu bir sonucu olduğu açık olup bununla MİT'e, kanunların üstünde genel ve sınırları belirsiz bir yetkinin verildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

70. Öte yandan, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* ve 22.

maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.” denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin ikinci fıkralarında ise bu hakların çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlandırılabilmesi belirtilerek, bu hakların mutlak olmadığı ve maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Maddelerde bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması sebepleri de sayılmış böylece bunlara dayalı olarak anılan hakların sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırma nedenlerinin “arama” tedbirine özgü olarak uygulanabileceği kabul edilse bile 18. paragrafta belirtilen gerekçelerle bu hakkın da millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

71. Ayrıca haberleşme hürriyetinin özel olarak düzenlendiği 22. maddenin ikinci fıkrasında, söz konusu sınırlama sebeplerine bağlı kalınarak yapılacak sınırlamanın ancak usulüne uygun olarak verilecek hâkim kararıyla mümkün olabileceği belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında “İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala bazı kurumlar yönünden kanunla sınırlamalar getirilebileceği açıkça belirtilmiştir.

72. Ancak özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının sınırlandırılabilmesi için maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

73. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel

olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

74. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımamasını da içeren bir ilkedir.

75. Dava konusu ibareyi de içeren kuralla, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla bazı koşullarda kişilerin iletişiminin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilerek özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirilmektedir.

76. Ancak bu sınırlama getirilirken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal önlemlere yer verildiği, böylece hem özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu hakların korunması ile millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

77. Bu bağlamda, kuralla 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini teminen ve sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek, dolayısıyla millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirildiği ve bu sınırlamanın, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

78. Zira demokratik ülkelerde örnekleri görüldüğü üzere bazı istisnai durumlarda, özellikle de millî güvenliği tehdit eden terör ve casusluk faaliyetlerine karşı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin

denetlenmesine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu çerçevede, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek için ve bu amaçların gerçekleştirilmesiyle sınırlı olmak üzere yurtdışında veya yabancılar tarafından yurt içinde gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin veya millî güvenlik açısından son derece önemli ve gizli bilgilere vâkıf olan MİT mensuplarının gerçekleştirdiği iletişimin denetlenmesi önlemine başvurulması gerekebilir.

79. Bu yönüyle, kanun koyucunun, herkesi kapsamayacak şekilde ve sadece kuralda belirtilen sınırlı alanla ilgili olarak MİT'i, Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen istisnaları uygulayabilecek kamu kuruluşu niteliğinde sayması mümkün görülmektedir.

80. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere Kanun'un 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgilerin gizliliği prensibi benimsenmiş ve bunların herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya medya ya da kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi uyarınca da kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek suç olarak düzenlenmiş olup bu hüküm de haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin korunmasında önemli bir güvence sağlamaktadır. Öte yandan, anılan yetki sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla verildiğinden bu yetkinin kullanılması sonucu elde edilen bilgilerin anılan amaç dışında kullanılması, örneğin adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılması mümkün değildir.

81. Mevzuatta dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek güvencelere de yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda anılan yetkinin veya bu yetki nedeniyle elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanılması, bir başka ifadeyle millî güvenlik

istihbaratını oluşturmak üzere önleyici istihbarat elde edilmesi veya analiz yapılması amaçları dışında kullanılması hâlinde kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkündür.

82. Bunların dışında, 2937 sayılı Kanun'un ek 2. maddesiyle TBMM bünyesinde kurulan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun dava konusu kural kapsamındaki uygulamanın kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimi yapma yetkisine sahip olduğunun da belirtilmesi gerekir.

83. Bu çerçevede anılan hükümlerle söz konusu bilgilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı söylenebilir.

84. Bu yönleriyle dava konusu ibareyle özel hayat ve haberleşme hürriyetinin gizliliği haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

85. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

86. Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

87. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve M. Emin KUZ fıkıradaki yer alan "...yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim..." ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

F-Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında olduğunu belirttiği veya belgelendirdiği eylemlerle ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının soruşturma yapma ve kamu davası açma yetkisinin kaldırıldığı, bu durumun hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, kuralla MİT'e diğer hiçbir kişi ve kurumda bulunmayan bir ayrıcalık tanındığı, bunun kanun önünde eşitlik ilkesini zedelediği, ayrıca kuralla

MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında kalan eylemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmasının, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması gerektiği yönündeki anayasal kuralı ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

89. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhuriyet savcılarının, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde konuyu MİT Müsteşarlığına bildirecekleri belirtilmekte, dava konusu ikinci cümlesinde ise MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmayacağı ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

90. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş, 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" denilerek, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

91. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, unvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak bazı kişiler yönünden genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrı özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirlenebilmektedir. Bu tür kuralların getiriliş amacı ise bazı kişiler yönünden ayrıcalıklı/imtiyazlı bir sınıf oluşturmak değil genel olarak daha adil bir yargılama yapılmasını sağlamaktır.

92. Türk hukuk sistemi açısından konuya bakıldığında da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerine yer verdiği görülmektedir. Ancak anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç

hukuktan kaynaklanan bazı nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç isnadı yapılan herkes hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı kişiler bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak, hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir.

93. Esasen Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasında da *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."* denilmek suretiyle, kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuş bulunmaktadır.

94. Dava konusu kuralda da millî güvenlik yönünden son derece önemli görevler yürüten MİT mensuplarının, yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındıkları anlaşılmaktadır.

95. Bu çerçevede, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında, MİT mensuplarının görev suçları yönünden özel soruşturma usulü belirlenerek bu kişilerin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan izin alınması gerektiğinin düzenlendiği, dava konusu kuralın yer aldığı ikinci fıkrasında ise bu usulün nasıl uygulanacağına açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir.

96. Buna göre, Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylem

yönünden Başbakanın izin alınarak soruşturma yapılabilir ve Başbakan tarafından izin verilmemesi halinde bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulabilecektir.

97. Dava konusu kural, görev suçlarıyla ilgili olup MİT mensuplarının görevi dışındaki şahsi suçlarını düzenlememektedir. Ancak MİT mensuplarının görev suçlarıyla şahsi suçları arasında ayırım yapmanın, diğer kamu görevlilerine nazaran zor olduğunun da dikkate alınması gerekmektedir. Zira MİT'in görevlerinin niteliği nedeniyle birçok faaliyeti gizli olup bunların MİT'in yetkilileri dışındaki kişilerce bilinmesi söz konusu olmamaktadır. Kuralın lafzından ve madde gerekçesinden kuralla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bu özellik nedeniyle kuralda belirtilen özel soruşturma usulünün belirlendiği, böylece millî güvenlik açısından gizli kalması gereken MİT görev ve faaliyetlerinin açığa çıkarılmasının veya engellenmesinin önlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

98. Bu usulün benimsenmesi nedeniyle MİT'in, mensuplarının şahsi suçlarını da görev suçu kapsamında kaldığını belirterek Kanun'un başka bir hukuki müessese için öngördüğü usulün öngörmediği bir alanda kullanılabilmesine neden olabileceği, bunun da keyfilige yol açacağı düşünülebilir. Ancak Kanun'da bu sakıncanın ortaya çıkmasını engelleyecek yasal güvencelere yer verildiği, dolayısıyla bir taraftan MİT'in gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerinin açığa çıkması önlenirken diğer taraftan bunun keyfilige neden olmasının önüne geçecek tedbirlerin alındığı görülmektedir.

99. Bu bağlamda, öncelikle demokratik bir hukuk devletinde bir kamu kuruluşunun, mensuplarının şahsi suçlarını görev suçu olarak göstermesinin beklenemeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak MİT, bir mensubunun şahsi suçunu görev suçu olarak gösterse dâhi Cumhuriyet savcısının söz konusu kişiyle ilgili soruşturma yapma imkânı ortadan kalkmamakta, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca görev suçu olduğu bildirilen eylemle ilgili olarak Başbakanın soruşturma izni istemesi ve Başbakanın da eylemi görev kapsamında kabul edip izin vermemesi hâlinde idari yargı yoluna başvurusu mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla Başbakanın

bu denetiminin ve akabindeki yargı denetiminin aslında kişisel suç kapsamında olan eylemlerin görev suçu kapsamında gösterilmesini önleyebilecek nitelikteki güvenceleri sağladığı açıktır.

100. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, millî güvenliğe ilişkin gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerin açığa çıkmasını ve görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden görevin niteliğinden kaynaklanan farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yönü bulunmamaktadır (Aynı yönde değerlendirmeler içeren kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2012/19, K. 2013/17; 4.7.2013 tarihli ve E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararları).

101. Öte yandan, düzenlemeyle MİT'in görevi kapsamındaki işlem ve faaliyetlerin yargı denetimi dışına çıkarılması da söz konusu değildir. Zira maddede atıfta bulunulan kişilerin görev suçları yönünden soruşturma yapılmasının izne bağlanması, söz konusu kişilerin işledikleri suçların yargı denetimi dışına çıkarılması sonucunu doğurmamaktadır. Bu kişilere ilişkin soruşturma izni verilmemesi kararı da bir idari işlem olup her idari işlem gibi bu işlem de Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kişiler hakkında soruşturma izninin verilmemesi hâllerinde idari yargı yoluna başvurmak suretiyle bu kararın kaldırılması ve bu kişiler hakkında yargılama yapılması mümkün bulunmaktadır.

102. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

103. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkırada Yer Alan "İsimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da..." ve "...delilleri ve dayanakları gösterilmeyen..." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekeçesi

104. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağına öngörüldüğü, bu durumun suç ve suçlunun kovuşturulması imkânını ortadan kaldırdığı, hak arama özgürlüğünü ve dilekçe hakkını ihlal ettiği, ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca 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 hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip kamu davasını açması gerektiği, dava konusu kuralla buna sınırlamalar getirilmesinin kanun önünde eşitlik ilkesini de zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. Dava konusu ibarelerin yer aldığı kuralda, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağı belirtilmekte, böylece anılan faaliyetlere ve görevlilere ilişkin ihbar ve şikâyete bağlı olarak soruşturma açılmasının şartları düzenlenmektedir.

106. İhbar ve şikâyet, suçları soruşturmakla görevli mercilerin herhangi bir suçun işlendiğini öğrenme yollarındandır. Ayrıca görevli mercilerin, basın yayın yoluyla, suçun işlendiğini öğrenen başka mercilerin bildirmesiyle veya doğrudan doğruya suç işlendiğini öğrenme

yolları da vardır. İhbar, bir kimsenin suç işlendiğini yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara bildirmesidir. Şikâyet ise suçtan zarar gören kimsenin yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara başvurarak soruşturma açılmasını istemesidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza ve disiplin soruşturmalarına ilişkin diğer özel kanunlarda ve kimi düzenleyici işlemlerde, ihbar ve şikâyetlerin şekil şartları, ihbar ve şikâyetlerin değerlendirilmesi yöntemleri ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

107. Hukuk devletinde ceza soruşturmasına ilişkin kurallar, ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri, sosyal ve hukuki ihtiyaçlar göz önüne alınarak saptanacak suç ve ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, takip ettiği suç ve ceza politikasının bir gereği olarak suç işlediği ileri sürülen kamu görevlilerinin cezasız kalmamaları ile bunların haksız yere soruşturulmamaları gereklerini gözeterek, bunlar arasında âdil bir denge kurabilir.

108. İhbar ve şikâyette bulunma, Anayasa'nın 36. ve 74. maddelerinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ve dilekçe hakkının gerçekleştirilmesinin önemli araçları olmakla birlikte bunların kötüye kullanılarak kamu hizmetinin işleyişinin kısıtlanmasına veya engellenmesine yahut hakkında suç isnadında bulunulan kamu görevlisinin kişisel haklarının zedelenmesine neden olacak şekilde kullanılmasının hukuk düzenince himaye edilmesi düşünülemez. Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerde anılan haklarla kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi arasındaki âdil dengenin kurulması gerekmektedir.

109. Dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin isimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağı öngörülmekle asılsız iddialarla kamu hizmetlerinin aksatılmasının önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, kuralla asılsız ihbar ve şikâyetler nedeniyle soruşturulan veya yargılanan kamu görevlisinin şerefine, mesleki saygınlığının ve kişisel haklarının

zarara uğraması durumunda kimin sorumlu olacağını bilmesi temin edilerek kötü niyetli ihbar ve şikâyetlerin önlenmesi amaçlanmaktadır.

110. Kuralla bu şekilde tüm ihbar ve şikâyetler yönünden değil, sadece asılsız veya kötü niyetli olabilecek ihbar ve şikâyetler yönünden bir sınırlama getirilmiş olması, bir yandan kişilerin hak arama özgürlüğü ve dilekçe haklarını kullanmalarına imkân tanırken öteki yandan kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi şeklindeki kamu yararının korunmasını sağlamaktadır. Böylece kuralla anılan haklar ve kamu yararı arasındaki âdil dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

111. Kaldı ki kuralla Cumhuriyet savcısının hangi olay ve olguları ciddi bularak soruşturmaya başlayacağı yönündeki takdir yetkisi sınırlandırılmamakta, sadece isimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetleri işleme koyma zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Zira Cumhuriyet savcısının soruşturmayı başlatmasının tek yolu aldığı ihbar ve şikâyetler olmayıp kendisi de herhangi bir şekilde öğrendiği bir olayla ilgili olarak resen soruşturma başlatma yetkisine sahip bulunmaktadır. Dava konusu kural sadece ihbar ve şikâyetlere ilişkin olup Cumhuriyet savcısının resen başlatacağı soruşturmalara ilişkin bir hüküm içermemektedir.

112. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve suç ve ceza siyasetini belirleme yetki ve görevi uyarınca, kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulları belirlemek anayasal sınırlar içinde yasama organının takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Dolayısıyla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin ihbar ve şikâyetlerin işleme konulması yönünden dava konusu kuralla anılan koşulların düzenlenmesinde, hukuk devleti ilkesine, hak arama özgürlüğüne ve dilekçe hakkının gereklerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

113. Ayrıca mevzuatta kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulların neler olacağı hususu sadece MİT mensupları yönünden

düzenlenmemiş, diğer tüm kamu görevlileri yönünden 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde ve bazı özel kanunlarda benzer şekilde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 4483 sayılı Kanun kapsamında tüm memur ve kamu görevlileriyle ilgili olarak bir soruşturma başlatılabilmesi için yapılan ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Bu yönüyle dava konusu kuralla MİT mensupları yönünden bir ayrıcalığın yapılması veya kanun önünde bir eşitsizliğin yaratılması söz konusu değildir.

114. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ğ- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi

a- Cümlenin 353 Sayılı Kanun'un 15/A Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Son Cümlesi ile Yedinci Fıkrasının Son Cümlesine Atıfta Bulunan Bölümü

115. Dava konusu kuralda, 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak buradaki usul ve hükümlerin MİT Müsteşarı hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

116. Dava konusu kuralla atıfta bulunulan 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu hükümlerin iptaliyle dava konusu kuralın bu hükümlere atıfta bulunan bölümlerinin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır.

117. Açıklanan nedenle dava konusu cümlenin, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son

cümlesine atıfta bulunan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

b- Cümlelerin Kalan Bölümü

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

118.2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

119.2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmeleri Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

120.Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarının soruşturulabilmesi, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma usulüne bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacak, ancak atıfta bulunulan hükümlerden 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edildiğinden uygulanma imkânı bulmayacaktır.

121.Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakan anılan kararı vermeden önce araştırma veya ön inceleme yapabilecek ve bu araştırma ve ön incelemeyi bizzat yapabileceği gibi görevlendireceği denetim elemanları eliyle de yaptırabilecektir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 4483 sayılı Kanun'da ön inceleme ile

görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahip olacaklardır. Başbakanın vereceği izin verme veya vermeme kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebileceklerdir.

122. Cumhurbaşkanının soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazı kabul etmesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanlığı tarafından reddedilmesi hâllerinde MİT Müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

123. Soruşturma Kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecektir.

2- İptal Talebinin Gerekçesi

124. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerin uygulanacağı düzenlendiği, anılan hükümlerde belirtilen usul ve hükümlerin Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca sadece Yüce Divan yargılamasına tabi Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanları için geçerli olabileceği, dava konusu kuralla MİT Müsteşarı yönünden de bu usul ve esasların geçerli kılınmasının Anayasa'nın 148. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

125. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

126. Dava konusu kuralda MİT Müsteşarının görev suçlarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

127. 91., 92. ve 93. paragraflarda açıklandığı üzere, anayasa koyucu ve kanun koyucu, bazı kişiler yönünden uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak genel soruşturma ve kovuşturma usulü kurallarına istisnalar getirebilmekte ve bunlar yönünden özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirleyebilmektedir. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

128. Dava konusu kuralda da anılan çerçevede millî güvenlik yönünden son derece önemli ve kritik görevler yürüten MİT Müsteşarının yürüttüğü görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındığı anlaşılmaktadır.

129. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT Müsteşarı yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

130. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

131. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrasında "*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, anılan kişilerin görev suçlarına ilişkin olarak yargılama görev ve yetkisi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesine ait olup kanunlarla bu hükme aykırı bir düzenleme getirilmesi mümkün değildir.

132. 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin birinci fıkrasında bu anayasal düzenlemeye paralel olarak anılan kişilerin görev suçlarıyla ilgili

yargılamanın Yüce Divanda yapılacağı belirtilmiş, kalan fıkralarında ise anılan kişilerle ilgili olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmiştir.

133.Dava konusu kuralda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak anılan kişiler yönünden belirlenen özel soruşturma usul ve hükümlerinin MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da uygulanacağı belirtilmekte, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanacağını düzenleyen birinci fıkrasına herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır.

134.Dava konusu kuralda, MİT Müsteşarının yargılamaının Yüce Divanda yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden kuralın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır.

135.Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN Anayasa'nın 2. maddesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Sekizinci Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

136.Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan yabancıların, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 18. maddesinde belirtilen kurallara ve usule aykırı olarak Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilmesine veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan maddedeki güvenceleri etkisiz hâle getirerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine yol açtığı, bu yönüyle kuralın hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, iade işleminin kuralda yer alan millî güvenlik veya ülke menfaatleri gibi muğlâk ifadelerle bağlanmasının belirsizliğe neden olduğu, ayrıca kuralın anılan güvencelere aykırı olarak

yabancıların iadesine imkân tanıyarak suç işleyen yabancılara cezadan kurtulma veya daha az ceza alma olanağı sağladığı, bu durumun da mağdurların haklarının korunmasını önleyerek cezaların şahsiliği ilkesini zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

137.6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

138. Dava konusu kuralda, Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanların millî güvenliğinin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği düzenlenmektedir.

139. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmanın yanında bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yoludur. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin ve çağdaş demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biridir.

140. Suçluların iadesi usulü ve koşulları TCK'nın 18. maddesinde düzenlenmiş olup kural olarak yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan yabancının anılan usul ve koşullara uyulmaksızın talep eden ülkeye iade edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

141. Dava konusu kuralla TCK'nın 18. maddesinde düzenlenen suçluların iadesi usulünden, ilkeleri itibariyle oldukça ayrılan farklı bir

usule yer verilmektedir. Zira TCK'nın 18. maddesinde ve uluslararası hukukta kabul edilen suçluların iadesinde, kural olarak suçun yurt dışında işlenen bir suç olması, suçun işlendiği yer devletin bunu kovuşturmak veya hüküm vermişse cezayı infaz etmek üzere faili istemesi gerekmektedir. Ayrıca iadesi talep edilen failin, Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olmasına gerek bulunmamaktadır.

142. Dava konusu kural uyarınca benimsenen iade usulünde, bir yabancıнын yurt dışında suç işlemesi gerekmemekte, yurt içinde suç işlemiş olsa bile iade edilmesine imkân tanınmaktadır. Ayrıca kişinin sadece yargılanması veya cezasının infaz edilmesi amaçlarıyla iadesi şartı aranmamakta, kişinin yargılanma veya cezasının infazı dışındaki amaçlarla da iadesi mümkün bulunmaktadır. Ancak bunun için kişinin Türk vatandaşı olmaması ve Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olması, millî güvenlik veya ülke menfaatleri yönünden gereklilik bulunması şartları birlikte aranmakta ve bu usulde iadeye, kişinin bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değil Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile karar verilmektedir.

143. Dolayısıyla dava konusu kuralın hem teknik anlamda iadeye, yani yurt dışında suç işleyen yabancıların yargılanması veya cezalarının infaz edilebilmesi için iadeye, hem de işlediği suç nedeniyle yargılanması ve cezasının infaz edilmesi amacı olmaksızın iadeye imkân tanıdığı görülmektedir.

144. Kuralda, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunan kişilerin iade edilemeyeceği yönünde güvenceye yer verilmediği görülmektedir. Bu durumun kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceği açıktır. Ayrıca aynı hak ihlallerinin takas yoluyla yapılacak iadelerde de gerçekleşmesi mümkündür.

145. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca bu karara ilişkin idari işlem de diğer tüm idari işlemler gibi yargı denetimine tabi olduğundan bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır. Ancak kuralla öngörülen, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ve takası (yurt dışına teslimi) olduğundan bu konuda sadece yargı yollarının öngörülmüş olması yeterli olmamakta, ilgili kişilerin bu yolu etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak güvencelerin de sağlanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu kişilerin sınır dışı edilmesinden sonra yargı denetimi yapılmasının hiçbir anlamı olmayacaktır.

146. Nitekim Anayasa Mahkemesi, sınır dışı ve suçluların iadesi işlemlerine ilişkin yapılan tedbir talepli bireysel başvurularda, anılan etkili yargısal güvenceyi sağlamak amacıyla söz konusu işlemlerin yürürlüğünü derhâl durdurmaktadır (*Akhmad Khalimov* [TAK], B. No: 2016/1129, 20.1.2016). Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sınır dışı işlemlerinde bu prensibi uygulamakta ve anılan işleme karşı yapılan başvuru sonuçlanmadan kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde etkili bir başvuru yolunun öngörülmemesi nedeniyle ihlal kararları verebilmektedir (bkz. *A.D ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22681/09, 22.7.2014, §§ 95-104; *Gebremedhin/Fransa*, B. No: 25389/05, 26.4.2007, § 66).

147. Mevzuatta da anılan nitelikte kurallar yer almakta olup 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde, sınır dışı etme yönünden etkili bir başvuru yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, sınır dışı etme kararının gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilmesi, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisine, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirme yapılması ve yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

148. 2937 sayılı Kanun'da, tutuklu ve hükümlülerin iade ve takas işlemlerine karşı yargı yollarını kullanabilme yönünden etkili bir başvuru

yolu oluşturulmaksızın dava konusu kuralla söz konusu istisnai usulün benimsendiği görülmektedir.

149. Dava konusu kuralla anılan nitelikte güvenceler ve konuya ilişkin benzeri teminatlar öngörülmeden koşulları ve sınırları belirsiz bir yetkinin düzenlenmesi, kişilerin hukuki güvenliklerini ve hak arama hürriyetlerini ihlal etmektedir.

150. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

151. Kuralın, Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...yetkisiz olarak alan, temin eden,..." İbaresinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

152. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurallarla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak ve temin etmek ile 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında kalan bilgilerin yayımlanması, yayılması veya açıklanması fillerin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, bu durumun kişilerin haberleşme, ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme haklarını zedelediği, ayrıca 27. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç yönünden üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmesinin anılan hakların ölçüsüzce sınırlandırılmasına neden olduğu, öte yandan, aynı kuralla MİT mensuplarının ailelerinin kimliklerini ifşa etmenin suç olarak düzenlenmesinin, anılan kişilerin ailelerine yönelik olarak imtiyaz tanınması sonucunu doğurarak kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 10., 22., 26., 28., 29. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

153. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

154. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareyi de içeren birinci fıkrasında, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok edenlerin dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmekte olup dava konusu kuralı "*...yetkisiz olarak alan, temin eden...*" ibareleri oluşturmaktadır.

155. Aynı maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında ise MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerle MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerine ilişkin bilgi ve belgelerin radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenmekte ve bu suça ilişkin olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenlerin ve bunları yayanların üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir.

156. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar...*" ve "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, "*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.*" denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetler arasında yer alan "*ifade hürriyeti*" ve "*basın hürriyeti*" güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin sırasıyla ikinci ve dördüncü fıkralarında ise bu hürriyetlerin 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, 28. maddenin beşinci fıkrasında ise devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı yazarların veya bastıranların veya aynı amaçla basanların, başkasına verenlerin, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği belirtilerek bu hürriyetlerin mutlak olmadığı ve anılan nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir.

157. Benzer şekilde, Anayasa'nın "*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*" kenar başlıklı 74. maddesinin dördüncü fıkrasında bilgi edinme hakkı güvence altına alınmış, aynı maddenin son fıkrasında ise "*Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi ... kanunla düzenlenir.*" denilmek suretiyle bu hakka ilişkin kuralın norm alanını belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın da kanunda belirlenecek nedenlere dayalı olarak sınırlandırılması mümkün bulunmaktadır.

158. Ancak anılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için yukarıda belirtilen nedenlerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, ifade ve basın hürriyeti ile bilgi edinme hakkı yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

159. Dava konusu kurullarla MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği veya hazırladığı ve doğası itibariyle gizli olan, bu nedenle de sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgelerin elde edilmesi veya temin edilmesi ile bunların ve MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerinin her türlü medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenerek

ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme hakkına bir sınırlama getirilmektedir. Fakat bu sınırlama, millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek ve karşı istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmek amacıyla elde edilen, bu yönüyle millî güvenliğin korunmasına ilişkin devlet sırlarını ve kişilerin özel hayatına ilişkin hususları da içeren bilgi ve belgelerin gizliliği ile görevlerini yerine getirebilmelerinin zorunlu gereği olarak kimliklerini gizleyerek çalışan MİT mensuplarının görev, şahıs ve aile güvenliklerinin sağlanmasına yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla anılan sınırlama millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin tesis edilmesi ve korunması amaçlarıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

160. Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında anılan hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken kurallarda bunun sadece MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği ve doğası itibariyle gizli olan ve bu nedenle sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgeler ile MİT mensuplarının veya ailelerinin kimlikleriyle sınırlandırılmış olması, hem anılan hakların kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olarak hakların özünün zedelenmesini önlemekte, hem de sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını temin ederek anılan haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin ve kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması arasındaki makul dengenin kurulmasını sağlamaktadır.

161. Öte yandan, hukuk devletinde ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, 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 yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kurallarla söz konusu eylemlerin suç olarak düzenlenip bunun için kurallarda belirtilen

nitelik ve ölçüde cezalar belirlenmesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

162. Ayrıca maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında, anılan suç işleyenlerin üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmekte olup TCK'nın 61. maddesi uyarınca hâkim somut olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezasının alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemekle yükümlü bulunmaktadır. Dolayısıyla yukarıdaki kriterler esas alınmaksızın keyfi olarak suç faillerinden kimine alt sınırdan kimine üst sınırdan ceza uygulanması mümkün değildir. Dava konusu kuralla farklı suç faillerine farklı cezalar verilebilmesine imkân tanınmasının nedeni, cezanın suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gibi somut olaya göre değişebilecek durumlara uygunluğunun sağlanması, böylece ceza adaletinin tesis edilmesidir.

163. Kanun'da bu şekilde güvencelere yer verilerek dava konusu kuraldaki cezanın ancak anılan objektif kriterler esas alınarak belirlenebilmesine izin verilmesi, kurala konu sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde uygulanmasına imkân tanımakta, böylece kuralın ceza yaptırımını yönüyle de ölçülülüğünü sağlamaktadır.

164. Bu yönleriyle dava konusu kurallarla anılan haklara getirilen sınırlamanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

165. Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, 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.

166. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen dava konusu kuralla MİT mensuplarının ve ailelerinin kimliklerinin ifşa edilmesinin suç olarak öngörülme nedeninin, bu kişilere ve ailelerine kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık tanımak değil, yürüttükleri görevler nedeniyle kimliklerinin ifşa olmasının, MİT mensuplarının görevlerini yerine getirme imkânını ortadan kaldırması ve kendileri ile birlikte ailelerinin güvenliklerini tehdit altına sokmasıdır. Dolayısıyla dava konusu kuralla anılan kişilerin özel durumundan kaynaklanan nedenlere dayalı olarak farklı bir kuralın düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

167. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 13., 26., 28. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

168. Kuralların, Anayasa'nın 5., 22. ve 29. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İ- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 1937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan "...ihmal veya..." ve "...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere..." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

169. Dava dilekçesinde özetle 1937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin yerine getirilmesini ihmal suretiyle önleyenlerin ve aynı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören dava konusu kuralın, adil ve ölçülü olmadığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

170. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren dördüncü fıkrasında, 2937 sayılı Kanun ile belirlenen görev ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesine yönelik eylemler suç olarak düzenlenmekte ve bunlar cezai müeyyideye bağlanmaktadır. Buna göre, 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlerin, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir.

171. 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 hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu, söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle eylemin suç olarak düzenlenmesinde ve cezalandırılmasında güdülen amaç ile bunun için seçilen araç arasında makul ve adil bir oranın bulunması, bir başka ifadeyle cezalandırma yetkisi kullanılırken de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekmektedir.

172. Dava konusu ibarelere ilişkin kuralla 2937 sayılı Kanun kapsamında kalan görev ve yetkiler ile yükümlülüklerin yerine getirilmesinin engellenmesine yönelik fillerin suç olarak nitelendirilip cezalandırılmasında güdülen amacın, millî güvenliği ve kamu düzenini korumak olduğu açıktır. Nitekim Kanun'un 4., 5. ve 6. maddelerinde

düzenlenen bu görev ve yetkiler incelendiğinde bunların bir bütün olarak ülkenin millî güvenlik siyasetinin, dolayısıyla kamu güvenliği ve düzeninin sağlanmasında ve yürütülmesinde son derece önemli görev ve yetkiler olduğu anlaşılmaktadır.

173. Anılan nitelikteki görev, yetki ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi, kamu görevi kapsamı dışında kalan kişilerin eylemleriyle önlenebileceği gibi bunlarla ilişkili görevlerin veya yükümlülüklerin ihmal edilmesi veya icrai hareketlerle yerine getirilmemesi eylemleriyle de engellenebilir. Bu yönüyle kanun koyucunun anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak şekilde dava konusu kuralda belirtilen eylemleri suç olarak düzenleyip bunlar yönünden izlediği caza siyasetine bağlı olarak takdir yetkisi kapsamında kuralda belirtilen ölçü ve nitelikte cezalar belirlemesinde, hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

174. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

175. Kuralın, Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 8. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un Başlığıyla Birlikte Değiştirilen 28. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "..., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz ..." İbaresini ile 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

176. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurullarla MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan herhangi bir talebi yerine getirenlerin, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin hukuki ve cezai sorumluluklarının doğmamasının öngörüldüğü, bunun, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava

açılmaması nedeniyle haksız olanın, ceza yargılaması açısından ise ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmasını engelleyeceği ve anılan kişilere hukukumuzda başka hiçbir gerçek veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık ve dokunulmazlık sağlayacağı, ayrıca söz konusu kişilerin hukuka aykırı işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulması imkânını da ortadan kaldıracacağı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

177. 2937 sayılı Kanun'un "*Taleplerin karşılanması*" başlıklı 28. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren birinci fıkrasında "*Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.*" denilmiş, ek 1. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasında ise "*6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

178. Buna göre, 2937 sayılı Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilecek ve bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Aynı şekilde, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların ve istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmaları bir başka ifadeyle hukuki ve ceza sorumluluklarının doğması söz konusu olamayacaktır.

179. Kurallarla anılan kişilerin MİT'in istemi doğrultusunda yerine getirdiği her türlü talep, faaliyet, görev ve yardımlar, bu çerçevede olası kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler yönünden sorumlu olmayacaklarının öngörüldüğünün kabul edilmesi hâlinde kuralların başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve kurala aykırılık teşkil edeceği açıktır.

180. Ancak kuralların lafzı ve yer aldığı Kanun'un diğer hükümleriyle birlikte taşıdığı anlam ve kapsam dikkate alındığında, kurallardan böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

181. Zira Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın MİT'in tüm taleplerinin yerine getirileceği öngörülmemekte, sadece *"Bu Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde"* yapılan taleplerin yerine getirileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, 6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin tüm fiillerinin değil, bu fiillerden sadece MİT'in görevleri kapsamında kalanlarının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağışıklık tanınması da mümkün değildir. Kanun'da, MİT'e hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre, dava konusu kurallar uyarınca MİT'in haksız fiil teşkil eden yasa dışı taleplerini veya suç teşkil eden taleplerini yerine getirenlerin ve MİT'e görev ve faaliyetlerinde yardımcı olanların haksız fiil teşkil eden eylemlerinden veya suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olacaklarının ve kuralların buna engel olan bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir.

182. Aksi takdirde Anayasa ve kanunların hiç kimseye, bu çerçevede Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM üyeleri ve konu bağlamında MİT'in görev ve yetkilerini doğrudan yerine getiren görevlilerine bile vermediği bir bağışıklığı, MİT'in görevlendirdiği veya talepte bulunduğu kişilere tanıdığını kabul etmek gerekir ki bunun, başta kuralların yer aldığı Kanun'un genel mantığı olmak üzere hukuk anlayışı ve sistematığıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

183. Dava konusu kuralların düzenlenme ihtiyacının, MİT'in görev ve yetkilerinin özelliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. MİT'e verilen yetki ve görevler, kural olarak yasaklanmış olan ancak Kanun'un verdiği

açık yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelen fiilleri içerebilmektedir. MİT görevlilerinin Kanun'da kendilerine verilen yetkiye istinaden birtakım faaliyetler yürütmesi, bu çerçevede örneğin 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bazı suçlara mahsus olmak üzere kural olarak gizli olan soruşturma dosyalarından bilgi ve belge istemeleri mümkün bulunmakta ve MİT görevlilerinin bu yetkilerini kullanma noktasında herhangi bir tereddütleri bulunmamaktadır. Ancak aynı durum, bu talepleri karşılamak zorunda olan kişiler yönünden, verilen örnek bağlamında soruşturma savcılarını yönünden geçerli değildir. Zira soruşturma savcısının, 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bu bilgileri verme yükümlülüğü bulunduğu gibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturmanın gizliliğini sağlama zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısıyla soruşturma savcısının kanunun kendisine yüklediği iki yükümlülükten birini tercih etmesinin sorumluluğuna neden olabileceği, verilen örnek bağlamında anılan bilgilerin MİT'e verilmesi nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde tereddütleri bulunabilir. Aynı şekilde yasa dışı bir terör örgütünün yapacağı olası eylemlerden önceden haber alınabilmesi amacıyla örgüte üye olan bir MİT görevlisinin "örgüte üye olma" fiilinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak aynı durum kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve MİT'in görevlendirdiği kişiler yönünden bu ölçüde açık ve belirgin değildir. Kanun'un ek 1. maddesindeki kuralla MİT'in görevlendirdiği veya yardımını talep ettiği kamu görevlisi olmayan kişilerin de MİT'in görev ve yetkisi kapsamında kalan yardım ve faaliyetlerden tıpkı MİT görevlileri gibi sorumlu olmaması esasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemelerin, bu gibi tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmakta olup bunların kuralların düzenlenişi için makul nedenler olmadığı söylenemez.

184. Öte yandan, dava konusu kurallarla anılan kişilerin yerine getirdikleri talepler ile görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmamalarının sebebi, bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanınarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık vermek değildir. Bunun nedeni, çeşitli gereklere dayalı olarak Kanun'un hukuka uygunluk niteliği tanıdığı, dolayısıyla haksız fiil veya suç oluşturmayan

görev ve faaliyetlerin bu kişiler tarafından herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla dava konusu kurallarda, anılan görev ve faaliyetlerin yerine getirilmesi için tanınan hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak tamamlayıcı bir sorumluluk hukuku kuralının düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

185. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

186. Kuralların, Anayasa'nın 125. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 9. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

187. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapmasının yasaklandığı, bu durumun anılan konulara ilişkin olarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyeceği, bunun ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* hükmüne yer verildiği, bu hükmün mefhumu muhalifinden belirtilen istisna dışında herkesin tanıklık yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ve yine Anayasa'nın 12. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."* denildiği, dolayısıyla anılan kişilerle ilgili olarak tanıklıkta bulunma yükümlülüğünün kaldırılmasının belirtilen anayasal hükümlerle de çeliştiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 12. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

188. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

189. Dava konusu cümlenin de yer aldığı kuralla 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinde yer alan ve görevin gizliliği ile devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesini MİT Müsteşarının iznine bağlayan düzenlemede değişiklik yapılmakta ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâller hariç olmak üzere MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamayacağı düzenlenmektedir.

190. Buna göre, düzenlemenin önceki hâlinde kural olarak MİT mensuplarının tanıklığına başvurulması mümkünken ve ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu kişilerin tanıklığına izin verilmeyebilirken, dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta ve sadece devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu tanıklığa izin verilebilmektedir.

191. Bu çerçevede dava konusu kural, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olan, ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarları yönünden alenileşmesinde bir sakınca bulunmayan konularda da MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların tanıklığına başvurulmasını önlemektedir.

192. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğünün, hukuki uyuşmazlıklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını da bünyesinde barındırdığında kuşku bulunmamaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların, adaletin gerçekleşmesini önleyerek hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesine zarar vereceği açıktır.

193. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan araçlar arasında tanık delili de mevcut olup bu yönüyle kişilerin, uyuşmazlık konusu olaya ilişkin bilgisi olanların tanıklığına başvurma hakları bulunmaktadır.

194. Öte yandan, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine 2001 değişiklikleriyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM uygulamasındaki adil yargılanma hakkı güvencelerinden birini de tanık dinletme ve sorgulama hakkı oluşturmaktadır.

195. Elbette ki bu hak mutlak olmayıp birtakım haklı ve makul nedenlerin bulunması hâlinde ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu yönüyle Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kimsenin kendisi veya kanunda belirtilen yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanması mümkün olmadığı gibi, kişilerin özel hayatının korunması amacıyla veya devletin Anayasa'da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek üzere yürüttüğü görevlerin zorunlu kıldığı hâllerde de buna sınırlamalar getirilebilir.

196. Dava konusu kuralla MİT mensuplarının, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin tüm konularda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta, sadece devletin menfaatlerinin zorunlu kıldığı hallerde bu kişilerin anılan konularda tanıklık yapması yetkili merciin iznine bırakılmaktadır. Oysa MİT'in görev ve faaliyet alanı çok geniş olup MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olup açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek fakat maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına, dolayısıyla sadece devletin çıkarlarının değil, bireylerin haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konuların da bulunması mümkündür.

197. Dava konusu kuralda bu husus gözetilmeyerek açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek, fakat bireylerin haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konularda da tanıklık yapılması yasaklanmaktadır. Bu durum, haklı ve makul bir nedene dayalı olmaksızın tanık deliline başvurma hakkına ölçülü olmayan bir sınırlama getirilmesi sonucunu doğurmakta ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyerek hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır.

198. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

199. Kuralın, Anayasa'nın 12. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

200. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, bazı suçlar hâriç olmak üzere adli mercilerce istenemeyeceği düzenlemesine yer verildiği, bu durumun resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyeceği, ayrıca yargı organlarının bağımsızlığı nedeniyle maddi gerçeği ortaya çıkarabilmeleri amacıyla her türlü bilgi, belge, veri ve kayıt, rapor, değerlendirme ve analizlere ulaşabilmeleri gerekirken anılan kuralla bunun engellendiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

201. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

202. Dava konusu kuralda, adli mercilerce TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlarla ilgili olanlar hâriç olmak üzere MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenemeyeceği düzenlenmektedir.

203. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, kişilere hukuki uyumsuzluklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını tanımaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin

ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların adaletin gerçekleşmesini önleyerek hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ilkelerine zarar vereceği açıktır.

204. Diğer ülkelerdeki istihbarat teşkilatlarında olduğu gibi MİT'in de elde ettiği istihbarat bilgilerinin önemli bir kısmı doğası gereği kesin olmayan, bu nedenle adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan ve delil değeri taşımayan bilgilerden oluşmaktadır. Ancak adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan bu bilgiler, millî güvenlik siyasetinin belirlenmesinde ve önleyici güvenlik önlemlerinin alınması ile karşı istihbarat faaliyetlerinin organize edilmesinde önemli faydalar sağlayabilmekte ve doğası gereği bu bilgilerin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir.

205. Dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari bilgilerin kural olarak adli mercilerce istenemeyeceği düzenlenerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir katkısı olmayacak, ancak aleniyet kazanması halinde istihbarat faaliyetlerini aksatabilecek bilgilerin gizliliğinin muhafaza edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

206. Kuralla bu şekilde bir taraftan adli mercilerce MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenmesi sınırlandırılırken, öbür taraftan bu sınırlamanın MİT'in esas çalışma alanına ilişkin suçlarla ilgili olan ve MİT dışında başka bir kurum veya kuruluşta bulunmayacak bilgiler yönünden (TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlar) uygulanmayacağı düzenlenmiş, böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunabilecek bilgiler yönünden bir sınırlama yapılmasına izin verilmemiştir.

207. Bu çerçevede kuralın, işlenen suçlara yönelik olarak maddi gerçeğin araştırılmasını önleyen bir yönü bulunmamaktadır.

208. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

209. Kuralın, Anayasa'nın 138. ve 140. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

IV- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

210.6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

211.2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak...*" ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

212.Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralların Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması hâlinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı, bu nedenle kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 9. maddesiyle değiştirilen, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak...*" ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkrasına,

2- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin rтеленmeleri nedeniyle bu fıkra ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C- 1- 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "...Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibaresine,

2- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

a- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

aa- (a) bendinde yer alan "..., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresine,

ab- (b) bendine,

ac- (c) bendine,

ad- (i) bendinde yer alan "...alan veya..." ibaresine,

b- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." ibaresine,

3- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

a- İkinci fıkranın ikinci cümlesine,

b- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da..." ve "...delilleri ve dayanakları gösterilmeyen..." ibarelerine,

c- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü dışında kalan kısmına,

4- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan "...yetkisiz olarak alan, temin eden,..." ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasına,

c- Dördüncü fıkrasında yer alan “...ihmal veya...” ve “... yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere...” ibarelerine,

5- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “..., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz” ibaresine,

6- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına,

yönelik iptal talepleri, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

D- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’un 26. maddesine eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 353 sayılı Kanun’un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü hakkında, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

30.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

213. Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.” denilmekte, 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 Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

214. 6352 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkranın ve aynı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin 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 İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 30.12.2015 tarihinde karar verilmiştir.

VII- HÜKÜM

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan “...*Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan “...*, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (b) bendinin,

ba- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

bb- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- (i) bendinde yer alan "...alan veya..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." ibaresinin;

a- Fıkrada yer alan "...yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim..." ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Fıkranın kalan bölümü yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1- İkinci fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da..." ve "...delilleri ve dayanakları gösterilmeyen..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin;

a- 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- Sekizinci fıkranın 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 ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan *"...yetkisiz olarak alan, temin eden,..."* ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan *"...ihmal veya..."* ve *"...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere..."* ibarelerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"..., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin 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 ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci cümlesinde yer alan “Ancak...” ibaresinin, 2937 sayılı Kanun’un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmadığından, 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2937 sayılı Kanun’un 6. maddesine, 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle eklenen fıkrada yer alan “... yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla...” ibaresinin iptali istenmiştir.

2. İptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu ek fıkra şu şekildedir: *“Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT’te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.”*

3. Öncelikle kuralın anlam ve kapsamını belirlemek gerekir. Kuralla önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla, aynı maddede ve diğer kanunlarda öngörülen hükümlere bağlı olmaksızın, fıkrada belirtilen kişilerin iletişimlerinin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir. Kurala göre iletişimleri denetlenebilecek kişileri iki grupta değerlendirmek mümkündür. Birinci grupta (a) yurt dışında bulunan herkes, (b) yurt içindeki yabancılar ve (c) ankesörlü telefon kullanan herkes yer almaktadır. İkinci grupta ise (a) MİT mensupları, (b) MİT’te görev almış olanlar ve (c) MİT’te görev almak için başvuranlar bulunmaktadır. Kuralın Anayasa’ya uygunluğu denetlenirken bu iki grup açısından farklı değerlendirmeler yapılması kaçınılmazdır.

4. Haberleşme hürriyetinin demokratik toplumlarda vazgeçilmez ve ikame edilemez bir öneme sahip olduğu bilinmektedir. Bu hürriyet, kişilerin özel hayatına ilişkin bilgileri sadece istediği kişilerle paylaşmasına imkân tanımaktadır. Mahremiyetin korunması, kişilerin dış müdahaleden masun özerk alanlarının korunması amacına hizmet eder. Bu nedenle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali kişisel özerklik ve özgürlük alanına ağır bir müdahaledir.

5. Haberleşmenin gizliliğine müdahale, ancak belli meşru amaçların zorunlu kıldığı çok istisnai durumlarda ve ölçüde haklılaştırılabilir. Genel olarak ifade etmek gerekir ki milli güvenliğin korunması, organize suçlarla ve özellikle de terörle mücadele edilmesi gibi sebepler kişilerin özel hayatlarına ve özellikle de haberleşmelerine müdahale edilmesini gerekli kılabilir. Başta yaşama hakkı olmak üzere temel hak

ve hürriyetlerin ve demokratik düzenin korunması amacıyla iletişimin denetlenmesi gerekebilir. Bu bağlamda, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakkının sınırsız olmadığı açıktır. Ancak, iletişimi denetleme yetkisinin kontrolsüz bir şekilde idari makamlara tanınması ve yetkinin kötüye kullanılması, bizatihi korunmak istenen değerleri ortadan kaldıracabilecek sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle yetkinin kapsamının, sınırlarının ve kötüye kullanılmasını önleyecek ya da kötüye kullanımın zararlarını telafi edecek etkili denetim mekanizmalarının hukuk sisteminde öngörülmesi gereklidir. Nitekim anayasal hükümler, özel hayata saygı hakkının ve haberleşme hürriyetinin belli amaçlarla sınırlandırılabilceğini, ancak bu sınırlamaların kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması gerektiğini açıkça belirtmektedir.

6. Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır"*. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise *"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."*

7. Anayasa'nın 22. maddesinin *"İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."* şeklindeki üçüncü fıkrasının yorumu, somut davada belirleyici niteliktedir. Fıkra biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki şekilde yorumlanabilir. Geniş yorum benimsendiğinde, hâkim kararıyla denetleme kuralına kanunla bazı kamu kurum ve kuruluşları yönünden istisna getirilebilir, bu kamu kurum ve kuruluşları hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın kurum içinde veya dışında bulunan belli kişilerin haberleşmelerini denetleyebilirler. Bu anayasa hükmünün dar yorumu ise, hâkim kararıyla iletişimin denetlenmesine getirilen istisnanın ancak kanun tarafından öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarında

disiplini ya da milli güvenliği koruma gibi amaçlara yönelik olduğunun kabulünü gerektirir.

8. Mahkememiz çoğunluğunun, açıkça tartışmamakla birlikte, söz konusu anayasal hükmü geniş yorumladığı anlaşılmaktadır. Gerek hükmün lafzının, gerekse anayasa koyucunun amacının söz konusu hükmün bu kadar geniş yorumlanmasına müsait olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle, fıkra istisnaların *“uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları”*ndan, başka bir ifadeyle istisnaların uygulanacağı *“yer”*den bahsetmektedir. Danışma Meclisi'nin taslağında yer almayan bu hükmü maddeye ekleyen Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesi bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu gerekçe şu şekildedir: *“Maddeye ‘İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir’ fıkrası eklenmiştir. Böylece, haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnaî olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüştür.”*

9. Diğer yandan, anayasa koyucunun amacının da özel hayata ve haberleşmeye müdahalede hâkim kararının alınması gerektiğine ilişkin ilkeyi işlevsiz kılacak bir hüküm ihdas etmek olduğu söylenemez. Anayasa'da *“Özel hayatın gizliliği ve korunması”* başlığı altında yer alan, özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşme hürriyeti (m.22) hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kişilerin bireysel özerklikleri ile maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirmede bu derece önemli olan söz konusu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, idareden bağımsız şekilde hâkim kararı güvencesi sağlandığı görülmektedir. Nitekim, Danışma Meclisi'nin maddeye ilişkin gerekçesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: *“Özel hayatın gizliliğinin korunması ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi, haberleşmenin gizliliği de ancak hâkim kararıyla kaldırılabilir; fakat kanunun açıkça yetkili kıldığı başka bir merci dahi, acele hallerde, istisnaen, bu yolda emir verebilecektir.”*

10. Anayasa'nın 22. maddesinin son fıkrasının, kanunla öngörülen belli kurumlarda ve kurumla ilgili kişilerin iletişimlerinin denetlenmesinin ötesinde, hemen herkesi hâkim kararı olmadan dinleme sonucunu doğuracak şekilde geniş anlaşılması, hâkim kararıyla dinleme ilkesini istisnalarla işlevsiz kılabilir, dolayısıyla söz konusu hak ve özgürlükleri

korumasız bırakabilecektir. Bu nedenle 22. maddenin son fıkrasının özgürlükçü bir yaklaşımla dar yorumlanması gerekir. Bu istisnai kuralın amacı, cezaevi gibi sıkı disiplin kurallarının uygulandığı bazı kamu kurum ve kuruluşlarında iletişimin denetiminin hâkim kararı olmadan yapılabilmesini sağlamaktır.

11. İptali istenen kuralda, hâkim kararı olmadan MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla iletişimi denetlenebilecek olan ikinci gruptaki kişiler kurumda çalışan, çalışmış veya çalışacak olanlardır. Anayasa'nın 22. maddesinin son fıkrası gereği, kanun koyucunun MİT Müsteşarı ya da yardımcısına, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla, bu kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi yetkisi vermesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. MİT mensuplarının, MİT'te çalışmış veya çalışacak olanların iletişimlerinin denetimi, kurum içi disiplin ve istihbarata karşı koyma (*kontrespiyonaj*) çalışmaları kapsamında gerekli ve ölçülü olarak kabul edilebilir.

12. Buna karşılık, birinci grupta yer alan kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi söz konusu olduğunda aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. MİT'le hiçbir şekilde ilgili bulunmayan çok geniş bir kesimi kapsayan bu kişilerin iletişimleri, ancak Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da en geç yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulmak kaydıyla, yetkili merciin emriyle denetlenebilir. Bu nedenle, iptali istenen ibare, birinci grupta yer alan kişiler yönünden Anayasa'nın 22. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

13. Bir an için 22. maddenin son fıkrasının hâkim kararı olmaksızın MİT Müsteşarı ve yardımcısına birinci grupta yer alan kişilerin de iletişimlerini denetleme konusunda yetki verdiği kabul edilse bile kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ışığında değerlendirilmesi ve iptal edilmesi gerekirdi. Burada verilen yetkinin gerçekten istisnai nitelikte olup olmadığını, başka bir ifadeyle haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin 13. maddede güvenceye alınan kriterlere uygun olup olmadığını belirlemek gerekir.

14. Öncelikle MİT Müsteşarı veya yardımcısına verilen yetki kullanılarak iletişimleri denetlenecek kişilerin, gerçekten de istisnanın anlamına uygun olacak şekilde, dar bir alanda sınırlı sayıda kişiyi kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Kuralla iletişimlerinin denetlenmesine hâkim kararı olmaksızın izin verilen grubun yurt dışında bulunan vatandaş olsun olmasın herkesi, yurtiçindeki tüm yabancıları ve ankesörlü telefonla görüşen herkesi içine alacak şekilde geniş bir kesimi kapsadığı görülmektedir. Üstelik bu kişilerin belli bir suçu işlediği ya da işleyeceği şüphesi, terör örgütlerine ya da yabancı istihbarat teşkilatlarına mensup olup olmadıkları gibi hususlara bakılmaksızın “önleyici istihbarat elde etmek” veya “analiz yapabilmek” amacı gibi oldukça geniş bir çerçevede kapsamın belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

15. Diğer yandan, kuralda iletişimin denetlenmesinin belli bir süreyle sınırlandırılması ve denetleme tedbiri sona erdikten sonra içeriklerin imha edilmesi gibi güvencelere yer verilmemiştir.

16. Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinin ikinci fıkraları, kişilerin özel hayatlarına saygı ve konut dokunulmazlığı hakları ile haberleşme hürriyetlerinin millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilenliğini öngörmektedir. Bu kapsamda, iletişimin denetlenmesinin özellikle terörle mücadele ve demokratik düzenin korunması bakımından gerekli olduğu hususu izahtan varestedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarında da belirtildiği üzere, demokrasiyi korumak için başvuru olan bu tedbirlerin kötüye kullanılması durumunda, “polis devleti” uygulaması haline geleceği ve bizzat korunmak istenen demokrasiyi yok edebilecek potansiyele sahip olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılması karşısında yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması bir zorunluluktur (bkz. *Klass ve diğerleri/Almanya*, B.No: 5029/71, 6 Eylül 1978, §§ 42, 49, 50; *Roman Zakharov/Rusya*, B.No: 47143/06, 4 Aralık 2015, § 232, 233).

17. Kuşkusuz bu güvencelerin başında yargısal denetim gelmektedir. AİHM'e göre, iletişimin denetlenmesi talimatının verilmesi, denetlemenin uygulanması ve tamamlanmasından sonrası olmak üzere üç aşamada

denetim kararını alan ve uygulayan idareden bağımsız bir denetim ve gözetimin yapılması gerekir. Bu denetim, prensip olarak ve tercihen yargı tarafından yapılmalıdır. Zira demokratik toplumun temel niteliklerinden biri olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Dibacesinde açıkça atıf yapılan hukukun üstünlüğü, idari organların bireysel haklara yönelik müdahalelerinin bağımsızlık, tarafsızlık ve gerekli usul güvencesini en iyi şekilde sağlayan yargının denetimine tâbi tutulmasını gerektirir (*Klass ve diğerleri/Almanya*, § 55).

18. AİHM, *Klass* kararında, idareden tamamen bağımsız olarak görev yapan "Parlamento Kurulu" ve onun oluşturduğu "G 10 Komisyonu"nun sağladığı güvenceleri dikkate alarak, iletişimin denetlenmesi aşamalarında yargısal kontrolün olmamasını demokratik toplumda sınırı aşan bir eksiklik olarak görmemiştir (*Klass ve diğerleri/Almanya*, § 56). Bununla birlikte, kural olarak, kişilerin iletişiminin denetlenmesinin her aşamada yargısal kontrolünün yapılması gerekir. Nitekim AİHM, kısa bir süre önce verdiği kararda, iletişimin denetlenmesinin hâkim kararıyla yapılması ve denetlenmesi gerekliliğini daha net bir şekilde vurgulamıştır. AİHM'e göre, harici yargısal denetimin gecikme riski taşıyacağı çok acil durumlarda, hâkim kararı olmadan da idari emirle iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilir. Ancak iletişimin denetlenmesi talimatının verildiği sırada yargısal onayın aranmadığı bu tür acil durumlarda alınan tedbirlerin, bilahare mutlaka yargısal nitelikte bir denetime tabi tutulması gerekir (bkz. *Szabó ve Vissy/Macaristan*, B.No: 37138/14, 12 Ocak 2016, § 81).

19. Esasen, iptali istenen kuralın da içinde bulunduğu Kanun'un 6. maddesine, 3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesine göre, MİT'e Kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, "*Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.*"

20. Aynı fıkranın devamında, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda MİT Müsteşarı veya yardımcısı tarafından verilen yazılı emrin yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin derhal kaldırılacağı, bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit edilip tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği belirtilmektedir.

21. Müteakip fıkroda iletişimin denetlenmesinin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair hükümler yer almaktadır. Buna göre, iletişimin denetlenmesine yönelik kararlar en fazla üç ay için verilebilecek, bu süre her defasında üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilecek, ancak casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilecektir.

22. Öte yandan, iptali istenen kuralın aksine, burada dinleme tedbirinden sonra elde edilen bilgilerin akıbeti hakkında da önemli güvencelere yer verilmiştir. Buna göre, *“Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”* Ayrıca elde edilen kayıtların Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılmayacağı, bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

23. Dava konusu kuralda ise bu güvencelerden hiçbirine yer verilmemiştir. Kural *“yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın”* ibaresiyle, sadece denetlemenin hâkim kararıyla olması ya da sonradan hâkim onayına sunulması şeklindeki güvenceyi değil, aynı zamanda denetim emrinin verilmesi, emrin icrası ve denetim sonrası aşamalarda haberleşme hürriyetini korumaya yönelik diğer teminatları da devre dışı bırakmıştır.

24. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kuralın haberleşme hürriyetine demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayan bir sınırlama getirdiği, dolayısıyla Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, fıkrada yer alan "...yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim..." ibaresi yönünden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
M.Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen on birinci fıkrada yer alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." ibaresi Mahkememizce incelenmiş kuralın iddia edildiği gibi, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olmadığına beş'e karşı on iki oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Benimde katıldığım Mahkememiz red gerekçesine kısmi yetersizliği nedenleri ile karara aşağıda açıklanan ek gerekçeler dahilinde katılmıştır.

İptali istenen dava konusu kurala göre;

MİT'nin önleyici istihbarat elde etmek için analiz yapabilmek amacı ile halen mevzuatımızda (telekomünikasyon aracılığı ile kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için CMK 135. maddesi ya da 2559 ile 2803 sayılı Kanun'da ve de 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında) belirtilen şartlar gerçekleşmese de MİT müsteşarı ya da yardımcısının onayı ile yurt dışında gerçekleştirilen / yabancılar tarafından gerçekleştirilen / ankesörlü telefonlar ile gerçekleştirilen / MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilenlerin / iletişimleri tespit edilebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

İletişimin tespiti için mevcut düzenlemelerde aranan hakim kararı, kural kapsamındaki yönünden MİT müsteşar ve yardımcısının onay yeterliliği içine alınmış, düzenlemelerde iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için aranan diğer suç işlendiğine dair kuvvetli şüphesi ya da demokratik hukuk devletine yönelik ciddi tehlikenin varlığı şartları yerine de yine iptali istenen kural kapsamındaki kişi ya da eylemin gerçekleştirildiği yer ve araçlar yönünden önleyici istihbarat elde etmek ve analiz kabiliyeti amaçlarının unsur olarak eklendiği görülmektedir.

MİT, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve Anayasal düzenine, milli gücünü meydana getiren bütün unsurlara karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında istihbarat oluşturmak, bunu ilgili kamu kurumları ile paylaşmak, demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu milli güvenliğin, kamu düzeninin var olması için suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak şeklinde yasal bir görev alanına sahiptir.

Mahkememiz yaptığı değerlendirmede;

Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz amacı ile MİT'e iletişim tespit ve kayda alınmasında diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın bir yetki verildiğini, verilen yetkinin özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirdiğinin açık olduğunu ancak demokratik ülkelerde terör ve casusluk faaliyetlerine karşı istisnai durumlarda iletişimin denetlenmesine ihtiyaç duyulabildiğini, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğü hakkına vaki bir müdahalede, sınırlama rejiminin saydığı nedenlerle bağlı olarak MİT'in bunu uygulayabilecek nitelikte bir kurum sayılacağını, Anayasa'nın 20. ve 22. maddesi kapsamında, kural ile gelen müdahalede hakların korunması ile milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu ve amaca ulaşmada ölçülü olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca, bu sonuca ulaşırken denetim ilkeleri kapsamı dışında tutulacak dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunacağı amacı dışında ya da kötüye kullanılmasını önleyecek, denetleyecek yasal güvencelerin varlığı da ölçülülüğe gerekçe yapılmıştır.

Sorun kural kapsamında elde edilen bilgilerin akıbetinden ziyade kural ile gelen iletişimin denetlenmesi ve değerlendirilmesinde ilgili

yasaların bugün aradığı ve şart koştuğu unsurları aşan bir yetkinin MİT Müsteşar ve yardımcısına verilmesi noktasındadır.

Bu yetkinin amaç ve kapsamı belirlenmeli, kuralın Anayasal haklara getirdiği müdahalenin kanuniliği, gerekliliği ve ölçülülüğü değerlendirilmesi yapılmalıdır. Kararda demokratik toplumda gereklilik değerlendirilmesi yeterince yapılmamış Anayasa'nın 16. maddesinde değerlendirmeye alınmamıştır.

Sınırlamanın MİT'e verilen görev kapsamı içinde "alınması gerekli tedbirler" den olduğuna ilişkin müdahale alanı yönünden başvuru ile ulaşılmak istenen amaç değerlendirilmesi yapıldığında; kanun koyucunun kuralda belirttiği sınırlı alan içinde kalanlardan, yurt dışında bulunanların ülke dışında yaşadıkları süreçte ülke aleyhine yasa dışı faaliyetlerde bulunma kolaylıklarına karşı takipte ve önlemdaki hukuki zorluklar, yurt içinde yaşayan yabancılar yönünden ise bunların ülkede yerleşik düzen nedeniyle bulunmamaları, onların ise yabancı tabiyet ve kimlik taşımalarının getirdiği farklı hukuki koruma alanları, yabancıların ülke milli menfaatlerinin korunması ve yaşatılmasında beklenilmesi doğal diyemeyeceğimiz hassasiyet yoklukları, farklı duyarlılık ölçütleri ile Anayasa'nın 16. maddesinde öngörülen, yabancıların hak ve hürriyetlerinin vatandaşın farklı olarak sınırlanıp düzenlenebilmesine verdiği yetki karşısında getirilen sınırlamanın anılan hakların özünü zedeleyen bir niteliğinden bahsedilemeyeceği ve MİT'in görevlerini yerine getirmesinde gerekli ve zorunlu olduğu görülmektedir.

Ayrıca MİT mensuplarının, MİT'de görev almış olanların veya almak üzere başvuranlar hakkında da kurumun önemi, ödevi, amacı karşısında önleyici istihbarat elde etme ve analiz etme anlamında verilen yetkinin hakka ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemeyecektir.

Yukarıda açıklanan nedenler ile, kural ile gelen müdahale bizatihi demokratik düzenin varlığının ispatı vücudu için gerekli ve korunması amacına erişmek için lüzumlu sınırı aşmamakta ve Anayasa'nın 16. maddesinin öngördüğü yetki sınırı içinde kaldığından çoğunluk görüşüne anılan nedenlerle farklı gerekçe ile katılmıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İkinci Cümlesi Yönünden

1. 2937 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (b) bendinin birinci cümlesinde, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği belirtildikten sonra iptali istenen ikinci cümlesinde, bu kapsamda talepte bulunanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

2. Anayasa'nın 25., 26., 27. ve 28. maddelerinde ifade ve kanaat hürriyeti ve basın özgürlüğü; 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 adil yargılanma ve savunma hakkı; 38. maddesinin beşinci fıkrasında "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" denilerek kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması hakkı güvence altına alınmıştır.

3. Yine Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; ikinci fıkrasında, 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; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı; üçüncü fıkrasında ise herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

4. Anayasa'da düzenlenen bu haklar, mutlak olmayıp Anayasa'nın ilgili maddelerinde ve diğer maddelerinde belirtilen gereklere dayalı olarak sınırlandırılabilir. Kuşkusuz bu sınırlama yönünden de Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere uygun davranılması gerekir.

5. Anayasa'nın 20. maddesinde 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, bir kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranabilmesi ve bunlara el konulabilmesi için usulüne göre verilmiş hâkim kararı bulunması şartını aramıştır. Hakim kararı şartı yönünden Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünün IV. Başlığı olan "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında düzenlenen özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşme hürriyeti (m.22) ortak hükümler içermektedir.

6. Anayasa'da kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

7. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine,

ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi gerekmektedir. Ancak iptali istenilen düzenlemede kişisel verileri koruyucu herhangi bir kurala yer verilmeksizin, kapsamı ve sınırları alabildiğine geniş bir alanda tüm kamu ve özel kurum ve kuruluşlarda bulunan kişisel verilere, veri sahipleri ile birlikte bu kurum ve kuruluşların rıza ve muvafakatleri olmasa ve hatta mevzuatta buna engel düzenlemeler bulunsa dahi, güvenlik nedeniyle bir kamu kurumuna bu verileri de içerebilecek bilgi ve belgeleri verme zorunluluğu getirilmesi belirtilen anayasal güvence ile de bağdaşmaz.

8. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayatın korunması, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini gerektirir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin rıza gösterdiği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Bu koruma bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmamasını, yayılmamasını, nakledilmemesini ve bu bilgilere başkalarının ulaşamamalarını da kapsamaktadır.

9. Çağdaş demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, şartları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

10. 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. Belirlilik ilkesi ise 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.

11. Konu kişisel veriler olunca, Anayasa tarafından kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin ve Anayasa'nın 2. maddesinde esasları düzenlenen hukuk devletinin ön koşulları arasında yer alan hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerinin gereklerinin yerine getirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hale getirilebilir. Belirtilen ilkeler doğrultusunda, kişisel verileri düzenleyen kanunlarda kişisel verilerin neden ve hangi gerekçeyle temin edileceğine ilişkin olarak konu ve amaç sınırlamasının yapılması yanında bu verilerin kapsamının ve ne şekilde kullanılacağına da belirlenmiş olması gerekmektedir.

12. Mahkememiz 2.10.2014 tarih ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararında, internet trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptaline karar verirken dayandığı gerekçelerden bazıları şöyledir: *"Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır...Bu durumda verilerin işlenebileceği hallerin kanunda açıkça yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu açıktır...Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış,*

veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlama yasal düzenlemede yer verilmemiştir...".

13. Anayasa Mahkemesinin kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak verdiği diğer kararlarda da ortaya koyduğu bu gerekçeler dikkate alındığında, kişisel verilerin ilgili üçüncü kişiler ya da kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılabilmesi için, söz konusu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkilendirilmiş olmaları ve bu verilerin ilgili kurum ve kişilerin görevlerini yapması için gerekli olmasının yanı sıra bu görevlerin yerine getirilmesi ile de sınırlı olması gerekir. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi de gerekmektedir.

14. Buna göre maddenin iptali istenen ikinci cümlesindeki, kendilerinden talepte bulunulan kurum ve kuruluşların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin düzenleme, bentteki kuralın uygulama kapsamını genişleterek kişileri, kendileri veya yakınları aleyhine suçlayıcı nitelikte delil göstermeye veya meslekleri nedeniyle öğrendikleri ve kişilerin savunma hakkına ilişkin sırları içeren bilgi, belge, veri ve kayıtları vermeye zorlamakta ve böylece anılan anayasal kural ve güvencelerle bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır.

15. Mevzuatımızda sır saklama yükümlülüğüne, bir kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanda bulunmama hakkı kapsamında düzenlemelere yer verilmiştir. Sözelimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "*Sır saklama*" başlıklı 36. maddesinde, avukatlara meslekleri nedeniyle öğrendikleri savunmaya ilişkin bilgilerin mahremiyetini koruma ödevi verilmiştir. Basın Kanunu'nun "*Haber kaynağı*" başlıklı 12. maddesinde süreli yayın sahibinin, sorumlu müdürün ve eser sahibinin, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde,

kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamayacağını öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Dava konusu bendin ikinci cümlesindeki kuralla bu bilgileri vermekle yükümlü kuruluşların anılan mevzuatı mazeret göstererek söz konusu bilgileri vermektan kaçınamayacaklarının aksi takdirde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaklarının düzenlenmesi, kişileri anılan nitelikteki (savunmaya ve kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikteki) bilgi ve belgeleri de vermeye zorlayabilecek nitelikte olup, bunun anılan haklara ölçüsüz bir müdahaleye neden olacağı açıktır.

16. Kanun'da kişilerin sır saklama, savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamama gibi anayasal hakları kapsamında kalan bilgilerin sadece istihbari amaçla kullanılıp başka bir amaçla kullanılmayacağına ilişkin bir güvenceye de yer verilmiş değildir.

17. Bu ilkelere göre itiraz konusu kurala bakıldığında, itiraz konusu düzenlemenin de içerisinde bulunduğu (b) bendi ile MİT'e verilen yetkinin kapsamı hem muhatap kurumlar, hem de üzerinde yetki kullanılacak alan bakımından alabildiğince geniş kapsamlıdır. Buna göre, MİT'e muhatap kurumlar; kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan oluşmaktadır. Bu belirlemeye göre tüm kurum ve kuruluşlar kapsamda bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, MİT bu kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecek, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi merkezlerinden ve iletişim altyapılarından yararlanabilecek ve bunlarla irtibat kurabilecektir.

18. Milli güvenlik gerekçeleriyle MİT'in erişimine açılan bu alanda kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, anayasal haklarını, kişisel verilerini doğrudan ilgilendiren birçok husus bulunduğu kuşku yoktur. Güvenlik amacıyla bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahalenin sözkonusu olduğu hallerde kamu makamlarına yetki verilirken temel hak ve hürriyetlerin yeterince korunmasına özen gösterilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Aksi takdirde anayasal güvencelerin bir

anlamı kalmaz. MİT'e bu şekilde milli güvenlik amacıyla geniş bir yetki verilecekse, yapılan görevle doğrudan bağlantılı, talebin amacıyla sınırlı ve zorunlu hallerde bu yetkinin kullanılabilmesinin de öngörülmesi, bu sınırların korunmasını sağlayacak ve amaç dışı kullanımına engel olacak tedbirlerin alınması gerekir.

19. Ancak, iptali istenilen kuralda MİT'e kişilerin anayasal hakları, temel hak ve özgürlükleri ve bu kapsamda olmak üzere kişisel verileriyle ilgili çok geniş bir alanda verilen erişim, işleme, paylaşma, kullanma yetki ve sınırları ile bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslara yer verilmemiştir. Bu anlamda kişisel veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri, arşiv ve kayıtları ve elektronik bilgi merkezleri ile iletişim altyapılarını amaç, kapsam, kullanım ve işleme yetkileri açısından gereksiz, ölçüsüz ve belirsiz biçimde MİT'in erişimine açan kural Anayasa'nın 2., 13., 20., 28. ve 38. maddelerine aykırıdır.

2- 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkra Yer Alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." İbaresine İle Fıkra Yer Alan "...yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim..." İbaresine Yönünden

20. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iptali istenen ibareleri de içeren onbirinci fıkrası ile MİT'e "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek" amacıyla hâkim kararı olmaksızın iletişimi tespit etme yetkisi verilmektedir.

21. Kişilerin iletişiminin tespit edilmesine ilişkin genel düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre, CMK'nın 135. maddesi uyarınca, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve iletişimin tespiti dışında başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması halinde ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde derhal mahkemeye sunulmak üzere Cumhuriyet savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Bu tedbire ancak ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle

karar verilebilecektir. Ayrıca maddede bu tedbire başvurulacak durumlar, süresi, şekli ve uygulanması ile ilgili olarak çok ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca, CMK'nın 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, *"Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz."* kuralına da yer verilmek suretiyle, genel hüküm niteliğinde olmak üzere CMK'daki koşullar oluşmaksızın herhangi bir kimsenin telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenilmesi yasaklanmıştır.

22. Ancak, 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Kanun'un 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesine, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun Ek 5. maddesine ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen fıkralar ve ek maddeyle CMK'nın 135. maddesinde belirtilen bu hükümlere istisnalar getirilerek anılan kurumların görevleri kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olmak üzere iletişimin tespitine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

23. 5397 sayılı Kanunla, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir;

"Avrupa Birliği (AB) müktesebatı; siyasi kriterler, adalet hizmetleri, iç ve dış güvenlik olmak üzere üç temel sütundan oluşmaktadır. Üçüncü sütunda yer alan "iç ve dış güvenliğin korunması", devletin istihbarat hizmetlerinin düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Günümüzde, toplum ve devlete gelecek olan tehlikelerin önceden sezilmesi ve bunların önlenmesi için tedbir alınması, demokratik hukuk devletinin korunması açısından, kaçınılmaz bir zorunluluk olmuştur.

Anayasanın koruma altına aldığı özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne, devlet tarafından, suç öncesi yapılacak olan müdahalelerin, AB standartlarına uygun olarak bir kanunla yapılması ve sınırlama sebeplerinin bu kanunda gösterilmesi gerekmektedir.

3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile, Anayasanın özel hayat, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine ilişkin 20, 21 ve 22 nci maddeleri yeniden düzenlenmiştir. Bu alanlara Devletin müdahale edebilmesi için; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmalı, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır. Bunlar bulunmadıkça, kişinin özel hayatına dokunulamaz, konutuna girilemez, haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Anayasanın 22 nci maddesi, haberleşme hürriyeti açısından istisnalar olabileceğini kabul etmiş ve bunun kanunla belirlenmesini öngörmüştür.

Suç ve suçluluk ile mücadelede istihbarat vazgeçilmez bir araçtır. İstihbarat çalışmaları ise, bilgi toplamak ve depolamak şeklinde olduğundan, özel hayat ve aile hayatı ile yakından ilgilidir. Elektronik yoldan yapılan iletişimin suç öncesi alanda dinlenmesi ise, haberleşme hürriyeti ile ilgilidir. Anayasanın bu düzenlemesi karşısında, Türkiye’de istihbarat hizmetlerinin yapılabilmesi için, kanunla düzenleme yapılması ihtiyacı bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Ülkemizde önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi düzenlenmediğinden, hazırlanan Teklif ile, bu önemli eksiklik giderilecektir. İletişimin her ne sebeple olursa olsun dinlenmesi, Anayasamızın 20 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddeleri ile garanti altına alınmış bulunan “özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına” uygun olarak yapılacaktır”.

24. Görüldüğü üzere, kanun koyucu gerek suçların takibi ve suçluların tespiti ve gerekse önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi bakımından hakim güvencesinin Anayasa’daki özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin 20. maddenin bir gereği olduğunu kabul etmiştir. Nitekim sözkonusu gerekçelerle Anayasa’nın 20. maddesi de dikkate alınarak 2937 sayılı Kanun’un 6. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme şöyledir;

“Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”

25. Bu düzenlemeye göre 5397 sayılı Kanun’la değişen 2937 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilecektir.

26. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacak, yirmidört saatlik sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılacak ve bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilip durum bir tutanakla tespit edilecektir.

27. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilecek; durum bir tutanakla tespit edilecek ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilecektir.

28. Anılan fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, 2937 sayılı Kanun'da belirtilen amaçlar dışında, yani istihbari amaçlar dışında kullanılamayacak ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında ve gizlilik ilkesi geçerli olacaktır.

29. Ayrıca, anılan (Kanun'un 6. maddesinde belirtilen) usul ve esaslara aykırı dinlemeler, hukuken geçerli sayılmayacak ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

30. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. Maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. Maddesinde de iletişimin tespiti için aynı yöntem benimsenmiş bulunmaktadır. Buna göre, mevzuatımızda telekomünikasyon aracılığıyla kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için ya CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartların yahut 2559 ile 2803 sayılı Kanun'da ve 2937 sayılı Kanun'unun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

31. İptali istenen ibarelerin de bulunduğu kuralla ise bu hükümlerden farklı bir istisna getirilmekte ve CMK'nın 135., 2559 sayılı Kanun'un Ek. 7., 2803 sayılı Kanun Ek 5. maddelerinde belirtilen şartlar yahut 2937 sayılı Kanun'unun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında belirtilen şartlar gerçekleşmese de kişilerin iletişiminin tespitine imkan sağlayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir.

32. Buna göre, MİT, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıda belirtilen şartlara ve düzenlemelere (özellikle de CMK'nın 135. maddesi ve 2937 sayılı Kanun'unun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkrası arasındaki düzenlemelere) bağlı kalmaksızın, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında gerçekleştirilen, yabancılar tarafından gerçekleştirilen, ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen, MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilen iletişimlerin tespit edilebilecek, dinlenebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

33. Görüldüğü üzere, iletişimin tespiti yönünden dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin, daha önce var olan iki ayrı

düzenlemelerden (CMK 135. ve 2937 s.K'nun 6. maddesinin ikinci ve onbirinci fıkraları arasındaki düzenleme) şu iki temel farkı bulunmaktadır:

1. Diğer iki düzenleme uyarınca, iletişimin tespit edilebilmesi için kural olarak *“hâkim kararı”* aranmaktayken, dava konusu düzenlemede *“MÎT Müsteşarı veya yardımcısının onayı”* yeterli görülmekte,

2. İletişimin tespitine karar verilebilmesi için;

a. CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca, *“suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı”*,

b. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca *“Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı”*,

şartları aranmaktayken, dava konusu kuralda, yalnızca *“önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla”* iletişimin tespitine imkan sağlanmaktadır.

34. Yani, değişiklikten önce iletişimin tespit edilebilmesi için CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca bir suç işlenmesi ve iletişimi tespit edilecek kişinin bu suçu işlediğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ya da 2937 sayılı Kanun gereği bir suç işlenmemiş olsa bile Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı ve her iki düzenlemede de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emriyle olsa bile sonuçta hâkim kararı aranmaktayken, dava konusu kurala ilişkin düzenlemede bu koşullar oluşmaksızın da önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla ve hâkim kararı yerine MÎT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla iletişimin tespit edilmesine imkân tanınmaktadır.

35. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarındaki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MÎT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla MÎT mensuplarının, MÎT'te görev almış olanların veya görev

almak üzere başvuruların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir.

36. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik ilkesi'dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

37. Öte yandan, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin sınırlandırılmasında ilgili Anayasa maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yanında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

38. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

39. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir (Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 günlü, E. 2013/67, K. 2013/164 sayılı kararı).

40. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, maddede belirtilen sebeplere 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; haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı, müdahalenin yetkili merciin kararı ile yapılması halinde ise bunun yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği belirtilerek hâkim kararı olmaksızın haberleşme hürriyetinin gizliliğine dokunulamayacağı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

41. Maddenin üçüncü fıkrasında ise *“İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”* denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala da bazı kurumlar yönünden sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir.

42. Ancak bu istisna, aktif bir süje olarak haberleşme hürriyetini hâkim kararı olmaksızın sınırlayabilecek kurumlar yönünden değil, pasif bir nesne olarak hürriyeti sınırlanabilecek kurumlar yönünden tanınmıştır. Bir başka ifadeyle, bu istisna ile herhangi bir kuruma başkalarının iletişimine hâkim kararı olmaksızın müdahale etme yetkisi verilmemekte, cezaevleri gibi özel niteliği bulunan bazı kurumlarda hâkim kararı olmaksızın iletişime müdahale edilmesi yetkisi verilebileceği düzenlenmektedir.

43. Nitekim madde gerekçesinde, *“Maddeye ‘İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.’ fıkrası eklenmiştir. Böylece haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirleneceği öngörülmüştür.”* denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır.

44. Buna göre, anılan istisna uyarınca hâkim kararı olmaksızın bazı kurumlarda haberleşme hürriyetine ve gizliliğine sınırlamalar getirilmesi mümkünse de herhangi bir kurum veya kuruluşun hâkim kararı olmaksızın veya sonradan hâkim onayına sunulmak üzere yetkili merciin emri olmaksızın başkalarının haberleşme hürriyetine ve gizliliğine müdahale etmesi mümkün değildir.

45. İptali istenen kuralla MİT’e, *“önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek”* gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alanda ve Kanunun bu konuda sınırları ortaya koyan nitelikteki düzenlemelerine ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın iletişimin dinlenmesi yetkisi

verilmiştir. Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüyle ilgili 20. ve 22. maddelerinde bu hak ve özgürlüklerin ancak "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 ya da yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile sınırlamaya cevaz verirken, iptali istenen düzenlemede öngörülen sınırlama nedeni Anayasadaki sınırlama nedenlerinden milli güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olmakla birlikte bunları aşan "önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek" gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alana ilişkin bir nedenle hakim güvencesi de olmaksızın iletişimin tespitine imkan vermektedir.

46. Ayrıca, dava konusu ibareyle hiçbir sınırlama ve ayırım ölçütü kullanılmaksızın yurt içindeki tüm yabancıların iletişimi ile yurtdışındaki herkesin iletişiminin, bu çerçevede örneğin yurt dışına seyahat etmek üzere çıkan vatandaşların iletişiminin tespit edilmesine, dinlenebilmesine, kayda alınmasına ve iletişim sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmesi, sınırlandırma aracı ile sınırlandırma amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi ortadan kaldırmakta ve Anayasa'nın 20. ve 22. maddesiyle güvence altına alınan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının ölçsüz şekilde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.

47. Açıklanan nedenlerle iptali istenen ibarelerle oluşan düzenleme Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesi

48. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, MİT mensuplarına ilişkin özel soruşturma ve kovuşturma usulleri düzenlenmektedir.

49. Bu değişiklikten önce de mevcut olan, maddenin birinci fıkrası uyarınca, MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bırakılmıştır. Buna göre, Başbakanın izni olmaksızın

herhangi bir MİT görevlisi hakkında işlediği görev suçuyla ilgili bir soruşturma başlatılması veya yürütülmesi mümkün bulunmamaktadır. İptali istenen Kanunla bu düzenlemeden sonra gelmek üzere eklenen fıkra da dava konusu cümleyi de içeren şu kurala yer verilmiştir;

“Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir.”

50. Fıkra ile “MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin” tüm soruşturma işlemleri bakımından “MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde” mutlak bir koruma sistemi öngörmekte, bu durumda kurum ve mensupları hakkında adli yönden koruma tedbirleri de dahil olmak üzere herhangi bir işlem yapılması yasaklanmaktadır. Böylece suçların takibi, soruşturma ve kovuşturma işlemleri bakımından adli mercilerin yetkileri ortadan kaldırılarak inisiyatif tamamen MİT'e verilmektedir.

51. Fıkra da geçen “ile mensuplarına” ibaresinin kendinden önce gelen “MİT görev ve faaliyetleri” ibarelerine ve birinci fıkraya izafeten kullanıldığı, dolayısıyla bu ibarenin kendinden önce gelen ibarelerden ve fıkradan bağımsız/ilgisiz olamayacağı ve kendisinden önce gelen ibare ve fıkrayla birlikte değerlendirildiğinde, ibarenin “ile mensuplarının görev ve faaliyetleri” anlamında kullanıldığının tespiti hâlinde, kuralın sadece görev suçlarına ilişkin bir izin sistemini içerdiği söylenebilirse de, düzenlemede buna ilişkin bir belirginlik sözkonusu olmadığı gibi görev suçları yönünden zaten bir önceki fıkra da düzenleme olması nedeniyle kuralla örtülü olarak kişisel suçları da kapsayan bir izin sisteminin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

52. Kural gereğince Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT

Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylemin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan izin alarak soruşturma yapabileceklerdir.

53. Görüldüğü üzere, dava konusu kuralın da bulunduğu fıkrayla, MİT mensuplarının görev suçlarına ilişkin maddenin birinci fıkrasında düzenlenen soruşturma usulünde herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır. Soruşturma izni, bir ceza muhakemesi müessesesi olup kural olarak bu izin alınmadan herhangi bir soruşturma işleminin yapılması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim bu hususları tüm memurlar ve kamu görevlileri yönünden genel olarak düzenleyen 2.12.1999 günlü, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında, *"Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikayette bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler."* denilmek suretiyle bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

54. Belirtilen açıklamalar karşısında dava konusu kuralın yer aldığı fıkra hiç düzenlenmemiş olsaydı bile maddenin birinci fıkrasının amir hükmü gereği, MİT mensuplarının görev suçlarıyla ilgili soruşturma izni alınmadan bunlar hakkında adli bir işlem yapılması veya bir koruma tedbirinin uygulanması zaten mümkün bulunmaktaydı. Dolayısıyla bu kuralın yalnızca görev suçlarını kapsayacak şekilde anlaşılması halinde birinci fıkrada düzenlenen durumun farklı şekilde ifade edilmesine neden ihtiyaç duyulduğu sorusu açıktadır. Bu nedenle burada amacın, birinci fıkradaki korumanın hem suçlar hem de korumaya alınan kişiler açısından genişletilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bir an için fıkrada düzenlenen durumun görev suçlarına ilişkin olduğu düşünülse bile burada kişisel suç-görev suçu ayırımının yapılmasında dahi inisiyatif tamamen MİT'e bırakılmış bulunmaktadır.

55. 5271 sayılı CMK'nın 160. ve devamı maddelerine bakıldığında bir eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suçta vücut verip vermediği ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına bırakıldığı görülmektedir.

56. İptali istenen kural gereğince, bir suç şüphesi durumunda Cumhuriyet savcısının, suçun MİT mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin olup olmadığına bakmaksızın bir başka ifadeyle kişisel suçlar yönünden de eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına sorması ve eğer yanıt olumlu olursa hiçbir adli işlem yapmaksızın tıpkı görev suçlarında olduğu gibi soruşturma izni istemesi gerekmektedir. Yani bu durumda, Cumhuriyet Savcısı yargı yetkisini kullanabilip kullanamayacağını MİT'e sorarak öğrenecek, MİT'in cevaz vermesi halinde ve verdiği kapsamda bu yetkisini kullanabilecektir. Bu durum, Kanun'un bir başka hukuki müessese için kabul ettiği bir usulün, öngörülmeyen başka bir alanda kullanılabilmesine neden olabilecektir ki, bu durumun keyfiliğe neden olması ihtimali karşısında Devletin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygun olması gerektiği yönündeki hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

57. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

58. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, ünvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrılan özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer verilebilmekte, bu çerçevede kamu görevlileri yönünden genel yetki kurallarından ayrılarak ve çeşitli kriterler baz alınarak *"kişi bakımından yetki kuralları"* belirlenebilmektedir. Anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak,

bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir. (Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 günlü, E. 2012/19, K.2013/17 sayılı kararı).

59. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."* denilmek suretiyle kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

60. İptali istenen kuralda da anılan çerçevede milli güvenlik yönünden önemli görevler yürüten MİT mensuplarının yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılınmak istendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak ve gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesinin takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.

61. Ancak yapılan düzenlemeye bakıldığında, kural gereği Cumhuriyet savcısı, MİT mensuplarının sadece görev ve faaliyetlerine ilişkin eylemlerine değil, suç konusu olabilecek herhangi bir eylemine bu arada şahsi suçlarına konu olabilecek eylemlerine ilişkin bir ihbar veya şikâyet aldığı veya böyle bir durumu öğrendiğinde de bunların MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına soracak ve eylemin görev kapsamında kaldığını belirtmesi durumunda, eylemin şahsi suç kapsamında kaldığını tespit etmiş olsa bile hiçbir adli işlem yapamayacaktır. Yalnızca, görev suçları için öngörülen prosedürü işleterek eylemin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan veya Müsteşar'dan soruşturma izni isteyebilecektir. Bu

prosedür uygulanmadan önce Cumhuriyet savcısının adli yönden hiçbir işlem yapamaması ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanamaması nedeniyle izin alınmış olsa dahi yürütülecek soruşturmanın sağlıklı ve etkili olabilmesi de mümkün değildir.

62. Yani bu halde, yasama dokunulmazlığına sahip bir milletvekili bile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren meşhud bir şahsi suç işlediğinde hakkında derhal soruşturma başlatılabilirken, bir MİT mensubu aynı suçu işlediğinde soruşturma başlatılamayacak, bu eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığı sorulacak ve eğer MİT, eylemin görevi kapsamında kaldığını belirtirse hiçbir adli işlem yapılamayacak, sadece söz konusu eylem için soruşturma izni istenebilecektir.

63. Kuralla CMK'nın 160. ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcılarının, eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suça vücut verip vermediğini ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisi, MİT mensupları yönünden ortadan kaldırılmakta ve bu yetki MİT Müsteşarlığına verilmektedir.

64. Bu durum karşısında dava konusu kuralla MİT mensuplarının her türlü eylemini değerlendirme, bu yönüyle bu eylemlerin görev suçu kapsamında kalıp kalmadığına karar verme yetkisinin yargı mercilerinden alınarak MİT'e verilmesi, MİT'e bazı şahsi suçları, görev suçu kapsamında değerlendirerek bunların özel bir soruşturma usulüne tabi kılınabilmesi imkânını tanımakta, bu yönüyle Kanun'un başka bir hukuki müessese için kabul ettiği usulün, öngörülme bir alanda kullanılması keyfilikğine izin vermektedir. Kanun'un öngördüğü yeni usul, çok geniş bir alanla ilgili olarak suç teşkil edebilecek eylemlerin gerçekleşme şartlarının ve olası cezai sorumlulukların belirlenmesi imkânını ortadan kaldıracak bir nitelik taşımaktadır. Bu nitelikteki bir düzenlemeyi hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını öngören Anayasa'nın 138. maddesi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

65. Hukuk devletinde, Devletin her türlü işlem ve faaliyetinin hukuka uygun olması, kamu görevlilerinin hukuk dışına çıkan eylemlerinin etkili biçimde soruşturulması ve yargı bağımsızlığının en üst seviyede korunması gerekir. İptali istenen ibare bu niteliklere tamamen aykırı bir düzenleme içerdiğinden hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

66. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırıdır.

4- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesi

67. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

68. Daha önce belirtildiği üzere 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmesi Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

69. Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarı, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma rejimine bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 25.10.1963 günlü ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacaktır.

70. Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakanın vereceği "izin verme veya vermeme" kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilecek ve itiraz

sonucu Cumhurbaşkanının verdiği karar kesin olacaktır. Yani bu karara karşı yargı yolu kapalı olacaktır. MİT müsteşarı hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Cumhurbaşkanınca verilecek karar üzerine herhangi bir soruşturma açılması mümkün olmayacaktır.

71. Cumhurbaşkanının soruşturmaya izin yönünde karar vermesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi hallerinde ise MİT müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

72. Soruşturma kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecek ve bu karar kesin olacaktır. Bir başka ifadeyle Başbakanın kovuşturma yapılmasına yer olmadığı yönündeki kararına karşı yargı yolu kapalı olacaktır. Görüldüğü üzere dava konusu kuralla sadece MİT Müsteşarının soruşturulmasına ilişkin izin prosedürünün nasıl işleyeceği düzenlenmemekte, aynı zamanda izin verilmesi halinde söz konusu soruşturmanın yapılmasına ilişkin olarak özellikle soruşturmayı yürütecek merci yönünden genel kurallardan ayrılan özel bir soruşturma usulü benimsenmektedir.

73. 6519 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesi ile ilgili olarak Mahkememizce verilen 14.1.2015 günlü, E:2014/89 ve K:2015/3 sayılı kararda, iptali istenilen ibare ile itiraz makamı olarak Cumhurbaşkanlığı makamının belirlenmiş olması nedeniyle, hem suçtan zarar görenlerin hem de soruşturulacak kimselerin soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı yargısal denetime başvurma imkânının ortadan kaldırılmış olduğu, bu haliyle Başbakanın ve İçişleri Bakanının anılan işlemlerinin yargı denetimi dışına çıkarılmasının, Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri

arasında saydığı, kişi ya da kurumların yanı sıra idarenin ve yasama organının da anayasal ilkelerle bağlı olduğu anlamına gelen "hukuk devleti", "hak arama özgürlüğü" ve "idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması" ilkelerine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 36., 105. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ve fıkranın son cümlesi ile birlikte iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştık. İptali istenen düzenleme 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesine yollama yaptığından anılan karşıoy gerekçeleri burada da geçerlidir.

74. Belirtilen gerekçelerle kuralın iptaline karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadık.

75. Açıklanan nedenlerle, 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yukarıda belirtilen kuralları ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2015/52
Karar Sayısı : 2016/1
Karar Tarihi : 13.1.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin;

1- (8) numaralı fıkrasının *"Bu Kanunun... 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,... suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir."* bölümünün,

2- (9) numaralı fıkrasının *"Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun ... veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır."* bölümünün,

Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıklar hakkında uyuşturucu madde ticareti suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı oldukları kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükümleri

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 191. maddesi şöyledir:

"Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak

Madde 191-

(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.

(3) Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir.

(4) Kişinin, erteleme süresi zarfında;

a) Kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi,

b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması,

c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, hâlinde,

hakkında kamu davası açılır.

(5) Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, dördüncü fıkra uyarınca ihlal nedeni sayılır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmaz.

(6) Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrada tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.

(7) Şüpheli erteleme süresi zarfında dördüncü fıkrada belirtilen yükümlülüklere aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediği takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.

(8) **Bu Kanunun;**

a) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,

b) 190 ıncı maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma,

suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

(9) **Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171 inci maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır.**

(10) Birinci fıkradaki fillerin; okul, yurt, hastane, kışla veya ibadethane gibi tedavi, eğitim, askerî ve sosyal amaçla toplu bulunulan bina ve tesisler ile bunların varsa çevre duvarı, tel örgü veya benzeri engel veya işaretlerle belirlenen sınırlarına iki yüz metreden yakın mesafe içindeki umumi veya umuma açık yerlerde işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

B- İlgili Kanun Hükmü

5271 sayılı Kanun'un ilgili görülen 231. maddesi şöyledir:

“Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması

Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmaz.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) *Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.*

(10) *Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.*

(11) *Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.*

(12) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.*

(13) *Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.*

(14) *Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."*

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 17.6.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mücahit AYDIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili kanun hükümleri, dayananın Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme tarafından 5237 sayılı Kanun'un (8) numaralı fıkrasının *"Bu Kanununun ... 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, ...suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir."* bölümünün ve (9) numaralı fıkrasının *"Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun ...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır."* bölümünün iptali istenilmiş olmakla birlikte anılan bölümlerin *"...188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,..."* ve *"...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi..."* ibareleri dışında kalan kısımları, anılan fıkralarda yer alan ve iptali istenilmeyen kurallar yönünden de geçerli olan ortak hüküm niteliğindedir.

5. Bu nedenle esasa ilişkin incelemenin, söz konusu fıkralarda yer alan *"...188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,..."* ve *"...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi..."* ibareleriyle sınırlı olarak yapılması gerekir.

B- Kuralın Anlam ve Kapsamı

6. 5237 sayılı Kanun'un 191. maddesinde, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma fiilleri, hapis cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmiştir. Uyuşturucuyla daha etkin

mücadele çerçevesinde, 6545 sayılı Kanun'la 5237 sayılı Kanun'un 191. maddesinde yer alan ceza miktarı ve güvenlik tedbirlerinde değişiklikler yapılmıştır.

7. Yapılan değişiklikten önce, 191. maddede düzenlenen suç için *"bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası"* öngörülmesinin yanı sıra hüküm verilmeden önce veya hüküm verildikten sonra *"tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri"* uygulanmasına da karar verilebileceği kabul edilmek suretiyle hâkime farklı seçeneklerden birini tercih etmek konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim, yalnızca mahkûmiyet kararı verebileceği gibi hüküm vermeden önce davada durma kararı vererek ya da hüküm verdikten sonra cezanın infazını erteleyerek sanık hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verebilmekte iken uygulamada, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesinde birtakım sorunlarla karşılaşıldığından, bu hususlarda değişikliklere gidilmiştir.

8. Kanun'un 191. maddesinde 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında bu suçun yaptırımı *"iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası"* olarak öngörülmüştür. Bunun yanı sıra bu suçtan başlatılan soruşturmalarda, Cumhuriyet savcısı tarafından *"beş yıl süreyle kamu davası açılmasının ertelenmesine"* karar verileceği, bu süre içinde şüpheliler hakkında asgari bir yıllık süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanacağı, bu sürenin Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl uzatılabileceği, gerekli görülmesi halinde şüphelinin denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tâbi tutulabileceği, şüphelinin erteleme süresi içinde yükümlülüklerine uygun davranması durumunda hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verileceği, kişinin erteleme süresi içinde yükümlülüklerine aykırı davranmakta ısrar etmesi veya tekrar aynı suçu işlemesi halinde ise hakkında kamu davası açılacağı ancak erteleme süresi içinde tekrar işlenen suçun ertelemeye ilişkin yükümlülüklerin ihlali sayılacağı ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılamayacağı, ertelemeye ilişkin yükümlülüklerin ihlali nedeniyle kamu davası açılmasından sonra aynı suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda kamu davası açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

9. Maddenin (8) numaralı fıkrasında, Kanun'un 188. maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ya da 190.

maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçundan yapılan kovuşturmada, suçun münhasıran 191. madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği; (9) numaralı fıkrasında ise, maddede aksine düzenleme bulunmayan hallerde, 5271 sayılı Kanun'un kamu davası açılmasının ertelenmesine ilişkin 171. maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

10. Bu şekilde, 191. maddede tanımlanan suçtan dolayı başlatılan soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı tarafından beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma aşamasında suçun münhasıran 191. madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği öngörülmüştür.

11. Maddenin (8) numaralı fıkrasında yer alan "...188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,..." ibaresi ile (9) numaralı fıkrasında yer alan "...veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi..." ibaresi, itiraz konusu kuralları oluşturmaktadır.

C- İtirazın Gerekeşi

12. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralları da içeren 191. madde ile kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçundan başlatılan soruşturmada kamu davası açılmasının ertelenmesine karar verilmesinin öngörüldüğü ve ertelemeye ilişkin olarak şüpheli lehine özel düzenlemelere yer verildiği, kovuşturma aşamasında suçun münhasıran madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde ise itiraz konusu kurallarla daha aleyhe olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin öngörüldüğü; bu şekilde kasıtları ve fiilleri aynı olan şahıslar hakkında sırf suç niteliğinin savcılıkça farklı değerlendirilmesi nedeniyle farklı hukuki sonuçlar doğduğu, aynı fiillerin farklı hukuki sonuçlara tabi tutulmasının hukuk güvenliği, kanun önünde eşitlik ve suçta ve cezada kanunilik ilkeleriyle bağdaşmadığı, ayrıca itiraz konusu kurallarla hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin genel hükümlerin çeliştiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

D- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

13. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de *"belirlilik"* tir. Bu ilkeye göre, yasal 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 keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlayabilir. 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.

14. Anayasa'nın 10. maddesinde de *"kanun önünde eşitlik"* ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke, hukuki durumları aynı olanlar için söz konusu olup eylemli değil hukuksal eşitliği ifade eder. 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 çiğnenmesi 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 durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulması tek başına Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesini zedelemeyebilir.

15. Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ise, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri

düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir.

16. Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla yakından ilgili olması 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'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza siyaseti araçlarının hangi suçlara nasıl uygulanacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

17. Anayasa'nın 58. maddesinin ikinci fıkrasında "*Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.*" denilmiştir. Kanun koyucunun, Anayasa ile kendisine verilen uyuşturucuyla mücadele etmek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü kapsamında ve ceza siyasetini belirleme yetkisi dâhilinde kanuni düzenlemeler yapabileceği kuşkusuzdur.

18. 5237 sayılı Kanun'un 191. maddesinde düzenlenen suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmalarda, uyuşturucu madde bağımlısı olma potansiyeline sahip kişilerin topluma kazandırılmasını sağlamak üzere kamu davası açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin öngörülmesi de bu düzenlemelerin bir sonucudur. Bu düzenlemelerle, kanun koyucunun, uyuşturucu maddelerle ve bu maddelere bağımlılıkla mücadele gibi toplumun tamamını ilgilendiren bir konuda doğrudan cezalandırma yerine belirli bir süre tanıyarak topluma kazandırma yöntemini tercih ettiği anlaşılmaktadır.

19. İtiraz konusu kuralların gerekçesinde, *“suçun vasfının yargılama aşamasında değişmesi durumunda uygulamada çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi”* amacıyla, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ile ticareti ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçlarından yapılan kovuşturmada, suçun münhasıran 191. madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi öngörülmek suretiyle, *“soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının, kovuşturma aşamasında suçun vasfının değişmesi durumunda mahkeme tarafından verilmesinin”* sağlandığı ifade edilmiştir.

20. İtiraz konusu kurallarda, kovuşturma evresinde suçun münhasıran 191. madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde *“madde hükümleri çerçevesinde”* hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verileceği, *“maddede aksine düzenleme bulunmayan hallerde”* 5271 sayılı Kanun’un hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun koyucu, uyuşturucuyla mücadele çerçevesinde, 191. madde kapsamına giren suçtan dolayı başlatılan soruşturmalarda kamu davası açılmasının ertelenmesi kurumunun özel bir biçimde uygulanmasını öngörmüş, kovuşturma aşamasında suçun bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde de işin doğası gereği, bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceğini düzenlemiştir. Kanun’un gerekçesinden ve itiraz konusu kurallardan, kovuşturma aşamasında verilecek olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, maddede öngörülen kamu davası açılmasının ertelenmesine ilişkin özel hükümler çerçevesinde uygulanacağı, aksine düzenleme bulunmayan hallerde ise genel hükümlere müracaat edileceği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, teknik farklılıklar dışında, 191. madde kapsamına giren suç için iki farklı ceza hukuku kurumunun aynı esaslar çerçevesinde uygulanması gerekmektedir. Böylece, 191. maddede tanımlanan fiilin konu olduğu soruşturma veya kovuşturmalarda uygulanması öngörülen hukuki kurumların, kişilerin hak ve özgürlükleri alanında farklı hukuki sonuçlar doğurmalarının önüne geçildiğinden *“kanun önünde eşitlik”* ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

21. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması gibi ceza siyaseti kurumlarının, cezanın bireyselleştirilmesi çerçevesinde belirli suçlar için kanunda koşullarının belirtilmesi suretiyle özel bir şekilde uygulanmasının öngörülmesi Anayasa'nın temel ilkeleri dâhilinde kanun koyucunun takdir yetkisindedir. İtiraz konusu kurallarla hangi fiile hangi yaptırımın uygulanacağı da açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmiş olduğundan, kurallar hukuk güvenliği ve suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırı değildir.

22. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV- HÜKÜM

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin;

A- (8) numaralı fıkrasının;

1- *"Bu Kanunun... 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,... suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir."* bölümüne ilişkin esas incelemenin, *"...188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,..."* ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına,

2- *"...188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

B- (9) numaralı fıkrasının;

1- *"Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun ... veya hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır."* bölümüne ilişkin esas incelemenin, *"...veya*

hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi...” ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına,

2- “...veya hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

13.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

Esas Sayısı : 2015/60
Karar Sayısı : 2016/2
Karar Tarihi : 13.1.2016

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY, Levent GÖK ile birlikte 120 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27.3.2015 tarihli ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendine eklenen "...her türlü program,...", "...yapım ve yayınlarla..." ve "...mal ve..." ibarelerinin, Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu kuralın yer aldığı (n) bendi şöyledir:

"İstisnalar

Madde 3

...

(n) Erbaş ve erler ile askerî malzemelerin hava yoluyla taşınması için Türk Hava Yolları Anonim Ortaklığından yapılacak hizmet alımları, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü'nün her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal ve hizmet alımları ile uluslararası mükellefiyetlerden doğan

veya ulusal amaçlı; savunma, güvenlik, insani yardım gibi durumlarda ortaya çıkabilecek acil ihtiyaçların, süratli ve etkin bir biçimde temini amacıyla, önceden güvenceler alınmasına olanak sağlayan anlaşmalar veya sözleşmeler yapmak suretiyle mal ve hizmet alımları,

...

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 17.6.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise 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, iptali istenilen kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, Anadolu Ajansı'nın asıl faaliyet alanının haber ajanslığı yaparak haber üretmek, bu haberleri yazılı ve görsel medyaya satmak olduğu, her türlü program ile yapım ve yayım ve bunlarla ilgili mal ticaretinin Anadolu Ajansının faaliyet alanının dışında kaldığı; Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun, "her türlü programlar" ile "yapım ve yayım"ı ve bunlarla ilgili "mal"ları, çok sayıda firmanın faaliyette bulunduğu piyasadan saydam, rekabetçi, kamuoyu

denetimine açık, güvenilir ihale usulleriyle temin etmesi gerekirken, 4734 sayılı Kanun'un kapsamında bulunmayan ve kamu denetiminden bağışık tutulan Anadolu Ajansı aracılığıyla karşılaşmasının, kendisine keyfi hareket edebileceği çok geniş ve kuralsız bir takdir yetkisi vermesinin ötesinde Anadolu Ajansını en yüksek kâr düzeyine ulaştırmak için kuraldışı yollara teşvik ederek maliyetinin kamu bütçesinin üzerine yıkılmasına neden olacağı, kuralın istisna tutulan faaliyet alanlarında hizmet veren firmalar yönünden hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle de bağdaşmadığı, ayrıca Anadolu Ajansının esas faaliyet alanına girmeyen "her türlü programlar" ile "yapım ve yayım"ın ve bunlarla ilgili "mal"ların, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunca Anadolu Ajansı üzerinden rekabetçilikten uzak bir şekilde karşılanmasının, sektörün sağlıklı ve düzenli işlemesini sekteye uğratacak sonuçlara yol açacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Dava konusu ibarelerin bulunduğu kuralda, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğünün her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketine yapacağı mal ve hizmet alımlarının, ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun'a tâbi olmadığı hüküm altına alınmıştır.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden biri de kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılmasıdır. Bütün organları üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olduğu, kanun koyucunun faaliyetlerinde Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı bulunduğu hukuk devletinde, kanunların çıkarılabilmesi için kamu yararının bulunması şarttır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da ifade edildiği üzere, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararır. Bu saptamanın doğal sonucu, kamu yararı düşüncesine dayanmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına

yasa kuralı konulamayacağıdır. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayırık hal dışında, bir yasa kuralının ülke ihtiyaçlarına uygunluğu bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirindedir ve salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

6. Kamu İhale Kanunu'nda kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kanun'un 2. maddesinde Kanun kapsamında bulunan idareler, 3. maddesinde de ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç, bu Kanun hükümlerine tâbi olmayan mal ve hizmet alımları belirlenmiştir. Dava konusu kural da Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu için istisna hükümlerinden birini oluşturmaktadır.

7. Mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri yönünden 4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu, tarafsız radyo televizyon yayıncılığını yerine getiren, anayasal kamu tüzel kişiliğine sahip özerk bir kurumdur. Anadolu Ajansı ise kamu iştiraki ile faaliyetini sürdüren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tâbi bir sermaye şirketi olmakla birlikte bazı yasal düzenlemelerle, ticaret şirketlerine uygulanan kimi kurallardan muaf tutulmuş, malları ve personeli farklı statüde kabul edilmiştir. Anadolu Ajansı'nın şirket olarak amacı ve konusu, yurt içinde ya da yurt dışındaki olaylarla ilgili doğru, çabuk, tarafsız ve çağdaş haber ve fotoğraf, görüntü ve 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.

8. Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun'da öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi esas alınarak belirlenen usullerin dışına çıkarılırken, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

9. Kanun'un gerekçesinde, başta haber hizmeti olmak üzere yapım ve yayın hizmetlerinde çoğu zaman acil kararlar alma zorunluluğu bulunduğu, yürürlükteki mevzuat ile Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu'nun faaliyetlerinin en uygun düzeyde yürütülmesinde güçlükler yaşandığı, özellikle kamu kurum ve kuruluşlarından yapılan mal ve hizmet alımlarının temin sürecindeki sıkıntıların Kurum faaliyetlerini olumsuz etkilediği, bu anlamda Kurumun, Anadolu Ajansından yapacağı her türlü program, haber, yapım ve yayınlarla ilgili mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun'un istisna kapsamına alınmasının, kamusal yayıncılıkta etkinliği ve verimliliği artıracığı belirtilmektedir. Dava konusu düzenlemeyle, Anadolu Ajansından Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun ihtiyacı olan arşiv, yapım, yayın ve programları içeren mal ve hizmet paketlerinin kısa sürede ve düşük maliyetle elde edilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir.

10. Belirtilen hususlar gözetildiğinde, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun her türlü program, yapım ve yayınlarla ilgili olarak Anadolu Ajansı Türk Anonim Şirketinden yapacağı mal alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda, hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

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

12. Kuralın Anayasa'nın 167. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

13. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın yürürlükte kalmasının kamu bütçesinin keyfi, savurgan ve usulsüz harcanmasından dolayı vergi mükelleflerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına sebebiyet vereceği, anayasal düzenin hukuka aykırı düzenlemelerden en kısa sürede arındırılmasının hukuk devleti sayılmanın en önemli gereklerinden sayıldığı, hukuk üstünlüğünün sağlanamadığı düzende kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altında bulunmayacağı belirtilerek kuralın, yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir.

27.3.2015 tarihli ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendine eklenen "...her türlü program,...", "...yapım ve yayınlarla..." ve "...mal ve..." ibarelerine yönelik iptal talepleri, 13.1.2016 tarihli, E.2015/60, K.2016/2 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE, 13.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

27.3.2015 tarihli ve 6637 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendine eklenen "...her türlü program,...", "...yapım ve yayınlarla..." ve "...mal ve..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, 13.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2015/85
Karar Sayısı : 2016/3
Karar Tarihi : 13.1.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 2. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesinin, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının, "6 ay süreli durdurma" cezası ile cezalandırılmasına dair kararın iptali talebiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu maddesi şöyledir:

"Madde 83- Gerek inzibat komisyonları tarafından ve gerek salahiyet dairesinde re'sen verilecek inzibat cezalarını icap ettiren fiil ve hareketlerin ne olduğunu ve cezaların derece ve miktarı, polis mesleğinin haiz olduğu hususiyet ve ehemmiyet gözetilerek tanzim edilecek nizamnamede tayin olunur. Memuriyette ihraç cezası müstesnadır."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 10.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. 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 kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen 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. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 83. maddesinin iptalini talep etmiştir. Maddenin ilk cümlesinde, gerek disiplin kurulları, gerekse yetkili makamlarca resen verilecek disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketler ile cezaların derece ve miktarının, polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özellik gözetilerek düzenlenecek tüzükle belirleneceği öngörülmüştür. Maddenin ikinci cümlesinde ise "*Devlet memurluğundan çıkarma*" cezası, tüzükle belirlenecek hususların kapsamı dışında tutulmuştur.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada davacı hakkında uygulanan disiplin cezası, "*Devlet memurluğundan çıkarma*" cezasından farklı bir ceza olduğundan itiraz konusu maddenin ikinci cümlesi davada uygulanacak kural değildir. Belirtilen cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

5. Açıklanan nedenlerle, 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesinin;

A- İkinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- Birinci cümlesinin ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS 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- Kuralın Anlam ve Kapsamı

7. Emniyet teşkilatı mensuplarına verilecek disiplin cezaları, disiplin kurullarının oluşumu, disiplin amirlerinin kimler olduğu, disiplin kurulları ve amirleri tarafından hangi görevlilere, hangi cezaların verilebileceği, verilen disiplin cezalarının ne şekilde kesinleşeceği hususları 3201 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun'un 83. maddesinde, disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketler ile cezaların derece ve miktarının, polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özellik gözetilerek düzenlenecek tüzükle belirleneceği, ancak Devlet memurluğundan çıkarma cezasının müstesna olduğu hükme bağlanmıştır. Devlet memurluğundan çıkarma cezası yönünden kanunla düzenleme esasını benimseyen kanun koyucu, bu ceza dışında kalan diğer disiplin cezaları yönünden, belirtilen hususların polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özelliğın gözetilerek tüzükle düzenlenmesini öngörmüştür.

8. Maddenin, disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketler ile cezaların derece ve miktarının, polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özellik gözetilerek düzenlenecek tüzükle belirlenmesini öngören birinci cümlesi, itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

B- İtirazın Gerekçesi

9. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda emniyet teşkilatı mensuplarının hangi fiillerine, hangi disiplin cezalarının verileceği hususunun tüzükle düzenlenmesinin öngörüldüğü, disiplin işlemleri konusunda kamu görevlisi olan emniyet teşkilatı mensupları için getirilmiş kanuni bir güvencenin bulunmadığı, disiplin uygulamalarıyla ilgili genel ilkelerin belirlenmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

10. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."* denilmek suretiyle memurlar ve diğer kamu görevlileri, özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin ve bu bağlamda emniyet teşkilatı mensuplarının statü haklarını doğrudan etkileyen disiplin işlemlerinin *"diğer özlük işleri"* kavramı kapsamına girdiğine kuşku bulunmamaktadır.

11. Kanuni düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, kanuni düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz.

12. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz."* denilerek *"suçun kanuniliği"* ilkesi; üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."* ifadesine yer verilerek *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

13. Anayasa'nın 38. maddesinde idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından, her ikisi de bu maddede öngörülen ilkelere tabidir. Adli ve idari suçlarda davranış normlarına aykırı ve haksızlık teşkil eden bir fiille, kanun koyucunun koruma altına aldığı bir hukuki değer ihlali söz konusu olup adli ve idari cezaların her ikisi de cebir içermektedir.

14. Korunan hukuki değer ile ihlalin neden olduğu hukuki sonuçların aynı olmaması ise, idari suç ve cezalar ile adli suç ve cezalar

arasındaki temel farklılığı oluşturmaktadır. Adli para cezalarından daha yüksek miktarlarda idari para cezalarının verilebilmesine olanak tanıyan düzenlemeler de bulunmakla birlikte adli suçlar için öngörülen cezaların idari suçlar için öngörülen cezalardan genellikle daha ağır olması, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak adli suçlar yönünden geçerli olabilmesi, idari suçlarda kanun koyucunun daha az önem attığı bir hukuki değer ihlal edilmesi ve öngörülen yaptırımın da genellikle idari bir makam tarafından idari usuller izlenerek uygulanması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin aynı boyut ve kapsamıyla idari suçlara da uygulanması, işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu bağlamda, yasama organının ağır işleyen yapısı ile ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartları gözetilerek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin idari suçlar yönünden daha esnek uygulanması gerekmektedir.

15. Buna karşılık, *“suçta ve cezada kanunilik”* ilkesinin daha esnek uygulandığı idari suçlar yönünden de suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin yalnızca kanun metninde yer alması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E.2014/100, K.2015/6 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

16. Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacıyla öngörülmüş, yapma veya yapmama biçiminde beliren davranış kurallarının ihlali hâlinde uygulanan, yasal olarak düzenlenmiş idari yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürütenlerin görev, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları ilgili kanunlarda öngörülmüştür.

17. Emniyet teşkilatı mensuplarının disiplin suçları, Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen

hususlar arasında yer almaktadır. Kanun'da disiplin cezalarının türleri, disiplin cezası vermeye yetkili makamlar ve cezaların kesinleşme usulü belirlendiği hâlde söz konusu cezaların verilmesini gerektiren disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesini öngören kuralla getirilen tek ölçüt, "polislik mesleğinin haiz olduğu önem ve özelliğın gözetilmesi" olup, bunun dışında herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu hâliyle disiplin suçları konusunda emniyet teşkilatı mensupları için getirilmiş kanuni bir güvence bulunmamaktadır. İtiraz konusu kural, disiplin suçlarıyla ilgili genel ilkeleri ortaya koymamakta, çerçeveyi çizmemekte, disiplin cezalarını gerektiren eylemleri genel hatlarıyla da olsa belirlememektedir.

18. Belirtilen niteliği nedeniyle disiplin cezalarını gerektiren fiil ve hareketlerin, düzenlenecek tüzükle belirlenmesini öngören itiraz konusu kural, yaptırım konusu eylemleri yasal düzeyde belirlememekte ve bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımamaktadır. Bu yönüyle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "suçta kanunilik" ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında hükme bağlanan "kanuni düzenleme" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

IV- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

20. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

21. 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesinin birinci cümlesinin 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 bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V- HÜKÜM

4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesinin birinci cümlesinin 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, 13.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

Esas Sayısı : 2015/40
Karar Sayısı : 2016/5
Karar Tarihi : 28.1.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan "...beş yıldır..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının, Kamu İhale Genel Tebliği'nin 43. maddesinin birinci fıkrasının iptali talebiyle açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 62. maddesi şöyledir:

"İdarelerce uyulması gereken diğer kurallar

Madde 62- Bu Kanun kapsamındaki idarelerce mal veya hizmet alımları ile yapım işleri için ihaleye çıkılmadan önce aşağıda belirtilen hususlara uyulması zorunludur:

a) Yatırım projelerinin plânlanan sürede tamamlanarak ekonomiye kazandırılabilmesi amacıyla, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yıllar itibariyle ödeneğin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere programlamanın yapılmış olması zorunludur. İlk yıl için öngörülen ödenek proje maliyetinin % 10'undan az olamaz ve başlangıçta

daha sonraki yıllar için programlanmış olan ödenek dilimleri sonraki yıllarda azaltılamaz.

b) Öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkan verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılması, birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılması esastır. (Ek ibare: 30/7/2003-4964/38 md.) Ancak ertesi malî yılda gerçekleştirilecek süreklilik arz eden mal ve hizmet alımları için bir önceki malî yıl sona ermeden ihaleye çıkılabilir.

c) (Değişik: 18/4/2007-5625/5 md.) Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamaz. İhale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir. Arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içmesuyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmaz.

d) (Değişik: 30/7/2003-4964/38 md.) İdarelerce bütçesinin programlanmasında, ihalede ise isteklilerce verilen tekliflerin karşılaştırılmasında kullanılmak üzere tespit edilen yaklaşık maliyet isteklilere duyurulmaz.

e) (Değişik: 10/9/2014-6552/10 md.) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.

f) İhale dokümanı hazırlanmadan ilân yapılamaz. İlân sürelerinin hesaplanmasında ilânın yayımlandığı gün dikkate alınır, ihale günü veya son başvuru günü dikkate alınmaz. 13 üncü maddede belirtilen ilân sürelerine uyulmak üzere, ilân yapılmasına kadar geçecek süre de gözönüne alınarak ilân yapılacak yerlere yeterli süre öncesinde ilân metinlerinin gönderilmesi zorunludur.

g) İhale için tespit olunan tarih tatil gününe rastlamışsa ihale, tekrar ilâna gerek kalmaksızın tatili takip eden ilk iş gününde aynı yer ve saatte yapılır ve bu saate kadar verilen teklifler kabul edilir. İhale saati çalışma saati dikkate alınarak tespit edilir. İlândan sonra çalışma saati değişse de ihale ilân edilen saatte yapılır.

h) (Değişik: 20/11/2008-5812/24 md.) İş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine başvurularında, toplam süresi onbeş yılı geçmemek kaydıyla mezuniyetlerinden

sonra geçen her yıl, yüzymiiikibinüçyüzseksenyedi Yeni Türk Lirası olarak hesaplanmak üzere 10 uncu madde kapsamındaki benzer iş deneyimi olarak dikkate alınır. Bu süre iş deneyimi bulunan mimar ve mühendisler için uygulanmaz. Bu bent kapsamında elde edilen deneyim mühendis ve mimarın **beş yıldır** en az % 51 hissesine sahip olduğu (...) tüzel kişiler tarafından da kullanılabilir.

ı) (Ek: 30/7/2003-4964/38 md.) Bu Kanununun 21 ve 22 nci maddelerindeki parasal limitler dahilinde yapılacak harcamaların yıllık toplamı, idarelerin bütçelerine bu amaçla konulacak ödeneklerin %10'unu Kamu İhale Kurulunun uygun görüşü olmadıkça aşamaz."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 22.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

3. 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, ihale konusu işi yapabilecek ehliyetteki ilgililerin ihalelere katılımının sağlanması amacıyla, ihaleye katılacak isteklilerde aranacak ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklere ilişkin belgelere yer verilmiştir. Bu bağlamda, maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı

alt bendine göre ihale konusu iş veya benzer işlere ilişkin iş deneyim belgeleri, ilgilinin mesleki ve teknik yeterliğinin tespiti için ihaleye başvuru aşamasında gerekli olan belgelerden biridir. İş deneyim belgeleri; yapılan iş karşılığı bedel içeren tek bir sözleşmeye dayalı olarak, Kanun kapsamındaki idareler ile Kanun kapsamı dışındaki diğer kamu kurum ve kuruluşlarına (kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) gerçekleştirilen işler için iş sahibi tarafından düzenlenmektedir.

4. Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında iş deneyim belgelerinin, belge sahibi kişi veya kuruluşların dışındaki istekliler tarafından kullanılmayacağı, devredilemeyeceği, kiraya verilemeyeceği ve satılmayacağı, belge sahiplerinin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğin yarısından fazla hissesine sahip olmalarının ve her ihalede bu oranın aranmasının ve teminat süresince de bu oranın muhafaza edilmesinin zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

5. Yapım işleri sektörünün daha sağlıklı ve profesyonel olarak işlemlerini sağlamak, yapım teknikleri konusunda akademik eğitim alan ve belli bir uzmanlık seviyesini kazanan mimar ve mühendislerin yapım işleri sektörüne geçişlerini kolaylaştırmak amacıyla Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle, mühendis ve mimarlar yönünden yapım işi ihaleleriyle sınırlı olarak iş deneyim belgesinin bulunması zorunluluğuna istisna getirilmiş, iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitime uygun yapım işi ihalelerine mezuniyet belgeleriyle başvurabilmelerine imkân tanınmıştır. Bilgilerinden istifade etmek, bu suretle kaliteli ve nitelikli yapım işlerini gerçekleştirmek amacı doğrultusunda mezuniyet belgelerinin de (iş deneyim belgelerinde olduğu gibi) hak sahibi tarafından kullanılması mecburiyeti öngörülmüş, söz konusu belgelerin başkaları tarafından kullanımı, devri, kiraya verilmesi veya satışı yasaklanmıştır.

6. Öte yandan kanun koyucu, bilgi ve sermayenin birlikte kullanımına imkân tanımak amacıyla 62. maddenin birinci fıkrasının (h) bendinin üçüncü cümlesinde, iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, aldıkları lisans eğitime uygun yapım işi ihalelerine

başvurularında benzer iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerinin, beş yıldır en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişiler tarafından da kullanılabilceğini hükme bağlamış olup söz konusu cümlede yer alan "...beş yıldır..." ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

B- İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda iş deneyimi bulunmayan mühendis veya mimarların, beş yıldır en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişiler tarafından, lisans eğitimine uygun yapım işi ihalelerine yapılan başvurularda benzer iş deneyimi olarak mezuniyet belgelerinin kullanılabilceğinin hükme bağlandığı, "beş yıl" ortaklık şartının aranmasının, mühendis veya mimarların yapım işi sektörüne katılımını kolaylaştırmak biçimindeki hüküm gerekçesiyle bağdaşmadığı, "beş yıl" ortaklık şartı ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunmadığı, bu hâliyle kuralın "orantılılık" ilkesini ihlal ettiği, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinin üçüncü fıkrasında iş deneyim belgesine sahip ilgililerin kuracakları veya ortak olacakları tüzel kişiliklerin ihaleye girebilmesinde en az bir yıldır tüzel kişiliğın yarısından fazla hissesine sahip olmaları aranırken, itiraz konusu kuralda beş yıl ortaklığın aranmasının makul olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına saygılı olan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

9. 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 göz önünde tutarak kullanması gerekir.

10. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle 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 ve “*orantılılık*” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “*ölçülülük ilkesi*” gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

11. Mezuniyet belgesini kullanacak tüzel kişi yönünden, mühendis veya mimarın belirli bir süre boyunca o tüzel kişinin belirli bir oranda hissesine sahip olma şartının öngörülmesi, salt mühendis veya mimarın mezuniyet belgesini kullanmak amacıyla yapılabilecek sembolik ortaklıkların önüne geçilmesi, teknik donanım ve ekonomik güce sahip şirketlerle yapım işi alanında akademik eğitim almış ve böylece belli bir uzmanlık seviyesine ulaşmış, mühendislik veya mimarlık diplomasına sahip kişilerin bilgisinin birleştirilmesi ve bunun sonucunda yapılan işin kalitesinin artırılması amacını gütmektedir. Bu amaç göz önünde bulundurulduğunda itiraz konusu kuralın, ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişsiz ve gereksiz olduğundan söz edilemez.

12. İş deneyim belgesi, ihale konusu işle aynı veya benzer bir işin daha önce yapılması hâlinde düzenleniyor olması nedeniyle iş deneyim belgesine sahip ilgili, yapım işi sektöründe faaliyet gösterdiğini, bu belgeyle ortaya koymaktadır. İlgilinin yapım işi sektöründe fiilen rol aldığı ortaya konulmuş olması karşısında, bu belgenin, sembolik ortaklıklar kurulması suretiyle kötüye kullanılma ihtimali büyük oranda azalmaktadır.

13. Ayrıca iş deneyim belgesinin ihale konusu işe veya benzer işlere ilişkin olması gerekirken mezuniyet belgesinin, ihale konusu işe veya benzeri işlere ilişkin olma zorunluluğu bulunmayıp ihale belgesinde belirtilen lisans eğitimine yönelik olmasının yeterli olması karşısında,

iş deneyim belgesine göre çok daha geniş alanda uygulanma imkânı bulunmaktadır.

14. Bir kuralın orantılı olup olmadığının belirlenmesi, o kuralın yer aldığı düzenlemenin bir bütün olarak ele alınmasını ve diğer kurullarla ilişkisinin göz önünde bulundurulmasını gerekli kılar. Mühendis veya mimarların belirli bir süre boyunca ve belirli bir oranda hissesine sahip olduğu tüzel kişilerin, yapım işi ihalelerine başvurularında iş deneyim belgesi yerine mezuniyet belgelerinin kullanılabilmesine imkân tanıyan itiraz konusu kural, ilgililer lehine bir düzenleme getirmektedir. Kanun koyucunun, bu kapsamda getirdiği düzenlemenin sınırlarını belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Mühendis veya mimarların, 10. maddede ifade edilen temel kural gereğince iş deneyim belgelerini, en az bir yıldır yarısından fazla hissesine sahip oldukları tüzel kişilere kullandırmaları her zaman için mümkün olduğu gözetildiğinde, mühendis veya mimarların beş yıldır en az %51 hissesine sahip olduğu tüzel kişilere iş deneyim belgesi yerine mezuniyet belgesini kullanabilme yönünde seçimlik bir imkân tanıyan ve lehe düzenleme niteliği taşıyan itiraz konusu kuralın, bir bütün olarak ele alınıp temel kuralla yukarıda belirtilen farklılıkları da dikkate alındığında orantısız olduğu söylenemez.

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

16. Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

17. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan "... beş yıldır..." ibaresine yönelik iptal talebi, 28.1.2016 tarihli ve E.2015/40,

K.2016/5 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE, 28.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan "...beş yıldır..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.1.2016 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

"Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı" Türkiye Büyük Millet Meclisince (TBMM) 20.11.2008 tarih ve 5812 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 5.12.2008 tarih ve 27075 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 24. maddesi ile 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin değiştirilen (h) bendinin iptali istenen son cümlesinin ve dolayısıyla "...beş yıldır..." ibaresinin "Kanun Tasarısı"nda yer almadığı ve bu düzenlemenin TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonunca Tasarı metnine eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrardan ibaret olan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonunda Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan “başka” kanunlarda ek ve değişiklik getiren “yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki” değişikliklerin “Genel Kurul” tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır...” hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir “son oylama”nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve

Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiğı ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; anılan kuralın Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptali gerektiğı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2014/92
Karar Sayısı : 2016/6
Karar Tarihi : 28.1.2016

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Üçüncü cümlesinde yer alan "...otuz gün içinde..." ibaresinin,

2- Dördüncü cümlesinde yer alan "*İlan süresi geçtikten sonra...*" ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.*" ibaresinin,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile..." ve "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibarelerinin,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 10., 13., 22., 26., 28., 35., 36., 37., 40., 138., 140., 167. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların da yer aldığı;

1. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi şöyledir:

"Madde 11- (Değişik : 5/11/2003-4999/6 md.)

(Değişik birinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilir. Bu ilan ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmündedir. Tutanak ve haritalara karşı itirazı olanlar; askı tarihinden itibaren otuz gün içinde kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilirler. İlan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalar kesinleşir. Orman kadastro komisyonlarınca düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan

önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine hariç itiraz olunamaz ve dava açılmaz.

(Değişik ikinci fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Hak sahibi gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılacak sınırlamaya itiraz davalarında hasım Orman Genel Müdürlüğü; 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarma işlemlerine karşı açılacak itiraz davalarında ise hasım Hazine ve Orman Genel Müdürlüğüdür.

(Değişik üçüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Orman Genel Müdürlüğüne açılacak davalarda hasım, hak sahibi gerçek ve tüzel kişilerdir.

(Değişik dördüncü fıkra: 26/2/2014-6527/1 md.) Kadastrosu yapıлып kesinleşen Devlete ait ormanlar orman vasfı ile, 2 nci maddeye göre orman sınırları dışına çıkarılan yerler ise kaydında belirtme yapılarak hâlihazır vasfı ile; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle, en geç üç ay içinde hiçbir harç ve bedel alınmaksızın Hazine adına tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu Kanunun;

a) 20.6.1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi,

b) 23.9.1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5.6.1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi,

Uygulamaları ile orman sınırları dışına çıkarılan, ancak fiilen orman olduğu Orman Genel Müdürlüğüne tespit edilen yerler, talep üzerine Maliye Bakanlığınca Orman Genel Müdürlüğüne tahsis edilir. Tahsisi yapılan bu yerler Hazine adına tapuya orman vasfıyla tescil edilir.

Sınır noktaları ile ölçü işinde kullanılan tüm noktalardaki taş, beton kazık ve diğer işaretler Orman Genel Müdürlüğüne korunur. Noktaların tahribatı veya yerlerinin değiştirilmesi yasaktır.

2. 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 9- (Ek : 31/7/2008 - 5801/2 md.)

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne yapılacak spor tesislerine bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre izin verilebilir. Verilen bu izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 25/6/2010-6001/33 md.) 9/5/1985 tarihli ve 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun çerçevesinde köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksadı ile verilen izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için bu Kanununun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre orman sayılan alanlardan bedelli izin verilebilir. Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir. (Ek cümle: 26/2/2014-6527/3 md.) Verilen bu izinlerden ağaçlandırma ve arazi izin bedeli dışında herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir. İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere, binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez.

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müstemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen **bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.**

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Ayrıca; demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası

malzemenin depolanacağı alanlara, Orman Genel Müdürlüğüne belirlenen yerlerden ağaçlandırma bedeli alınarak izin verilebilir.”

3. 2886 sayılı Kanun’un 84. maddesi şöyledir:

“İdarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklama:

Madde 84- 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda buldukları anlaşılabilir, bu fiil ve davranışlar ihale safhasında vaki olmuşsa idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmeyecekleri gibi fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir. Kararı veren idareler, bu kararı, Resmi Gazete’de ilan ettirirler. Bu kararlar ilgililerin müteahhitlik siciline de işlenir. İhalelere katılmaktan yasaklananlar, yasaklı oldukları süre içinde diğer idarelerce yapılacak ihalelere de müteahhit veya müşteri sıfatıyla katılamazlar.

Haklarında bu yolda işlem yapılanların sermayesinin çoğunluğuna sahip bulunduğu tespit edilen tüzel kişilere de aynı müeyyide uygulanır.

Üzerine ihale yapıldığı halde usulüne göre sözleşme yapmayan istekliler ile sözleşme yapıldıktan sonra taahhüdünden vazgeçen ve mücbir sebepler dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirmeyen müteahhit veya müşteriler hakkında da, ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, bir yıla kadar ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilir ve bu kararlar Resmi Gazete’de ilan ettirildiği gibi ilgililerin müteahhitlik sicillerine işlenir.

(Ek: 26/2/2014-6527/8 md.) 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden, verilecek bir aylık süre içinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatı peşin olarak ödeyenler hakkında ihaleden yasaklama kararı verilmez.

İhaleyi yapan idareler, ihalelere katılmaktan yasaklamayı gerektirir bir durumla karşılaştıkları takdirde, gereğinin yapılması için bu durumu ilgili bakanlığa bildirmekle yükümlüdürler.”

4. 2886 sayılı Kanun’un geçici 4. maddesi şöyledir:

“Geçici Madde 4- (Ek: 26/2/2014-6527/9 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 83 üncü maddede belirtilen fiil veya davranışlarda bulunanlar hariç olmak üzere, Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerden; şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 84 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen fiil veya davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği idarece tespit edilenlerden henüz yasaklama kararı verilememiş olanlar hakkında da 84 üncü maddenin dördüncü fıkrası hükmü uygulanır.”

5. 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi şöyledir:

“Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

MADDE 8- (1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayımların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayımlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir.

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(3)

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlığa itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayımlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı

alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 2/10/2014 tarihli ve E.: 2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.)

6. 5651 sayılı Kanun'un 9/A. maddesi şöyledir:

“Özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi

MADDE 9/A- (Ek: 6/2/2014-6518/94 md.)

(1) İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, Başkanlığa doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.

(2) Yapılan bu istekte; hakkın ihlaline neden olan yayının tam adresi (URL), hangi açılardan hakkın ihlal edildiğine ilişkin açıklama ve kimlik bilgilerini ispatlayacak bilgilere yer verilir. Bu bilgilerde eksiklik olması hâlinde talep işleme konulmaz.

(3) Başkanlık, kendisine gelen bu talebi uygulanmak üzere derhâl Birliğe bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhâl, en geç dört saat içinde yerine getirir.

(4) Erişimin engellenmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal eden yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanır.

(5) Erişimin engellenmesini talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde

sulh ceza hâkiminin kararına sunar. Hâkim, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek vereceği kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Başkanlığa gönderir; aksi hâlde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

(6) Hâkim tarafından verilen bu karara karşı Başkanlık tarafından 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(7) Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hâkim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.

(8) Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. (Mülga cümle: 26/2/2014-6527/18 md.)

(9) (Ek: 26/2/2014-6527/18 md.) Bu maddenin sekizinci fıkrası kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar.

7. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesi şöyledir:

“Sözleşme

MADDE 4- (1) Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.

(2) Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur. Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(3) İdarenin sözleşmede belirtilen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi hâlinde uygulanacak gecikme faizine ve şartlarına ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(4) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler (...) Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.

(5) Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır.

(6) Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.

(7) Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en

hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hâllerin neler olduğu ve bildirim usulleri yönetmelikle belirlenir. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.

(8) Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise sözleşme derhâl feshedilir.

(9) (Değişik: 26/2/2014-6527/23 md.) 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 değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağını anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine

veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.

(10) Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müstemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtarları veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz. Sözleşmenin fesih tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Önceden bildirilen günde yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve keyfiyet tutanakta belirtilir. Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez ve yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz.

(11) Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafların esasına Türk hukukunun uygulanması (...) kaydıyla ihtilafların 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.

(12) İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.

(13) *Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir.*"

8. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi şöyledir:

"Mevcut ihaleler ve yönetmelik

GEÇİCİ MADDE 1- (1) *Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.*

(2) *Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.*

(3) (Ek: 26/2/2014-6527/24 md.) *Bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gerekleri mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilir ve işler buna göre yürütülür.*

(4) *Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur."*

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın

katılımlarıyla 14.5.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 6831 Sayılı Kanun'un 11. Maddesinin Birinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...otuz gün içinde..." İbaresini İle Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "İlan süresi geçtikten sonra..." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, kuralda yapılan değişiklik ile orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalara karşı dava açma süresinin askı suretiyle ilanından itibaren altı ay iken otuz güne düşürüldüğü ve bu süre içerisinde dava açılmayan kararlara ilişkin harita ve tutanakların kesinleşmesinin öngörüldüğü, hukuksal işlemlerin sonuç doğurması için muhatabına şahsen tebliğ edilmesi gerekirken mülkiyet hakkına dayanan orman kadastrosuna ilişkin işlemlerin yüksek ve engebeli koşullarda yaşayan ya da büyük şehirlere taşınmış kişilere şahsen yapılacak tebliğ yerine ilan edilen tebliğ edilmesinin ve ilandan itibaren otuz gün içerisinde dava açma zorunluluğu olmasının mülkiyet hakkının korunması bakımından demokratik hukuk devletinin gerekleri arasında yer alan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği gibi hak arama hürriyetine ve mahkemeye erişim hakkına da engel teşkil ettiği, ayrıca ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı, bunların yanında hak arama hürriyetinin özünü ortadan kaldırdığı belirtilerek dava konusu ibarelerin, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi, Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların askı suretiyle otuz gün süre ile ilan edilmesini, bu ilanın ilgililere şahsen yapılan tebliğ hükmünde olmasını, tutanak ve haritalara karşı itirazı olanların askı tarihinden itibaren otuz gün içinde kadastro mahkemelerinde, kadastro mahkemesi olmayan yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelerde dava açabilmelerini, söz konusu ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritaların kesinleşmesini, bu tutanak ve haritaların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak Hazine haricinde itiraz olunamayacağını ve dava açılmayacağını, açılacak davalarda yer alacak hasımları, haklarındaki tutanak ve haritaların kesinleşmeleri durumunda ormanların tapuya kayıt ve tescillerini düzenlemektedir.

5. Maddede yer alan dava konusu "otuz gün" ibaresi, orman kadastro komisyonların tarafından alınan kararlara ilişkin düzenlenecek tutanak ve haritalara askıya çıkarılmalarından itibaren kadastro mahkemelerinde veya kadastro mahkemelerinin olmaması durumunda kadastro davalarına bakmakla görevli mahkemelere dava açma süresini, "İlan süresi geçtikten sonra" ibaresi ise, otuz günlük ilan ve dolayısıyla dava açma süresinin geçmesi ile birlikte dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesini öngörmektedir.

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

7. Hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ilkesi 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.

8. Kadastro tutanak ve haritalarının kesinleşmesinden itibaren on yıl içerisinde, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açılabilirse de on yıldan sonra bu nedenlere dayanarak itiraz edilemez ve dava açılmaz. Belirtilen on yıllık süre dava konusu kurallar uyarınca; otuz günlük ilan süresinin geçmesinden sonra haklarında dava açılmayan tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile başlayacaktır. Otuz günlük süre içerisinde dava açılması durumunda tutanak ve haritalar kesinleşmeyecek, kesinleşme için açılan davanın sonucu beklenecektir.

9. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Dava konusu ibarelerle öngörülen dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucuya aittir.

10. Kanun'un genel gerekçesinden, düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin 22.5.2012 tarihli ve E. 2012/108 K. 2013/64 sayılı kararı ile verilen iptal hükmünün boşluğunun doldurulması ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun benzer hükümleri ile uyumluluk sağlanması amacıyla; içeriğinden ise kadastro çalışmalarının hızlandırılarak, ivedi bir şekilde sonuçlandırılması ve taşınmazların tapuya bağlanmasının, böylece hak sahiplerinin haklarına bir an önce kavuşmalarının sağlanması dolayısıyla kamu yararı amacıyla yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ne var ki, bir düzenlemenin kamu yararına yönelik olarak yapılmış olması, onun Anayasa'ya uygunluğu bakımından tek başına yeterli değildir. Temel hak ve hürriyetler bakımından meşru amaçla getirilen sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen kriterlere aykırı olamaz. Bu anlamda dava konusu kuralların da Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık taşımaması gerektiği açıktır.

11. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren temel bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına

sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın sadece kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir.

12. Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ise bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. 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 hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Mahkemeye erişim hakkı, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi hakkını da kapsar.

13. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır.

14. Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıyaması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

15. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan, hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

16. Orman kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritaların kesinleşmesi ile gerek orman gerekse diğer vasıflardaki taşınmazların sınırları belirlenmiş olacak ve tapu kütüğüne kayıt edilebilecektir. Kesinleşme ne kadar erken olursa hak sahiplerinin haklarına kavuşmalarının da o kadar hızlı olacağı kuşkusuzdur. Ayrıca sürenin uzamasının tereddütler oluşmasına, işlemler kesinleşmediğinden sürekli itiraz edilebileceğinden hukuki belirsizliklerin yaşanmasına, hak sahiplerinin haklarına geç ulaşmalarına dolayısıyla da kamu hizmetinin aksamasına neden olacağı açıktır. Kanun koyucu belirtilen olumsuzlukların yaşanmaması için kesinleşme süresini otuz gün olarak öngörmüştür. Anılan süre sınırlamaları kamu düzeniyle doğrudan ilgili olan kadastro işlemlerinin hızlandırılması ve düzenli bir tapu sicilinin oluşturulması bakımından gereklidir. Dava konusu ibarelerle öngörülen süreler, hak sahiplerinin haklarına bir an önce ulaşmalarını, belirsizlik içerisinde kalmamalarını ve hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında kalmamalarını sağlayacağından hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkelerine dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olarak değerlendirilemez.

17. Öte yandan belli bir hakkın mahkemede ileri sürülebilmesi ya da hak arama hürriyeti kapsamında bir davanın açılabilmesi için öngörülecek süreler hukuk güvenliği ilkesi gereği olup, adil yargılama hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Dava ya da hukuki işlemler için tanınan süreler, mahkemelerin zamanın geçmesi nedeniyle güvenilirliği kalmayan, eksik ya da ulaşılması zor kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylar hakkında karar vermelerini istemekle oluşabilecek adaletsizliklerin önüne geçmek ve hukuk güvenliğini sağlamak gibi önemli ve meşru amaçlara hizmet ederler. Süre sınırlaması getiren bu müdahaleler, devletin takdir yetkisi içinde olup, ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı oldukça ve hakkın özünü zedeledikçe Anayasa'da yer alan hak arama hürriyetini engellemiş sayılmazlar.

18. Dava konusu ibarelerin de yer aldığı 6831 sayılı Kanun'un 11. maddesi uyarınca orman kadastro komisyonları tarafından alınan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar askı suretiyle otuz gün boyunca ilan edilirler. Bu şekilde yapılan ilan ilgililere şahsen gerçekleştirilmiş tebligat hükmündedir. İlan edilen bu tutanak ve haritalara karşı hak sahibi gerçek ya da tüzel kişi tarafından askı tarihinden itibaren otuz gün içerisinde kadastro mahkemelerinde, bu mahkemenin olmadığı yerlerde ise kadastro davalarına bakmakla görevlendirilmiş mahkemelerde dava açılabilir. Otuz günlük ilan süresi geçtikten sonra dava açılmayan kararlara ilişkin tutanak ve haritalar kesinleşecektir. Kesinleşme tarihinden itibaren on yıl geçmesi ile artık Hazine dışında kadastrodan önceki nedenlere dayanılarak itiraz edilemeyecek, dava açılmayacaktır. Ayrıca düzenlemede tapulu ve tapusuz taşınmaz ayrımı da bulunmamaktadır. Kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak açılacak davalarda hak düşürücü süre on yıldır. Böylece kadastro komisyonlarınca alınan kararlara ilişkin düzenlenen tutanak ve haritalarına karşı kadastrodan önceki nedenlere dayalı olarak otuz günlük ilan süresi içerisinde dava açılmaz ise bu süre geçtikten sonra tutanak ve haritaların kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde de aynı nedenlere dayanılarak dava açılabilir.

19. Kadastro çalışmalarının hızlanmasını ve bir an önce sonuca bağlanmasını sağlamak gibi kamu yararı taşıyan meşru bir amaçla ilan ve buna bağlı olarak dava açma sürelerinin sınırlanması ulaşılmak istenilen amaca gerçekleştirmek için hem gerekli hem de elverişlidir.

Kaldı ki kadastro mahkemelerinde açılacak davalar için otuz gün, genel yetkili mahkemelerde on yıl içerisinde dava açma zorunluluğu mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıracak ya da imkânsız hale getirecek kadar da kısa değildir. Bu nedenle hak sahiplerinin dava açma haklarını kullanabilmeleri bakımından ölçülü ve bir an önce haklarına kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, bu kişilerin haklarının ve hukuki güvenliklerinin korunmasını sağlamaya elverişlidir. Bunun yanında ilan süresi geçtikten sonra kesinleşen tutanak ve haritalara karşı hak sahiplerinin kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak dava açma hakkını tamamen ortadan kaldırmadığı gibi on yıl gibi makul ve uzun bir süreye bağlamaktadır. Bu nedenle dava konusu ibarelerin, kişilerin mülkiyet haklarının sona ermesine ya da ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verdiği, bireyin hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı ve ulaşılmak istenen meşru amaç ile de orantılı olmadığından söz edilemeyeceği gibi hak arama ve mahkemeye erişim haklarının özüne dokunacak boyutta bir sınırlandırma, temel hakkın kullanımını ortadan kaldıran ya da güçleştiren, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişen ve ölçülü olmayan bir müdahale içerdiği de söylenemez. Dolayısıyla belirtilen ibarelerin hak arama hürriyetine, mahkemeye erişim hakkına ve mülkiyet hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

20. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkranın İkinci Cümlesinde Yer Alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

21. Dava dilekçesinde özetle, orman sayılan alanlarda üniversitelerin eğitim ve araştırma tesisleri ile öğrenci yurdu yapılmak üzere verilen izinlerde ağaçlandırma bedeli, ağaçlandırma ve erozyon kontrolü geliri, arazi izin bedelinden bir ya da bir kaçının alındığı halde erişime kontrollü karayollarının (otoyolların) karayolu sınır çizgisi içinde yapılan veya yapılacak olan ticari amaçlı otel, motel, lokanta, akaryakıt istasyonu ve diğer tesisler yapımı ve işletmesi için verilen izinlerden bu

bedellerin hiç birinin dava konusu kural uyarınca alınmayacağı, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiği, bazı tesislerden herhangi bir bedel alınmamasının kamu yararıyla bağdaşmamasının yanında adalet ve hakkaniyete de uygun düşmediği, bunun yanında Anayasa'nın Devlete verdiği ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi görevi verilmesine rağmen herhangi bir bedel alınmamasının mali kaynak yokluğu nedeniyle muadil ormanlık alanın yetiştirilememesi ve dolayısıyla orman alanlarının daralmasıyla sonuçlanacağı, kar amaçlı tesisler için izne konu alanın Devlet bütçesinin kaynaklarıyla oluşturulmasının da adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

22. Kanun'un ek 9. maddesi, Devlet ormanlarına yapılacak tesisleri, bu tesisler için bedel alınıp alınmamasını, tesisleri yapabilecek kurum ve kuruluşları, köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yapılabilecek tesisleri, bu ormanlara bina ve tesislerin özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde izin verecek kurumu, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki tesisler ile demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanları düzenlemektedir.

23. Maddenin beşinci fıkrası ise, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine karayolu sınır çizgisi içerisinde kalması şartıyla izin verilmesini, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettilen bu tesislerden herhangi bir bedel alınmamasını öngörmekte olup *"...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz."* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

24. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Ayrıca bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç

ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan, bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Bununla birlikte kamu otoritelerinin hak, yetki, görev ve sorumluluklarının ne şekilde düzenleneceği de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu bu takdir hakkını anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere istediği gibi kullanabilecektir.

25. Anayasa'nın 5. maddesinde, *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve 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 maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* denilmektedir. Buna göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin temel amaç ve görevlerindedir.

26. Anayasanın 169. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir. Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasal propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz."* denilmektedir.

27. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli yasaların çıkarılması görevi Devlete verilmiştir. Keza, maddenin üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceğine dair hüküm yer almaktadır. Ayrıca 169. maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına

konu olabileceği belirtilmektedir. Buna göre, Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olması için kamu yararının bulunması mutlaktır. Anayasa'da bu konuyla ilgili olarak başkaca bir sınırlama veya düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa, Devlet ormanları üzerinde özel mülkiyete izin vermemekte, sadece, kamu yararının bulunması halinde irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hale getirmesidir. Bu çerçevede, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde erişme kontrolü uygulanan karayolu ve bu karayolu için gerekli bina ve tesislerin yapımı için de Devlet ormanları üzerinde irtifak hakkı tesis edilebileceği kuşkusuzdur. Bu bağlamda ek 9. maddenin beşinci fıkrası ile erişme kontrolü uygulanan yol yapımı için gereken ulaştırma yapılarına, bunların müstemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerinin yapılmasına izin verilmiştir. Kuralda öngörülen tesislerin yapılmasının erişme kontrolü uygulanan yollar açısından zorunluluk taşıdığı belirgindir. Bunun yanında, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde kalan ve Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işletirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işletirilen tesislerden bedel alınmaması öngörülmektedir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarının yapacağı erişme kontrolü uygulanan karayollarının karayolu sınır çizgisi içinde yer alan yapı ve tesislere izin verilmesi sonucu bedel alınıp alınmaması konusu Anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır.

28. Öte yandan söz konusu yapı ve tesisler, 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (j) bendine göre kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında, yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı, hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yaya yolunun mülkle birleştiği çizgiyi ifade eden ve daha önce sınırları belirlenen ve orman alanı ile arasında engel olan karayolu sınır çizgisi içerisinde bulunacak, diğer anlatımla daha önce

izin verilen mevcut sınırın ötesinde orman alanına yeni bir müdahaleye neden olmayacaktır. Dolayısıyla ormanlık alanların korunmasına ya da genişlemesine engel olmayacak düzenlemenin Anayasa'nın 5. ve 169. maddelerine de aykırı olduğu söylenemez.

29. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

30. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

C- Kanun'un 8. Maddesiyle 2886 Sayılı Kanun'un 84. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkra ile Kanun'un 9. Maddesi ile 2886 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 4. Maddenin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

31. Dava dilekçesinde özetle, şube kavramının tanımının 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmayarak öğretisi ve yargı içtihatlarına bırakıldığı, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre üçüncü kişilerle merkez adına hukuki işlemler yapabilmeyen şube olmak için yeterli olduğu, şubenin ve şube personelinin yaptığı hukuki işlemlerden merkezin de sorumlu olduğu, şube personelinin şahsi kusurunun bu sorumluluğu ortadan kaldırmadığı, ticari vekil, ticari temsilci (mümessil) gibi yetkili temsilcilerin temsil ettikleri tüzel kişi adına üçüncü kişilerle yaptıkları hukuki işlemlerden ve şahsi kusurlarından kaynaklanan fiil ve davranışlarından tüzel kişinin de sorumlu olduğu halde Kanun'un 84. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile idarelerin belirsiz gerekçelerle haklarında ihaleye katılmaktan yasaklama kararı vermesi gereken tüzel kişiler hakkında ihale bedelinin üç katı tutarındaki tazminatın peşin olarak ödenmesi koşuluyla ihaleden yasaklama kararı vermemesinin kurallaştırıldığı, ayrıca Kanun'a eklenen geçici 4. maddeyle bu kuralın geçmişe de uygulanmasının öngörüldüğü, böylece kurallarla hukuk devletinin temel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve yasamanın genelliği ilkelerinin de ihlal edildiği, bununla birlikte dava konusu kuralların sadece Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişiler için getirilerek diğer gerçek ya da tüzel kişilerin kapsam dışında tutulmasının eşitlik

ilkesine uygun olmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

32. Kanun'un 84. maddesinde, idarelerce ihalelere katılmaktan geçici yasaklamaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Kanun'un 84. maddesinin birinci fıkrasında, 83. madde öngörülen ihale işlemlerinin hazırlanması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması sırasında; hile, desise, vait, tehdit, nüfuz kullanma ve çıkar sağlama suretiyle veya başka yollarla ihaleye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, açık teklif ve pazarlık usulü ile yapılan ihalelerde isteklileri tereddüde düşürecek veya rağbeti kırarak söz söylemek ve istekliler arasında anlaşmaya çağırma ima edecek işaret ve davranışlarda bulunmak veya ihalenin doğruluğunu bozacak biçimde görüşme ve tartışma yapmak, ihale işlemlerinde sahte belge veya sahte teminat kullanmak veya kullanmaya teşebbüs etmek, taahhüdünü kötü niyetle yerine getirmemek, taahhüdünü yerine getirirken idareye zarar verecek işler yapmak veya işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak olarak ifade edilen yasak fiil ve davranışların ihale safhasında vaki olmuşsa bu fiil ve davranışları gerçekleştirenlerin idarelerce o ihaleye iştirak ettirilmemeleri ve fiil veya davranışlarının özelliğine göre ihaleyi yapan bakanlık veya ilgili bakanlık tarafından, haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi, ikinci fıkrasında, yasaklama kararının haklarında yasaklama kararı verilenlerin sermayesinin çoğunluğuna sahip oldukları tüzel kişilere de uygulanması, üçüncü fıkrasında, ihalenin yapılmasından sonra usulüne göre sözleşme yapmayanlar, sözleşme yapılmasına rağmen taahhüdünden vazgeçenler ile mücbir sebep dışında taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmeyenler hakkında yasaklama kararı uygulanması hükmedilmektedir.

33. Kanun'un 84. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında aynı Kanun'un 83. maddesinde belirtilen fiil ve davranışlarda bulunanların dışında Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerin şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve 83. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen

fiil ve davranışları sebebiyle haklarında ihalelere katılmaktan yasaklama kararı verilmesi gerektiği tespit edilenlere, verilecek bir ay içerisinde ihale bedelinin üç katı tazminatı peşin ödemeleri durumunda haklarında yasaklama kararı verilmemesi öngörülmektedir.

34. Kanun'un dava konusu geçici 4. maddesinde ise, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında 84. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yasaklama kararı verilebilecekken henüz verilmemiş olanlar hakkında da 84. maddenin dördüncü fıkrasının uygulanacağı belirtilmektedir.

35. Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece kabahatin konusunu esas alarak ve benzer eylemler için öngörülen yaptırım miktarlarını kıyaslayarak haksızlık ve yaptırım arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Haksızlığa konu eylem ile yaptırım arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için konulmuş yaptırım ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o fiilin yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir.

36. Zaman içinde toplum gereksinimlerinin değişmesi yeni ihtiyaçlara uygun önlemlerin alınmasını, var olanların güçlendirilmesini, geliştirilmesini ya da gereksiz olanların kaldırılmasını zorunlu kıldığından, izlenen suç ve ceza politikasına uygun olarak gerekli yasal önlemleri almak kanun koyucunun görevidir. Hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetini, idari yaptırımları, kamu düzeninin sağlanması için alınacak idari önlemleri belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kanun koyucu, kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak çeşitli düzenlemeler yapabilir.

37. Dava konusu kuralların gerekçelerinde, Türkiye genelinde faaliyet gösteren ve bir çok il ve ilçede çok sayıda şubesi olan bazı bankaların para çekme makineleri (ATM) ile bazı telekomünikasyon şirketleri, GSM operatörleri ve medya kuruluşlarının baz istasyonları, radyo ve televizyon vericileri için kullanılmak üzere ihtiyaç duyulan başta Hazineye ait olanlar olmak üzere diğer kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar hakkında, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümleri uyarınca yapılan kiralama ihaleleri sonucunda kiralama işlemi yapıldığı, Türkiye genelinde faaliyet gösteren bu tüzel kişilerin sadece bir il veya ilçede faaliyette bulunan şubelerinin veya temsilciliklerinin şahsi kusurlarından kaynaklanan ve yasaklamayı gerektiren fiil ve davranışlarından dolayı haklarında bir yıla kadar bütün ihalelere katılmaktan yasaklanma kararı verilmesinin kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamalara, az sayıda tüzel kişiliğin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmesine ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmesine neden olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda kamu ihalelerinde serbest rekabet ortamının sağlanması, toplumsal ihtiyaçların gecikmeksizin ivedi bir şekilde giderilmesi, bu yapılırken de kamusal kaynakların en etkili ve verimli biçimde kullanılması, kamu hizmeti niteliği de olan faaliyetlerinde önemli ölçüde aksamlar olmaması, az sayıda tüzel kişinin faaliyette bulunduğu sektörlerde rekabetin engellenmemesi ve vatandaşların hizmet alma kalitesinin olumsuz yönde etkilenmemesi ve kamu zararının önlenmesi için öngörülen kurallarla ihaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

38. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "*belirlilik*"tir. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

39. Dava konusu kuralda, ihaleden yasaklama kararı verilmeyecek haller ve bunun şartları açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu, ihaleden yasaklama kararı verilmemesinin koşullarını ve kuralın içeriğinin çerçevesini belirlemiştir. Yasaklama kararının verilmemesinin şartları şunlardır:

1- Aynı Kanun'un 83. maddesinde yer alan fiil ve davranışlarda bulunulmaması,

2- Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişi olunması,

3- Tüzel kişilerden şube personeli, vekil, mümessil gibi yetkili temsilcilerin şahsi kusurlarından dolayı 84. maddenin üçüncü fıkrasındaki belirtilen fiil ve davranışların gerçekleşmesi,

4- Verilecek bir aylık süre içerisinde ihale bedelinin üç katı tutarında tazminatın peşin ödenmesi.

40. Bunun yanında kuralda geçen şube personeli, vekil, mümessil ya da şahsi kusur gibi bazı kavramlar diğer kanunlara, genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiyeye göre belirlenebilir niteliktedir. Kaldı ki bu kavramların kanun koyucu tarafından önceden tek tek tanımlanarak kanun metninde ifade edilmesi olanaksızdır. Bunun yanında kuralın muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkündür. Dolayısıyla belirtilen kavramları içermesi nedeniyle dava konusu kuralların da öngörülemez ya da belirsiz olduğundan söz edilemez.

41. Dava konusu kural ile ihaleden yasaklamaya neden olacak fiil veya davranış nedeniyle doğabilecek kamu zararının ihale bedelinin üç katı tazminat alınması suretiyle karşılanmasını öngörmüştür. Böylece kanun koyucu, bir yandan ihaleden yasaklamaya neden olabilecek fiil ve davranışların önlenmesi için yaptırım öngörürken diğer taraftan da belirli şartları taşımak ve muhtemel kamu zararını tazminatla karşılamak koşuluyla yasaklama yaptırımını uygulanmamasını hükme bağlamıştır. Böylelikle kanun koyucu kurallarda belirlenen şartları yerine getiren kişiler açısından yaptırım uygulama yetkisinden feragat etmiştir.

Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla düzenlediği kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

42. Dava konusu geçici 4. madde ile maddenin yürürlüğe girdiği tarihte 83. maddede belirtilenler dışında 84. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan fiil ve davranışları gerçekleştirenlere bu fıkra uyarınca henüz yasaklama kararı verilmemiş ise, 84. maddenin dördüncü fıkrasının onların hakkında da uygulanması hükmedilmektedir. Böylece 84. maddenin dördüncü fıkrası geçmiş dönemlere de uygulanabilecektir. İhaleye katılmaktan yasaklamanın kapsamının, süresinin ve bu yaptırımdan ne şartlarla vazgeçilebileceğinin belirlenmesinin kanun koyucunun takdirinde ise henüz uygulanmamış bu yasaklamadan belirli koşullarla vazgeçmek de kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun belirtilen takdir hakkı kapsamında ihaleden yasaklama yaptırımının kapsamını daraltması mümkün olduğu gibi koşulları ve çerçevesi önceden belirlenmek şartıyla ihaleye katılmaktan yasaklama kararından da vazgeçebileceği açıktır. Dolayısıyla dava konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaz.

43. Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "*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 çiğnenmesi 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.

44. Dava konusu kurallar kamu ihalelerine katılmaktan yasaklamanın belirli şartların gerçekleşmesi durumunda uygulanmamasını öngörmektedir. Haklarında ihaleden yasaklama kararı uygulananlar ya da uygulanması ihtimali bulunanlar ile diğer isteklilerin aynı konumda

oldukları kabul edilemeyeceğinden aralarında eşitlik karşılaştırması yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte Türkiye genelinde faaliyet gösteren tüzel kişilerle yerel faaliyet gösteren diğer gerçek ya da tüzel kişilerin hukuksal durumları aynı değildir. Bu nedenlerle, farklı konumlardaki kişilere farklı yaptırımlar belirlemek ya da yaptırımların uygulanma koşullarını değiştirmek kanun koyucunun takdirinde olup eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

45. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 17. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (15) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

46. Davaya dilekçesinde özetle, düzenlenme nedenine ilişkin gerekçe bulunmayan kuralın saklı gerekçesinin erişimin engellenmesi kararının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısında ve işleyişinde yapılan son düzenlemeler ile Adalet Bakanlığına dolayısıyla yürütme organına yakın hâkimlerin vermesini sağlamak olduğu, düzenleme ile taraflı bir yargı yaratılmak istendiği, tarafsız ve bağımsız olması gereken yargı organına gölge düşürüldüğü, böylesi bir düzenlemenin mahkemelerin bağımsızlığı ve bağımsız yargı ilkeleri ile bağdaşmadığı, hakimlik teminatına ve kanunî hâkim güvencesine aykırılık teşkil ettiği, bu ilkeleri ihlal eden düzenlemenin kuvvetler ayrılığı ilkesini de ihlal etmesinin kaçınılmaz olduğu, kural ile yeni özel yetkili mahkemeler ihdas edildiği, bu durumun yürütme ve yasama organının yargılama faaliyetlerine müdahalesini önlemeye yarayan tabii (kanuni, olağan) hâkim ilkesiyle çeliştiği, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesine neden olacak ve bu haliyle sulh ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşıyan düzenlemenin diğer ilkelerin yanında hukuk devleti ilkesini de ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 37., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Kuralın Anlam ve Kapsamı

47. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, erişimin engellenmesi kararı verilebilecek suçları, kimlerin karar verebileceğini, bu kararın usul ve esaslarını, kararlara itirazı, verilen kararların yerine getirilmesi usullerini, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâlleri, engelleme kararının kaldırılmasını, erişimin engellenmesi kararını yerine getirmeyenlere uygulanacak yaptırımları ve bu yaptırımlara karşı başvurulabilecek kanun yollarını, erişimin engellenmesine ilişkin kararları vermeye yetkili mahkemelerin belirlenmesi usulünü düzenlemektedir.

48. 5651 sayılı Kanun'un (1) numaralı fıkrası uyarınca, internet ortamında gerçekleştirilen ve içeriği aynı fıkranın bentlerinde belirtilen suçları oluşturduğu konusunda yeterli şüphe olan eylemlerde erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. Aynı maddenin (2) numaralı fıkrasına göre erişimin engellenmesi kararı soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmak üzere Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmektedir. Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunar, hâkim kararını yirmi dört saat içerisinde verir. Kararın onaylanmaması durumunda tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bunun yanında (4) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesi kararı birinci fıkranın (a) bendinin (2), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı olan çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarında Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından da verilebilir. İlgili suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığı ya da beraat kararı verilmesi durumunda karar kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir.

49. 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak da erişimin engellenmesini isteyebilirler. Bu talebin yirmi dört saat içerisinde

değerlendirilmesi gerekir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talebi ile hâkim erişimin engellenmesi kararı verebilir. Hâkim yapılan başvuruyu yirmi dört saat içerisinde karara bağlamalıdır. Bu karara karşı CMK hükümleri uyarınca itiraz edilmesi mümkündür. Karara konu içerik yayından kaldırılır ise karar kendiliğinden hükümsüz kalacaktır. Erişim sağlayıcı kendisine gönderilen kararı derhal, en geç dört saat içerisinde yerine getirmelidir. Kararın yerine getirilmemesi halinde sorumlu kişi hakkında adli para cezası uygulanacaktır.

50. Kanun'un 9/A maddesi uyarınca internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurusu üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilir. Bunun yanında aynı maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre (1) numaralı fıkra uyarınca erişimin engellenmesini Telekomünikasyon İletişim Başkanlığından talep eden kişiler, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin kararına sunarlar. Bunun yanında aynı maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından erişimin engellenmesi kararı (9) numaralı fıkraya göre yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerekmektedir.

51. Kanun'un 8. maddesinin dava konusu (15) numaralı fıkrasında, 8. maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9. ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararının birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilmesi öngörülmektedir.

c- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

52. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

53. Hukuk devletinde, ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, ceza yargılamasına ilişkin kuralları 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 142. maddesinde, *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* denilmiştir.

54. Dava dilekçesinde Kanun'un farklı gerekçelerle çıkarıldığı iddiası anayasallık denetimi açısından sınırlı bir işleve sahiptir. Anayasa'nın açıkça amaç öngörmediği durumlarda Anayasa'nın 2. maddesindeki *"hukuk devleti"* ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kanunun kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır. Bununla birlikte kanun koyucunun mahkemelerin görev, yetki ve yargılama usullerini belirleme yetkisi kapsamında, erişimin engellenmesi kararını vermek üzere birden fazla sulh ceza mahkemesi olan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenmesini öngörmesi takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

55. Anayasa'nın 37. maddesinde, *"Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."* denilmektedir.

56. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiç bir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek

hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

57. Anayasa'nın 140. maddesinde "*Hâkimler ve savcılar adli ve idarî yargı hâkim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür. Hâkimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler. Hâkim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir. Hâkimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; Askerî hâkimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir...*" denilmiştir.

58. Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, kanuni (doğal) hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, kanuni hâkim ilkesinin bünyesinde, "*kanuniliğin*" yanı sıra "*önceden belirlenmiş*" olmaya da yer verilmiştir. Kanuni hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya uyuşmazlığın doğmasından önce davayı görece yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Kanuni hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur.

59. Kanun'un gerek 8. maddesinin dava konusu kural dışındaki fıkralarında gerekse 9. ve 9/A maddelerinde internet erişiminin engellenmesine ilişkin kararların verilmesi usulü ve kararı verecek makamlar düzenlenmiş, erişimin engellenmesi kararının verileceği mahkemeler ve hâkimlikler de belirlenmiştir. Dava konusu kural ile birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunması hâlinde hangisinin yetkili

olduğuna Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun karar vereceği öngörülmektedir. Belirli bir suçun işlenmesinden sonra buna ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamayan kural, istisnai alanda geçerli olup birden fazla sulh ceza mahkemesinin bulunması durumuna münhasırdır. Bunun yanında kural, yürürlüğe girmesini müteakip kapsamına giren tüm davalara ve şüpheli ayrımı olmaksızın herkese uygulanabilecektir. Diğer anlatımla belirtilen erişim engeline neden olan eylem ya da eyleme ilişkin başvuru bulunmaksızın bu konulara hangi mahkemenin bakacağı, yani görevli mahkeme önceden belirlenmiştir. Kaldı ki görevlendirme Anayasa'nın 159. maddesi ile bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresini değiştirmekle görevlendirilmiş Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın kanuni hâkim güvencesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

60. Hukuk devleti olmanın ön şartları arasında yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı olduğu açıktır. Yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğersinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bağımsızlığı konusunda Anayasa ile tanınan teminat, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da sağlanması gerekir.

61. Yargı bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin yargı içi ve dışı her türlü etki ve kuşkudan uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, tarafların ve toplumun yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler bile kamu

vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler.

62. Dava konusu kuralda geçen sulh ceza hâkimleri diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Bu çerçevede, sulh ceza hâkiminin, internete erişime ilişkin kararlarının etkisiz veya yürütmenin etkisi altında kalabileceğine yönelik iddiaların anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca sulh ceza mahkemelerinin bağımsızlığı yönünden diğer mahkemelerden farklı bir konuma yerleştirildikleri ve bağımsızlık güvencelerinin zayıflatıldığı kanaatini oluşturacak herhangi bir neden görülmektedir. Zira dava konusu kural sadece birden fazla mahkemenin bulunduğu yerler için görevli mahkemeyi belirleme usulünü öngörmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralın hâkimlik teminatını, yargı bağımsızlığını ve mahkemelerin tarafsızlığını olumsuz etkilediği söylenemez.

63. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 37., 138., 140. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

64. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

65. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 18. Maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A Maddesine Eklenen (9) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

66. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda Başkanlığın verdiği erişimin engellenmesi tedbirinin onaylanmasına ilişkin sulh ceza hâkiminin kararına karşı içerik sahibi de dâhil olmak üzere hiç kimseye itiraz hakkı tanınmadığı, itiraz yolunun da gösterilmediği, bu durumun hak arama hürriyetinin açık bir biçimde ihlâli anlamına geldiği, içeriğin kaldırılması talebinde bulunan kişiye sulh ceza hâkiminin kararına karşı itiraz hakkının tanınmamasının da hak arama hürriyetini, yetkili

mercilere başvurma hakkını ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları ihlal ettiği, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, başvuru ya da herhangi bir talep bulunmaksızın TİB Başkanının resen erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararına hükmedebilmesinin sansür niteliğinde olduğu ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, ayrıca ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin çok açık ve ağır bir biçimde ihlâlî anlamına geldiği, ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlarda dahi öngörülmediği halde erişimin engellenmesine ilişkin tedbir sürecinin özel hayatın gizliliğinin ihlâlî durumu için öngörülmüş olmasının ve sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmasının ölçülülük ilkesiyle ve düzenleme ile korunmak istenen menfaatlerle bağdaşmadığı, 9/A. maddesinin bütün fıkraları arasında organik bir bağın mevcut olduğundan açılan diğer dava sonucu (8) numaralı fıkranın iptaline karar verilmesi durumunda varlığının sürdürmesi mümkün olmayan dava konusu kuralın da 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptaline karar verilmesinin gerekeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

67. 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca internet ortamında özel hayatının gizliliğinin ihlali edildiğini ileri süren kişiler doğrudan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB) başvurulabileceği gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Başkanın emri üzerine TİB tarafından da erişimin engellenmesi tedbiri uygulanabilecektir. Maddenin (8) numaralı fıkrasında, özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesinin Başkanlık tarafından yapılacağı belirtilmiş, dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise (8) numaralı fıkra kapsamında Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmasını ve sulh ceza hâkiminin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamasını öngörmektedir.

68. Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyeti düzenlenmekte olup bu madde uyarınca gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin kararı ile haberleşme engellenmiş ise bu karar yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmalıdır. Aksi halde bu karar kendiliğinden kalkmış sayılacaktır. Benzer hüküm basın hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında da bulunmaktadır. Bu nedenle engelleme kararının hâkim onayına sunulması Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasının emrettiği bir husustur. Dava konusu kural, aynı maddenin 8. fıkrasına göre yapılan kısıtlamanın hâkim onayına sunulmasına ilişkindir. Bu anlamda dava konusu kural, Başkanlığın gerçekleştirdiği erişimin engellenmesi işleminin yargısal denetimini sağladığından temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak bir yana korunmasına katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlaması ya da kısıtlaması da söz konusu değildir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 8.12.2015 tarihli ve E. 2014/87, K. 2015/112 sayılı kararı ile 6518 sayılı Kanun'un 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6) (7) ve (8) numaralı fıkralarını Anayasa'ya aykırı görmemiş ve iptal talebinin reddine karar vermiştir.

69. Öte yandan, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Erişimin engellenmesi kararının hâkimin onayına sunulmaması ya da hâkimin kararını kırk sekiz saat içerisinde açıklamaması hâlinde kararın kendiliğinden kalkmış sayılacağına ilişkin bir düzenlemenin kuralda yer almaması kuralı münhasıran Anayasa'ya aykırı hale getirmez. Nitekim dava konusu kural ile Başkanlığın, (8) numaralı fıkraya göre takdir yetkisini kullanarak vereceği erişimin engellenmesi kararı yargı denetimine tâbi kılınmaktadır. Başkanlığın engelleme kararı sulh ceza hâkimi tarafından incelenerek sonuca bağlanacaktır. Kararın sulh ceza mahkemesi onayına sunulması ve kuralda belirtilen sürede açıklanması emredici hüküm içermektedir. Kaldı ki Kanun'a göre üst norm olan Anayasa'nın 22. maddesinde yetkili merciin kararını yirmi dört saat içerisinde görevli hâkim onayına sunacağı, hâkimin kırk sekiz saat içerisinde kararını açıklayacağı, aksi halde kendiliğinden kalkacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte 5271 sayılı

CMK'nın 267. maddesi uyarınca, hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. CMK'nın 268. maddesi uyarınca da, itiraz hakkı ilgililere tanınmıştır. Mağdurun bu ilgililer kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, mağdurun da CMK hükümleri uyarınca itiraz hakkının bulunması karşısında hukuk devletinde bulunması zorunlu olan kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esasının gerçekleştiği, kişilere etkili hak arama ve başvurma imkânı sağlayan güvencelerin tanındığı açıktır. Bu bağlamda kuralda itiraz yolunun öngörülmemesi hak arama hürriyetini, yetkili mercilere başvurma ve başvurulacak kanun yolları ile süresinin bildirilmesine ilişkin hakları engellemez. Bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmayan, özüne dokunmayan ya da sınırlandırmayan kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığından da söz edilemez.

70. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

71. Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

72. Dava dilekçesinde özetle, özel hukuk hükümlerine tabi kılınan sözleşmelere ilişkin mücbir sebep ve olağanüstü hallerin neler olduğunun açıklanmamış olması ve Kanun'da düzenlenmemesinin idareye geniş ve ölçüsüz takdir yetkisi tanıdığı ve hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığı, hukukun temel ilkeleri arasında sözleşmeye bağlılık ilkesinin bulunduğu, sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan dengenin sonradan şartların olağanüstü şekilde değişmesinin adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet kaidelerine aykırılık oluşturmaması için sözleşmenin değişen şartlara uydurulabileceği, bu uyarılmanın Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinden yararlanılarak gerçekleştirilebileceği ancak buna hâkimin karar vermesi gerektiği, öte yandan Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yüklenici lehine düzenlemelerin bulunduğu halde dava konusu kurallarla sözleşme bedelini doğrudan

veya dolaylı olarak değiştirmenin gerekçesinin yaratıldığı ve ihtilaflara ilişkin dñzenlemelerin Kanun'da bulunmasına rağmen dava konusu kuralın öngörülmesinin genel hukuk kuralları, sözleşmeye bağlılık ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Anayasa'da ihaleye ilişkin hükümlerin bulunmaması nedeniyle kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal bir engel bulunmadığı ancak bunun kanun koyucunun hiç bir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmeyeceği, belirlenen usullerin dışına çıkabilmek için kamu yararının bulunması gerektiği oysa gerekli hazırlıklar yapılmadan ihalenin yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra hukuki belirliliği olmayan ve hatta doğrudan hukuka aykırı olan gerekçelerle yapım işlerinin bedelinin doğrudan, diğer işlerin bedelinin ise sözleşme kapsamındaki işlerin ifasından vazgeçilmek suretiyle dolaylı bir şekilde yüklenici lehine değiştirildiği, bunu öngören yasal dñzenlemelerin kamu yararına olmadığı gibi mali anlamda kamu zararına neden olacağının açık olduğu, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, istekli olarak ihaleye giren ve üzerine ihale yapıldıktan sonra sözleşmeyi imzalayan yüklenicinin basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlölüğünün olmasına rağmen imzalanan sözleşmede sonradan doğrudan veya dolaylı yollarla değişiklikler yapılmasına olanak tanınmasına ya da sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususların sözleşmede belirlenmesine yönelik kurallar konulmasının ihalede saydamlık, rekabet ve eşit muamele ilkelerini bütünüyle ortadan kaldıracadığı, dñzenlemelerin üzerine ihale yapılan istekliye ihaleden sonra ayrıcalık tanıdığı için eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, bunların yanında dñzenlemenin Devlete verilen mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve dñzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma göreviyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

73. 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca bu Kanun'un amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesinin 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 belirlemektir. Kanun uyarınca gerçekleştirilecek kamu özel işbirliği (KÖİ) sözleşmeleri aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini ifade etmektedir.

74. Kanun'un 4. maddesinde, "sözleşme" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasında ise genel olarak, KÖİ modeli ile gerçekleştirilecek projelere ilişkin olarak yapılan sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılması, bedelin güncellenmesi ve sözleşmenin taraflarca karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi düzenlenmektedir.

75. Maddenin dava konusu (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesi, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesini, ikinci cümlesi, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağını anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile güncellenmesini ve buna bağlı düzenlemelerin yapılmasını, üçüncü cümlesi, Yüksek Planlama Kurulunun (YPK) yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulması,

Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılmasını, dördüncü cümlesi, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi ile sözleşmedeki değişikliklerin sözleşmede öngörülmesini, beşinci cümle ise, sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubunun iade edilmesini ve sözleşme konusu işlerin hesabının genel hükümlere göre yapılmasını öngörmektedir.

76. Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılama koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

77. Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanunun genel olması, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir.

78. Belirtildiği üzere Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir.

79. Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Devletin, sağlık hizmetinin önemi ve ivediliği nedeniyle çeşitli tedbirler alması doğal ve zorunludur. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. Sağlık hizmetinin sunumunu engelleyecek ya da zorlaştıracak engelleri gidermek üzere tedbir alınması Anayasa'nın Devlete verdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesi zorunluluğunun bir gereğidir. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu geciktirilemez ve ikame edilemez. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanılacak türdeki hizmetlerdendir.

80. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımını kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

81. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E. 2013/50, K. 2015/38 sayılı kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere "*Kamu Özel İş Birliği*" modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı

hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir. Geleneksel kamu hizmeti sunumundaki dinamizm eksikliğine çare olarak öngörülen bu model, hem çok sayıda hizmet unsurunu içermesi nedeniyle karmaşık hem de uzun süreli bir ilişki barındırmaktadır. Çünkü sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi için gerekli finansmanın sağlanması uzun süreli ve esneklik içeren sözleşmeler yoluyla yapılmaktadır. Uzun vadeye yayılan bu model aynı zamanda büyük bir finansman gerektirmektedir. Bu modelde yüklenici, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten arı, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir. Dolayısıyla gerçekleştirilecek yatırım özel sektör tarafından yapılsa da mülkiyeti kamuya ait bir tesis söz konusudur. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında, 6428 sayılı Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanınması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği ve bu amacın kamu yararına dönük olduğu belirtilmiştir.

82. Kuralda geçen *“sözleşme eklerinin uygulanmasını etkileyen sebeplerin ortaya çıkması”* ya da *“sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi”* ibarelerinin düzenlenme amacının, mücbir sebep ya da olağanüstü hal kavramlarının dışında zaman içerisinde gerçekleşebilecek muhtemel sorunları çözerek sağlık hizmeti sunumunun sorunsuz devamını sağlayarak ihtiyaçları karşılamak olduğu anlaşılmaktadır. KÖİ modelinin uygulandığı hastanelerde ne zaman, hangi alanlarda ya da hangi nedenle ihtiyaç olacağı, bu ihtiyacın boyutunun ve ne zaman doğacağı önceden kanunla belirlenmesi olanağı yoktur. Sağlık hizmetinin önemi, ivediliği ve ertelenemez oluşu da dikkate alındığında bir an önce

ihtiyaçların giderilmesi gerektiği de açıktır. Nitekim Kanun'un madde gerekçesinde özetle, sağlık hizmetlerinin niteliği ve yatırıma ayrılabilen kaynaklar göz önüne 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 gerçekleşebileceğinin önceden öngörülmesi mümkün olmadığından hastanelerde bulunması gereken yatak sayısını, tıbbi malzeme ihtiyacını belirlemek de olanaksızdır. Bunun yanında zaman içerisinde tıbbi teknolojinin değişmesi ve/veya gelişmesi yepyeni ihtiyaçlar ortaya çıkaracaktır. Böylece her yeni teknolojik gelişme ya da değişim sonucu sözleşme koşullarında değişiklik doğması olasıdır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunumunun eksiksiz yapılabilmesi için önceden belirlenmesi mümkün olmayan ihtiyacın ortaya çıktığı döneme göre sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi için idareye takdir hakkı tanınmasında kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır. Üstelik KÖİ modelinde özel sektör ile karmaşık ve uzun süreli ortaklık yapılmaktadır. Bu ortaklık kamu kaynaklarının ve bütçesinin sınırlı olması nedeniyle tercih edilmektedir. Yapılan yatırımlar oldukça büyük boyutlu ve kolay vazgeçilemeyecek niteliktedir. Kaldı ki yatırımın gerçekleşmesinden, özellikle kamu hizmeti sunumunun başlamasından sonra geri dönülmesi büyük kamusal zararlara neden olabilecektir. Finansmanın özel sektör tarafından karşılandığı düşünüldüğünde karşılıklı hükümler içeren sözleşmelerin yerine getirilmesinde kamu yararı olduğu açıktır.

83. Diğer taraftan dava dilekçesinde ahde vefa yani söze bağlılık ilkesinden bahsedilmektedir. Bu ilke uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulduktan sonra koşullar ne kadar değişirse değişsin, taraflar sözleşmenin gereğini aynen yerine getirmek zorundadırlar. Ancak bu ilke mutlak ve sınırsız değildir. Sözleşmenin değişen koşullar karşısında feshi ya da yeni koşullara uyarlanması, kanunda özel olarak öngörülmüş olduğu gibi, genel olarak doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği kabul edilen haller vardır. Bu haller her zaman sayılmak suretiyle belirtilemez.

Bu durumda kanunlara genel hükümler konulabileceği gibi kanuna dayanmak üzere belirleme düzenleyici işlemlere bırakılabilmektedir. Sözleşmenin devamı sırasında ortaya çıkan nedenlerle sözleşmenin uygulanması taraf ya da taraflar için artık imkânsız hale gelmiş ya da sözleşmenin sürdürülmesi dürüstlük kuralına aykırı hâli gelmiş ise hâkimden uyarılma yapılmasını istemek mümkündür. Kanun koyucu, KÖİ modeli uygulamasında bu hususları kanun maddesi olarak ancak genel hüküm olarak düzenlemiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu, sözleşmenin taraflarca kolaylıkla sona erdirilmesi yerine olabildiğince tadil edilmesi yoluyla devamını öngörmektedir. Bunu yaparken de uyarılma için hâkime başvurmak yerine tarafların aralarında anlaşma yoluna gitmelerini ve buna göre değişiklik yapılmasını uygun görmektedir. Zira uyarılmanın yargı kararı ile yapılması hem zaman alacak hem de taraflar açısından daha külfetli olacağı tartışmasızdır. Bu şekilde hem sözleşmenin devam etmesi sağlanırken ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yine tarafların karşılıklı iradeleri ile gerçekleştirilmektedir. Aralarındaki sorununun yargı kararına gerek kalmaksızın karşılıklı irade ile çözülmesinin kamu menfaatini zedeleyen herhangi bir yön olmadığı gibi hem ivedi hem de daha etkili ve yararlı olacağından sağlık hizmetinin sorunsuz devamı açısından kamu yararına olduğu tartışmasızdır.

84. Bu bağlamda dava konusu kural, belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içermekte ve hukuki durumu soyut olarak düzenlemektedir. Ayrıca sözleşme ve sözleşme taslağında değişiklik ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi usulünü düzenleyen ve kamu yararı amacı dışında bir amaç güttüğü saptanamayan kural, belirtilen yönleri itibarıyla hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

85. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık isteyen ve teknik konulara ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin diğer fıkralarında gerek sözleşme içeriğinde yer alacak hususlar gerek sözleşmeye riayet edilmemesi halinde gerçekleştirilecek

yaptırımlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Nitekim belirtilen maddenin (2), (7), (8) ve (10) numaralı fıkralarında sözleşmeye riayet edilmemesi, taahhütlerin yerine getirilmemesi durumunda idarenin yapması gerekenleri ve uygulanacak yaptırımları içermektedir. Bunun yanında dava konusu kuralda sözleşme taslağında ve imzalanan sözleşmelerde değişiklik yapılmasına ilişkin genel esaslar ve koşullar belirlenmiştir. Buna göre fıkranın birinci cümlesinde sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde sağlık bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi, ikinci cümlede, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle sözleşmeden öngörülen işin tamamlanmayacağına ilişkin anlaşılması durumunda bedelin bakan onayı ile ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenmesi, üçüncü cümlede ise Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde yeni fizibilite raporu veya diğer belgelerin Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulması Kuruldan yeni yetki almak suretiyle sözleşme taslağı ve eklerinde tadilat yapılması öngörülmektedir. Kural uyarınca belirlenmeyen sadece önceden tespiti mümkün olmayan değişiklik nedenleridir. Belirtildiği üzere bu nedenlerin önceden belirlenmesi ve tek tek sayılması olanaklı değildir. Kuralın düzenlenme amacı bunun gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması ve ortaya çıktıktan sonra giderilmesi için gerekli değişikliklerin yapılabilmesidir. Kural farklı aşamalara ve durumlara göre düzenlenmiş ve değişiklik yapmanın sınırları belirlenmiştir. Nitekim kuralın ilk üç cümlesi sözleşme ve eklerinde değişikliğe ilişkin farklı hususları düzenlemiştir. Bu hususlar;

1- Sözleşmenin uygulanabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, bedel değişikliği yapmaksızın, sözleşme ve eklerinde değişiklik,

2- Sözleşmede yer alan bedelin güncellenmesi,

3- YPK'nın yetkilendirme kararından sonra ön fizibilite raporu ve projelerde değişiklik yapılmasıdır.

86. Bununla birlikte kuralda sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine ilişkin hususların da sözleşmede belirleneceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca kuralda geçen kavramların genel hükümlere, yargı kararlarına ve öğretiyeye göre belirlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte gerek mücbir sebep gerek olağanüstü hal gerektiren olayların tek tek belirlenerek bunlara hukuki sonuç atfedilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki belirtilen hususların yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle de tespit edilmesi mümkündür. Nitekim 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (13) numaralı fıkrasında *"Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir."* denilerek bazı hususların yönetmelikte açıklanacağı belirtilmiş, 9.5.2014 tarihli ve 28995 No.lu Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 59. maddesinde mücbir sebep halleri sayılmıştır. Dolayısıyla gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak kullanabileceği takdir alanı tanınmasının hukuki belirsizlik oluşturduğu söylenemez.

87. Anayasa'nın *"Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi"* başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler."* denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hükümlerle Devlete, piyasada fiilen veya anlaşma sonucu oluşabilecek tekelleşmeleri önleme ödevi yüklenmektedir.

88. Dava konusu kurallarla öngörülen sözleşme veya sözleşme taslağında gerekli değişikliklerin yapılması ile sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesi durumu tekelleşmeye neden olmayacaktır. Zira sözleşmenin feshi nedenleri 6428 sayılı Kanun'da aynen devam etmektedir. Dava kuralları ile mücbir sebep, olağanüstü hal ve sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen nedenlerin gerçekleşmesi durumunda sadece sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında tadilat yapılması söz konusudur. Sözleşmede değişikliğe neden olacak hususların

neler olacağı konusunda idarenin de takdir hakkının olduğu, uygun görülmeyen hususların kabul edilmeyebileceği, bu durumda da yargı yoluna başvurulması gerektiği açıktır. Ayrıca konuyla ilgili kişilerin sonradan ortaya çıkan ve tadilata neden olan eylemlerin kanundaki şartları taşımadığını belirterek yine yargı yoluna gidilmesi de olanaklıdır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 167. maddesine aykırılığında da söz edilemez.

89. Öte yandan dava dilekçesinde dava konusu kuralların Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildir. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Bunun yanında ihalenin gerçekleşmesinden önce ya da sonra gerekli koşullar olduğu takdirde sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesi ilişkin hususları belirleme kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup nitekim 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda da sözleşmede değişiklik yapılması, devri ve feshine ilişkin çeşitli hükümler bulunmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kural ile sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılabilmesinin genel çerçevesini belirlemiştir. Kanun'da belirtilen hallerin gerçekleşmemesi durumunda sözleşme şartlarında değişiklik yapılamayacağı açıktır. KÖİ modeli sözleşmelerinin niteliği ve süreleri dikkate alındığında ihalenin gerçekleşmesinden sonra değişen ve gelişen koşullara uygun olarak sözleşme ve eklerinde değişiklik yapılamaması bu modelin işlememesine ve dolayısıyla da sağlık hizmeti sunumunu olumsuz etkilenmesine neden olabilecektir. Kaldı ki belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığında söz edilemez.

90. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

91. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen İkinci Cümlesinde Yer Alan "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile..." ve "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." İbarelerinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

92. Dava dilekçesinde Kanun'un geçici 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki;

a- "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile ..." ibaresine ilişkin olarak özetle; 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesi ile öngörülen üst hakkı tesisine ilişkin kurallar ile 6428 sayılı Kanun'daki kuralların birbirinden farklı olduğu, kırk dokuz yıl olan üst hakkı tesisine yönelik sürenin otuz yıla indirildiği ve değişiklik ile üst hakkı sözleşmesinin Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sağlık tesisi yanında hizmet alanları için de tesis edilebildiği, üst hakkı tesisinin süresinin ve ayrıca hizmet tesislerini de içerecek şekilde kapsamının değişmesi ile yapım ve işletme maliyetlerinin değişmesinin ihale yapıldıktan ve sözleşme imzalandıktan sonra ihale şartlarının da değişmesi sonucunu doğurduğu, oysa her ihalenin kendi şartları içinde değerlendirilmesi gerektiği, ihale yapıldıktan sonra ihalede teklif edilen bedeli değiştirecek değişiklikler yapılmasının ihalede rekabeti ortadan kaldıran ve üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü, sözleşmede üst hakkı sözleşmesi üzerinden değişiklikler yapılmasının sözleşmeye bağlılık ilkesi ile bağdaşmamasının yanında adil ve hakkaniyetli olmadığı ayrıca hukuki güvenlik, doğruluk, dürüstlük kuralına da uygun olmadığı, bu uygulamanın kamu yararı ölçütüyle örtüşmediğinden hukuk devleti ilkesine de aykırılık teşkil ettiği, bunların yanında ihalede rekabeti ortadan kaldırdığı ve ihale yapılan istekli lehine ayrıcalık tanıyan bir işlev gördüğü için eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu,

b- "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibaresine ilişkin olarak özetle; hukuki uyuşmazlıkların, uyuşmazlığa konu işlemin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan hukuk kurallarına göre çözülmesi gerektiği, bu ilkenin ihale ve sözleşme hukukunun temelini oluşturduğu, dava konusu kural uyarınca ihale işlerin sonradan yürürlüğe giren yasal kurallara göre sonuçlandırılmasının ihalelerde rekabeti ortadan kaldıran bir işlev görmesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği, idari yargı mercileri nezdinde davaların olduğu ve bunlardan bir kısmı için yürütmeyi durdurma kararı verildiği halde Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının süreci devam eden ihaleler ile sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanacağı, bu davaların kimleri ilgilendirdiğinin belli olduğu, kanunların genelliği ilkesi uyarınca kuralların belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi gerektiği öte yandan hukuki güvenliğin sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil, aynı zamanda yürürlükteki hukuk düzeninin süreceğine duyulan güveni de içermesi nedeniyle yürürlükte bulunan yasal düzenlemelere göre verilmiş yargı kararlarını geçersiz kılan yasal düzenlemelerin yapılmasının bu ilkeyle bağdaşmayacağı, ayrıca bu durumun kamu yararı ilkesiyle de örtüşmediği, Kanun'un 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasına ilişkin olarak yer verilen iptal gerekçelerinin dava konusu kural yönünden de geçerli olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 167. maddelerine aykırı olduğu,

ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

93. Kanun'un geçici 1. maddesi, 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde bu madde çerçevesinde gerçekleştirilen ihalelerin nasıl sonuçlandırılacağını, uygulanacak kuralları, sözleşmelerin geçerliliğini, yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen kararların nasıl yerine getirileceğini düzenlemektedir. Dava konusu ibareleri de içeren (1) numaralı fıkra; *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut*

ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. (Değişik ikinci cümle: 26/2/2014-6527/24 md.) Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.” şeklinde olup fıkranın birinci cümlesi, 6428 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesi gereğince ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işlerin mevcut ihale şartnameleri doğrultusunda gerçekleştirilmesini hükmederken üst hakkı ve sözleşme ya da sözleşme taslaklarında değişiklik yapılmasına ilişkin 4. maddenin (9) numaralı fıkrasının bu uygulamadan istisna tutularak süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre üst hakkı ile sözleşme ve eklerinde yapılacak değişiklikler ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin işlemlere 6428 sayılı Kanun hükümleri uygulanacaktır.

94. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda kanunların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlenmeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindedir.

95. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek

olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

96. 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca KÖİ modeli yatırımlarda sözleşmeler belirtilen sabit yatırım dönemi hariç en fazla otuz yıl olmak üzere yapılabilmektedir. Aynı Kanun'un 1. maddesi uyarınca sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilebilmektedir. İdare ile yüklenici arasındaki hukuki ilişki belirtilen sürelerin sonuna kadar devam etmektedir. Dolayısıyla aralarındaki hukuki ilişki devam eder niteliktedir. Bu nedenle kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.

97. Diğer yandan KÖİ modelinin ilk uygulamaları 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre gerçekleştirilmekte iken 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile bu Kanun hükümleri uygulanmaya başlanmıştır. Ek 7. maddeye göre ihaleyi kazanan gerçek veya tüzel kişilere tanınan üst hakkı en fazla kırk dokuz yıl olarak saptanmışken 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile bu süre otuz yıla indirilmiştir. Ayrıca KÖİ modelinde sürekli ve bağımsız üst hakkı tanınması benimsenmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 826. maddesi üst hakkının sürekli ve bağımsız olması için en az otuz yıl olarak kurulması gerekmektedir. Dava konusu kural ile üst hakkına ilişkin süre otuz yıl olarak öngörülerek 6428 sayılı Kanun hükümleriyle uyumlu hale getirilmiştir. Bunun yanında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrası sözleşme ve ekleri ile sözleşme taslağında değişiklik yapılması ve sözleşmenin karşılıklı anlaşma ile sona erdirilmesine ilişkindir. Yeni koşulların ortaya çıkması durumunda ancak tarafların ortak iradeleri ile sözleşmede değişiklik yapabilmeleri ya da sözleşmeyi sona erdirmeleri söz konusudur. Böylece kişilerin iradelerinin tek taraflı etkisiz kılınması söz konusu değildir. Böylece dava konusu ibareler ile gerek TMK ve 6428 sayılı Kanun arasında gerekse sözleşmeler

arasında eşgüdüm sağlanmasının amaçlandığı ve bu amacın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki dava konusu ibareler ile 3359 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler ile 6428 sayılı Kanun döneminde yapılan sözleşmeler aynı hükümlere tabi olabilecektir. Böylece yapılan değişiklik ile eski ve yeni kuralların geçerli olduğu dönemde yapılan üst hakkı ve sözleşmelere ilişkin uygulamalar ortak hükümlere tabi kılınmakta, kurallar arasındaki farklar giderilerek eşgüdüm sağlanmakta ve aynı hukuki durumdaki yükleniciler aynı hükümlere tabi olmaktadır. Bu anlamda yapılan değişikliklerin hukuki güvenlik ve istikrarı engellediği ve eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

98. Öte taraftan dava dilekçesinde “...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...” ibaresinin Anayasa’nın 138. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 138. maddede hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda buldukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

99. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

100. Dava konusu ibare ile mevcut ihaleler yönünden ile sözleşme ve eklerinin değiştirilmesi ve sona erdirilmesi konularına yönelik olup sözleşmeden doğan ihtilaflara ilişkin değildir. Zira kuralda devam eden

yargılamalara uygulanacağına ilişkin hüküm olmadığı gibi bu konuda etkilediği açılmış bir dava olup olmadığının belirlenmesi ya da var ise kurala göre karar verilmesi de olanaklı değildir. Ayrıca kuralın yargılaması devam eden davalara uygulanmasına ilişkin bir Kanun'da ifade de yer almamaktadır. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması da söz konusu değildir. Dolayısıyla yargı mercilerince verilecek kararların uygulanmasını öngören kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir.

101. Açıklanan nedenlerle, dava konusu "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile..." ibaresi Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibaresi Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

102. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparıslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibaresi yönünden, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN ise her iki ibare yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

103. 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibaresinin Anayasa'nın 167. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 24. Maddesiyle 6428 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesine Eklenen (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kural ile mevcut ihale dokümanlarında ve sözleşmelerde geçmiş ve geleceği kapsayacak şekilde düzenleme yapılmasının tüm ihalelerin temelinde yatan rekabet, eşit muamele ve güvenilirlik ilkelerini askıya alacağı, yolsuzluk ve usulsüzlükleri yasallaştıracağı, somut ihaleler hakkında verilmiş yargı kararlarını etkisiz hâle getireceği, mevcut ihale dokümanlarına göre

ihale yapıldığı ve sözleşmeye bağlanarak hukuksal işlemin tamamlandığı halde ihaleden sonra değişiklik yapılması sonucu ihale dokümanına göre teklifte bulunan isteklilerin tekliflerini değiştirebilmelerinin engellendiği, bu durumun yapılmış ihalede saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin ve güvenilirliğin ortadan kalkması ve dolayısıyla yapılmış ihalenin hukuken sakatlanması sonucunu doğuracağı, uygulamanın adil ve hakkaniyete uygun olmamasının yanında kamu yararı ölçütüyle, hukuk devleti ve sözleşmeye bağlılık ilkeleri ile üzerine ihale yapılan istekliye ayrıcalık tanınması sonucunu doğurması nedeniyle de kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, bununla birlikte idari yargı mercilerinde görülmekte olan hukuki uyuşmazlıklar için her aşamada verilecek her türlü yargı kararının gereğinin, yargı kararı doğrultusunda değil, mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesi ile hukuk yollarının kapatılmış olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

106. Dava konusu kural, 6428 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihinden önce 3359 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idari yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin ihale dokümanı ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesini öngörmektedir.

107. Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede 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, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme

kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindedir. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

108. Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsılması, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

109. Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

110. Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece

hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindedir.

111. Kamu bütçesini aşacak boyutta finansman gerektiren KÖİ modeliyle yapılan yatırımların kapsamı, boyutu, ekonomik değeri ve sağlık hizmetine yapacağı katkılar düşünülerek ihale sürecine ilişkin işlemlerin ve sonrasında imzalanan sözleşmelerin mümkün olduğu ölçüde sürdürülmesinin hedeflenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Gereğesine bakıldığında dava konusu kuralın, 6428 sayılı Kanun kapsamında kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukuki anlamda güven içeren yatırımlara destek vermeleri nedeniyle ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin bazı tadilatlarla düzeltilebilmesi, hukuka dolayısıyla da mahkeme kararlarına uygun hâl getirilebilmesi için idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale dokümanı ve sözleşmelerde gereken düzenlemelerin yapılması suretiyle işlerin yürütülmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

112. Kural uyarınca sözleşmeler ve ihale dokümanları iptal edilmeyecek, mahkeme kararlarının gerekleri yönünde değiştirilecektir. Böylece hem mahkeme kararlarının gerekleri yerine getirilecek hem de sözleşme ve ihale süreci devam edebilecektir. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca idari yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmamasını ya da geciktirilmesini öngörmemekte, sadece bu kararların uygulanma şeklini göstermektedir. Diğer anlatımla kural, yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm niteliğini almış yargı kararlarının etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Doküman ya da sözleşmelerde kararlar doğrultusunda değişiklik yapılması, kararların yerine getirilmemesi anlamını da taşımaz. Kural, idarenin mahkeme kararını değiştirebilmesine değil sadece karar doğrultusunda doküman ya da sözleşmenin değiştirilmesini hükmetmektedir. Kaldı ki yargı organı tarafından ihalenin tamamen iptal edilmesi ya da ana unsurlarının iptal edilmesi durumunda doküman ya da sözleşmelerde değişiklik yapılması olanağının da ortadan

kalkacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle kural, doküman ya da sözleşmede değişiklik yapılarak uygulanması mümkün haller için geçerlidir. Tüm bunlara rağmen kararın yerine getirilmediğinin düşünülmesi durumunda yeniden yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Dolayısıyla dava konusu kural hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.

113. Öte yandan dava dilekçesinde kuralın eşitlik ilkesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İhaleyi kazanan ve idare ile sözleşme taslağını görüşen ya da bu aşamayı geçerek sözleşme imzalayan yüklenici ile diğer istekliler aynı hukuki durumda değildirler. Eşitlik karşılaştırması yapılabilmesi için karşılaştırmaya esas alınacak kişi ya da grupların aynı veya benzer hukuki durumda bulunmaları gerekir. Yüklenici ile sadece ihaleye katılmış olan diğer isteklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle eşitlik karşılaştırmasına tabi tutulamazlar. Üstelik belirtilen aşamalarda bulunan tüm yüklenicilerin aynı hukuki kurallara tabi olacağı kuşkusuzdur. Haklarında verilmiş yargı kararı bulunan yüklenicilerin dava konusu kurala tabi olacakları kuşkusuzdur. Yüklenici ile herhangi bir nedenle sözleşmenin yapılmaması ya da feshedilmesi durumunda diğer istekliler ile aynı işlemler yapılabilecek ve onların da aynı kurallara muhatap olabilecekleri açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın eşitlik ilkesine aykırılığından söz edilemez.

114. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

115. M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

116. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralların uygulanmasının insanların maddi ve manevi zararlarının doğmasına yol açacağı, hukuk devleti sayılmanın gereği olarak anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması gerektiği, aykırılıkların sürdürülmesinin, hukukun üstünlüğü ilkesini zedeleyeceği ve bu durumda kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından

hukuk devleti yönünden de giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açılacağı belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...otuz gün içinde..." ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "*İlan süresi geçtikten sonra...*" ibaresine,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "*...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.*" ibaresine,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkraya,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddeye,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkraya,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkraya,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasına,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "*...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile...*" ve "*...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...*" ibaresine,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal talepleri, 28.1.2016 tarihli ve E.2014/92, K.2016/6 sayılı kararlarla reddedildiğinden, bu madde, fıkra ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 28.1.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...otuz gün içinde..." ibaresi ile dördüncü cümlesinde yer alan "İlan süresi geçtikten sonra..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 23. maddesiyle değiştirilen, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan;

a- "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.1.2016 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6527 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesiyle, 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz" ibaresinin iptali isteminin reddine ilişkin çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmıyoruz:

2. İptali istenen kuralla, Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müstemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilmesini öngören beşinci fıkranın kapsamındaki bu tesislerden, Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilenlerden **herhangi bir bedel alınmayacağı** öngörülmektedir.

3. Kural kapsamındaki yerlerin "*karayolu sınır çizgisi içinde*" olanları ifade ettiği açıktır. Dolayısıyla, hangi tesislerden bedel alınmayacağı, karayolu sınır çizgisine göre belirlenecektir. "*Karayolu sınır çizgisi*"nin 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesindeki tanımına göre "*kamulaştırılmış, kamuya terk veya tahsis edilmiş karayolunda mülk ile olan sınır çizgisini; diğer karayollarında yarmada şevden sonra hendek varsa hendek dış kenarı,*

hendek yoksa şev üstü kenarı, dolguda şev etek çizgisini; yaya yolu ile ayrılmış karayolunda yolun mülkle birleştiği çizgiyi” ifade etmektedir. Yine 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’na göre karayolu sınır çizgisi aynı ölçütlere göre tanımlanmaktadır. Anılan Kanun’da, otoyollarda karayolu sınır çizgisi belirlenirken sadece üzerinden trafik akan yol gövdesi değil, otoyol hizmet tesisleri, bakımevleri gibi zorunlu tesis ve güvenlik alanlarının da gözetileceği öngörülmektedir.

4. İlgili yasalarda yapılan bu tanımlamalara göre karayolu sınır çizgisinin mülkle birleştiği durumlar dışında somut ve önceden belirlenebilir bir sınır çizgisi mevcut olmayıp, bu çizginin otoyol projesi yapılırken idare ve/veya müteahhit tarafından serbestçe belirlenebileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, orman içinden geçen otoyollarda zorunlu olarak müdahale edilecek orman alanı, özel bir mülke temas etmedikçe, idare tarafından istenildiği ölçüde orman sahasına girebilecektir.

5. Anayasa, birçok ülke anayasasından farklı olarak, ormanların korunmasını özel ve sıkı bir rejime bağlamıştır. Tarihsel olarak Fatih Sultan Mehmet’le başlayan ancak Osmanlı döneminde gereğince uygulanamayan, ormanların gerekirse en sert tedbirlerle korunması kaygısı, Cumhuriyet döneminde ormanlara tekrar verilen öneme rağmen orman alanlarının kaybının önlenemeyişi, anayasa koyucuyu, 1961 ve 1982 Anayasalarında özel hükümler vazetmeye yöneltmiştir. Anayasa’nın 169. maddesi, ormanların korunması ve orman sahalarının genişletilmesi için Devlete görev vermiş; devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağını, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağını, yanan ormanların yerine yenisinin yetiştirileceğini hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin 17.2.2002 tarihli ve E:2000/75, K:2002/200 sayılı kararında şu husus vurgulanmaktadır:

“Devlet ormanlarının gerçek ve tüzelkişilere tahsisinin, karayolları, telefon, elektrik, su, gaz, petrol boru isale hatları, savunma tesisleri, sanatoryum gibi öncelikli kamu hizmetlerinin ormandan geçmesi ya da anılan bina ve tesislerin orman arazileri üzerinde yapılması zorunluluğu bulunduğu hallerle sınırlı olması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir.”

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin daha sonraki kararlarında, orman arazileri üzerinde Devletçe yapılan ve işletilen tesisler için bedel alınmamasını Anayasa'ya aykırı bulmadığı; orman arazisinde madencilik faaliyeti yapılması halinde ise devlet hakkının %30 fazlasıyla alınacak olmasını, zorunlu olarak yapılacak madencilik faaliyeti ile ormanın aynen korunması arasındaki kamu yararını makul bir dengeye kavuşturduğu gözetilerek, orman alanındaki madencilik faaliyetlerini Anayasa'ya aykırı bulmadığı anlaşılmaktadır.

6. İptali istenen kuralla, yap-işlet-devret modeliyle yapılacak ve işletilecek tesislerden, kamu idareleri tarafından yapılanlar gibi, herhangi bir bedel alınmaması esası getirilmiştir. Bu durum, daha önce Anayasa Mahkemesince incelenen ve Anayasa'ya aykırı bulunmayan düzenlemelerden de oldukça ileri gitmektedir. Çünkü bu durumda madencilik faaliyetlerinde olduğu gibi dengeleyici bir unsur (devlet hakkı) söz konusu olmadığı gibi, herhangi bir bedel veya ücret ödemeyecek olan girişimci, aynı oranda yüksek kar elde edecek ancak eksilen orman arazisinin telafisi için ayrılması gereken kamu kaynakları karşılanmayacaktır. Anayasa Mahkemesinin önceki içtihatlarıyla oluşan ve ormanların aynen korunması gereği ile zorunlu hallerde kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla orman alanlarına belli ölçülerde müdahaleyi olanaklı kılan irtifak hakkı kullanımı arasında sağlanan adil denge, bu kez iptali istenen kuralla bozulmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillerince verilen 4 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Plân ve Bütçe Komisyonunda birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kuruluna sevk edilmiş ve 26.2.2014 tarih ve 6527 sayılı "Bazı Kanunlarda

Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” olarak kabul edilerek 1.3.2014 tarih ve 28928 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun’un 3. maddesi ile 6831 sayılı Kanun’un Ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın 2. cümlesinde yer alan “...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz...” ibaresi ile Kanun’un 17. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın ve Kanun’un 18. maddesi ile 5651 sayılı Kanun’un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralların TBMM Plân ve Bütçe Komisyonunca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 88. maddesinde “Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir.” denilmektedir. Anayasa’nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa’nın 148. maddesi anlamında bir “şekil sakatlığı”na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, “şekil bakımından” değil, “esas bakımından” söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki “Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa’nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçzüğü’nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa’nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esas ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü’nün “Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı” başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: “Komisyonlar, kendilerine havale

edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar...”

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen Kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, Komisyonların İçtüzüğün 92. maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri önerilen teklif metinlerinde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından birleştirilen metne ilave edilerek kanunlaştırıldığından, bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan “başka” kanunlarda ek ve değişiklik getiren “yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki” değişikliklerin “Genel Kurul” tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki “Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı... hususları ile sınırlıdır...” hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir “son oylama”nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzeltereği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki “şekil denetimi” kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı

üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığıınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalastığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; yukarıda işaret edilen kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı, Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasaya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Aşağıda belirtilen kuralların, açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

I- Kanun'un 23. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrası

6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli İle Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi Ve Hizmet Alınması İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen, 4. maddesinin 9 numaralı fıkrası şu şekildedir:

“(9) 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 değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir. Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağını anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır. Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır. Sözleşmenin taraflarca karşılıklı sona erdirilmesine veya sözleşme değişikliklerine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.”

Kural, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, uzun süreli bir sözleşmede bu gibi değişikliklerin yapılması ihtiyacının olabileceği, kanun koyucunun mümkün olduğunca sözleşmeyi sona erdirmeden devam ettirme amacında olduğu, bu açıdan bu gibi düzenlemeleri yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğu gerekçeleriyle Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

İptali istenen fıkrada, kamu özel ortaklığı kapsamında yapılan ihaleler ve imzalanan sözleşmelerde daha sonra değişiklik yapılması ihtiyacı ortaya çıkarsa bunların ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak çeşitli durumlar öngörülmüş ve bu durumlara ilişkin olarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Getirilen düzenlemenin genel gerekçesi kapsamında şu hususlara yer verilmiştir: “...Kamu Özel İşbirliği projelerinin ülkemizde yeni uygulanmaya başlanması, yüksek bütçeli olup uzun vadeye dayanması sebebiyle projelerin temelini oluşturan karmaşık sözleşmelerin gelişen hal ve durumlar için gözden geçirilip güncellenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde projelerin kolaylıkla sona erdirilmesi gündeme gelecektir ki; bu durumda ortaya çıkacak zarar kamuya, hem hizmetlerin aksaması hem de maddi kayıp olarak yansıyacaktır. Ayrıca yapısı gereği uluslararası nitelikte ve büyük ölçekli olan bu projelerin sona erdirilmesi hizmetler ve maliyette ortaya çıkan zararın yanı sıra uluslararası piyasada; ülkemiz adına güven ve yatırımcı kaybına da sebebiyet verecektir. Bu sebeplerden dolayı Teklif ile sözleşmelerde değişiklik yapılması ve bu değişikliklere ilişkin hükmün Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış sözleşmelere de uygulanması amaçlanmıştır. Ayrıca bu kapsamda yapılan işlerin önemi ve yüksek maliyeti dikkate alınarak idari yargı mercilerince verilecek kararlar çerçevesinde ihale tümüyle iptal edilmeksizin, ihale dokümanı ve sözleşmelerde kararların gerektirdiği düzenlemeler yapılarak işlerin yürütülmesi öngörülmüştür.”

Kanun koyucu, yüksek maliyet gerektiren ve uzun süreli yapılması gereken yatırımların özel sektör tarafından yapılıp, sağlık hizmeti verilmesini sağlamak amacıyla kamu özel işbirliği (KÖİ) usulünü kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarih ve E. 2011/150, K. 2013/30 sayılı kararında KÖİ, “özel sektörle kamu idaresi arasında, bir hizmetin tasarlanması, yapımı, kiralanması, ortaklık kurulması ve finansmanının sağlanması, işletilmesi gibi unsurların bileşiminden oluşan ve özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler üzerinden uygulanan bir işbirliği modelidir.” şeklinde tanımlamıştır. Buna göre, KÖİ modeli, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesislerin idare ile projeyi yürütecek kişiler arasında karşılıklı hak ve yükümlülükleri içeren özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme ile Hazinesinin özel mülkiyetindeki taşınmazlar

üzerinde mülkiyet yükleniciye devredilmeksizin sadece yüklenici lehine sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilerek gerçekleştirilen, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetlerin yüklenici, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idarenin sorumluluğunda olduğu kamu yatırım finansmanı çeşididir.

KÖİ'ne ilişkin sözleşme, 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre özel hukuk hükümlerine tabi olmakla beraber, sözleşmenin kurulması özel hukuk hükümlerine göre tarafların bir araya gelerek akit serbestisi çerçevesinde sözleşmenin şartlarını belirlemeleri şeklinde olmamakta; öncesinde, kiminle sözleşme yapılacağı ve sözleşmenin şartlarının belirlenmesi için, söz konusu Kanun'un 3. maddesi gereğince ayrıca bir de ihale yapılması gerekmektedir. Nitekim, Kanun'un 3. maddesinin 1. fıkrasında *"İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır"*, denilmiş, maddenin müteakip fıkralarında ihalenin ne şekilde yapılacağı açıklanmış, arkasından 4. maddede de sözleşmenin yapılması düzenlenmiştir.

Buna göre idare, yapılan ihalelerde saydamlığı, rekabeti eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun zamanda ve şartlarda karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur. Özel hukuk sözleşmelerinde iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun suretle rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur. Özel hukuk sözleşmelerinde uyulması gereken kurallar kamu hukuku için yeterli değildir. İdarenin özel hukuka göre yapacağı sözleşmelerde uyacağı birçok kural vardır. Bu kuralların başında ekonomik açıdan en avantajlı teklifi değerlendirmek vardır. Ayrıca idare sözleşme yapacağı kişiyi ve yeri serbestçe seçmemektedir. Kanun koyucu, bu şekilde sözleşme öncesinde ihale süreci öngörerek, kamu yararının daha iyi gerçekleşmesini sağlamaya çalışmaktadır.

KÖİ'ne ilişkin sözleşmeler uzun süreli olduklarından, zamanla değişen şartlara sözleşmenin uyarlanması, öngörülmeven durumlara göre gözden geçirilmesi gerekebilir. Ancak, kamu yararı gereği, ihale sürecinden sonra kurulan sözleşmenin, ihale sonucuna göre yapılması

gerekli olduğu gibi, daha sonraki değişikliklerin de bu esas çerçevesinde gerçekleştirilmesi, ihaleyi anlamsız hale getirecek şekilde yapılmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2. maddesi gereğince hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

İptali istenen **fıkranın birinci cümlesinde**, *“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 değiştirmemek kaydıyla Sağlık Bakanı onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilir”* denilmiştir.

Buna göre, sözleşme bedeli değişmemek üzere mücbir sebep, olağanüstü hal ya da sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması ile sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hallerinde Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabilmesi öngörülmektedir. Bu cümle, ihalenin

yapılıp sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmenin uygulanma aşamasına ilişkindir.

Kuralda geçen, “*mücbir sebepler, olağanüstü haller*” ibareleri, geniş bir anlama sahip olmakla beraber, anlamı ve kapsamı gerek kanunlarda gerekse uygulamada açıklığa kavuşturulduğundan bu konularda bir belirsizlik olduğunu söylemek uygun değildir. Keza, söz konusu hallerde, sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması da bir gerekliliktir. Ancak, cümlelerin devamındaki, “*..veya sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde...*” ibareleri, son derece geniş olup, mücbir sebep veya olağanüstü hal dışında bir başka nedenden dolayı da sözleşmenin değiştirilmesine izin vermektedir. Bu hükme göre, bedel aynı kalmak kaydıyla sözleşmenin diğer unsurları değiştirilebilecektir. Bu kapsamda bedel değiştirilmeden, örneğin yüklenicinin borçları hafifletilebilecek yahut ağırlaştırılabilecektir. Bu şekilde bedel değişmese de, edim değiştirilebildiğinden, bedelin de bundan dolayı olarak etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu şekilde taraflar, ihale sürecinin tamamlanmasından sonra, sözleşmenin önemli unsurlarında değişiklik yaparak, daha önceki ihale sürecini anlamsız hale getirebileceklerdir. Kural bu haliyle, belirsiz olup idareye, keyfiliğe yol açabilecek geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu durumun, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

Tarafların sözleşmede yapabilecekleri değişikliklerin geçerli olmasını, Bakanın onayına tâbi kılmak da, yukarıda belirtilen sakıncayı gidermek için yeterli bir güvence oluşturmamaktadır.

Fıkranın ikinci cümlesinde sözleşmede değişiklik yapılmasını öngören bir diğer durum düzenlenmiş ve “*Yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağıının anlaşılması hâlinde bedel, ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak güncellenir ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemeler yapılır*” denilmiştir.

Bu cümlede de, yapım işlerinde mücbir sebep, olağanüstü hal veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede

öngörülen işin tamamlanmayacağıının anlaşılması durumunda bedelin Bakan onayı ile güncellenmesi ve buna bağlı düzenlemelerin yapılması öngörülmektedir. Güncelleme ihalede nihai teklifin verildiği tarih esas alınarak yapılacaktır. Bu cümle, birinci cümle gibi yapım aşamasına ilişkindir; ancak ondan farklı olarak bedel değişikliği yapılabilmektedir; burada bedelin de güncellenmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması kabul edilmiştir.

Şu halde yukarıda incelenen birinci cümledeki duruma benzer şekilde, bu cümlede düzenlenen duruma göre de, “*mücbir sebepler ve olağanüstü hâller*” dışında, “*yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağıının anlaşılması hâli*” son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ayrıca, yukarıda birinci cümle açısından ifade edildiği üzere, ihale yapılıp tamamlandıktan sonra, sözleşmede değişiklik yapılarak, daha önce yapılan ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen **fıkranın üçüncü cümlesinde** ise “*Yüksek Planlama Kurulunun yetkilendirme kararından sonra yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde; değişen fizibilite raporu veya projeler ve ilgili diğer belgeler Yüksek Planlama Kuruluna yeniden sunulur, Yüksek Planlama Kurulunun yeni yetkilendirmesine istinaden sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli tadiller yapılır*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Bu hükme göre de, ihaleden sonra, ancak sözleşmesinin yapılmasından önceki aşamada, “*ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde*” Yüksek Planlama Kurulundan yeni duruma göre yetkilendirme alarak, sözleşme taslağında ve eklerinde gerekli değişiklikler yapılabilecektir. Burada da yine ihale bedelinin değiştirilmesini gerektiren bir değişiklik olması halinde, yeni duruma göre, ihale bedelinin değiştirilmesi, çok yüksek ihtimalle artırılması öngörülmüştür. Ancak burada, değişikliğin gerçekleşebilmesi, Bakanın onayı ile değil, Yüksek Plânlama Kurulunun yetkilendirmesi ile gerçekleşebilecektir.

Bu cümle açısından yine, “ön fizibilite raporu veya projelerde, ihale dokümanındaki yatırım maliyetinde öngörülen sınırları aşan bir değişiklik olması hâlinde” ibaresi son derece geniş ve belirsiz olup, idareye çok geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ayrıca, yukarıda incelenen birinci ve ikinci cümleler açısından ifade edildiği üzere, ihalenin tamamlanmasından sonra, sözleşme şartlarında değişiklik yapılarak, ihalenin anlamsız ve etkisiz hale getirilmesi mümkündür.

İptali istenen fıkranın dördüncü ve beşinci cümlelerinde Anayasaya açık bir aykırılık bulunmamakla beraber, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, fıkranın bir bütün olarak Anayasaya uygunluğu oylanıp değerlendirildiğinden, önceki cümlelere bağlı olarak bu cümlelerin de Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, 6527 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle değiştirilen, 6428 sayılı Kanun’un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

II- Kanun’un 24. Maddesiyle Değiştirilen 6428 Sayılı Kanun’un Geçici 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan “... ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...”İbareleri

Dava konusu ibareleri de içeren geçici 1. maddenin 1. fıkrası şu şekildedir;

(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası, süreci devam eden ihalelere ve sözleşmesi imzalanmış işlere de uygulanır.”

Görüldüğü gibi, geçici 1. maddenin 1. fıkrasının birinci cümlesinde, 3359 sayılı Kanun’un ek 7. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde süreci başlatılan ihalelerin, yeni hükümlerde belirtilen usule göre değil, mevcut ihale şartlarına göre, yani kaldırılan ek 7. maddede öngörülen

şekilde sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir. İptali istenen ibarelerin de yer aldığı ikinci cümlede ise, süreci başlatıldığı için kaldırılan ek 7. maddeye tâbi kılınan ihalelerde ve sözleşmesi imzalanmış işlerde, üst hakkı tesisine ilişkin hükümler, 3. maddenin 7. fıkrası ile 4. maddenin 9. fıkrasındaki hükümler istisna tutulmuş ve onlara da uygulanması kabul edilmiştir. Buna göre, süreci başlatıldığı için ek 7. madde kapsamındaki ihalelere ve sözleşmesi tamamlanmış işlere de, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelenen 4. maddenin 9. fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

İptali istenen ibareler Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasaya uygun bulunup, iptal talebi reddedilmiştir.

İptali istenen ibarelerden “...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile...” kısmına ilişkin ret kararı kanaatimizce isabetli olmakla beraber; “... ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...” ibarelerinin iptali talebinin de reddedilmesi isabetli olmamıştır.

İptali talep edilen “... ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...” ibareleri yukarıda incelediğimiz ve Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz, 4. maddenin 9. fıkrasına atıf yapmaktadır. O nedenle, yukarıda 1 numaralı başlık altında incelenen 4. maddenin 9. fıkrasına ilişkin Anayasaya aykırılık nedenleri burada da geçerlidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6428 Sayılı Kanun’un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası...” ibarelerinin de Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 6428 sayılı Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce mücbir sebep hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesi düzenlenmekte iken, yapılan değişiklikle

mücbir sebeplerin yanında “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 değiştirmemek kaydıyla” Sağlık Bakanının onayı ile sözleşme ve eklerinde taraflarca değişiklik yapılabileceğinin; ayrıca “yapım işlerinde mücbir sebepler, olağanüstü hâller veya yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle, sözleşmede öngörülen şartlarda işin tamamlanamayacağına anlaşılması hâlinde” bedelin, ihalede nihaî teklifin verildiği tarih esas alınarak güncelleneceğinin ve buna bağlı olarak Bakan onayı ile sözleşmede gerekli düzenlemelerin yapılacağına hükme bağlandığı anlaşılmaktadır.

Böylece anılan kural, mücbir sebep hâllerinde “sözleşmenin sona erdirilmesine” imkân vermekte iken, yapılan değişiklikle mücbir sebeplerin yanında çok daha geniş bir şekilde sayılan sebeplerle ve “sözleşmenin sona erdirilmesine” değil, “sözleşme ile eklerinde ve yapım işlerinde bedelde değişiklik yapılmasına” imkân verecek hâle getirilmiş bulunmaktadır.

Kararda, 6428 sayılı Kanununun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasında getirilen bu düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu, idareye yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen şartlara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip bir takdir yetkisi tanınmasının hukukî belirsizlik oluşturduğunun söylenemeyeceği, bu sebeple Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve keyfî uygulamalara karşı koruyucu tedbirler içermesini gerektirmektedir.

Mücbir sebep ve olağanüstü hâl sayılabilecek olayların ve durumların genel hükümlere ve yargı kararlarına göre belirlenmesi mümkün olmakla birlikte, fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinde yer

verilen “sözleşme ve eklerinin uygulanmasını etkileyen bir durumun ortaya çıkması veya sözleşme ve eklerindeki hükümlerin ihtilaf içermesi hâllerinde” ve “yüklenicinin kusurundan kaynaklanmayan sebeplerle” ibareleri, “mücbir sebepler” ve “olağanüstü hâller” ibarelerini anlamsız ve gereksiz hâle getirdiği gibi sözleşme ve eklerinde veya bedelde değişiklik yapılmasının şartlarını, hatta bütün fıkra hükmünü belirsiz hâle getirmekte ve keyfî uygulamalara açık görünmektedir. Söz konusu ibareler, 6428 sayılı Kanuna göre yapılan bütün ihalelerin sözleşmelerinde ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelde değişiklik yapılmasına imkân verecek ve mücbir sebeplerin veya olağanüstü hâllerin bulunup bulunmadığını incelemeyi gereksiz kılacak genişlikte ve belirsizliktedir.

Dolayısıyla mezkûr düzenlemenin açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olduğundan ve keyfî uygulamalara karşı objektif koruyucu tedbirler içerdiğinden söz edilemez.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği gibi, belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, hukukî belirliliği de ifade etmekte; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması kaydıyla, mahkeme içtihatları ve düzenleyici işlemler ile de hukukî belirliliğin sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ne var ki, dava konusu kuralın, gerekçede belirtildiği şekilde “muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak” açıklıktan ve netlikten uzak olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, kanunların objektif ve adil kurallar içermesi, hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması 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 gerekir.

Kamu harcamalarında Kamu İhale Kanununun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal norm bulunmamakta ise de, kanun koyucunun, şehir hastaneleri bakımından Kamu İhale Kanununda yer verilenlerden farklı usul ve esasları öngördüğü 6428 sayılı Kanunda da yukarıda belirtilen ölçütlere uyması gerekmektedir.

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.

Kararın gerekçesinde dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin kamu yararı amacına dönük olduğu belirtilmekte ve Anayasaya uygunluk denetiminde kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığına Anayasa Mahkemesince değerlendirilemeyeceği bilinmekte ise de, anılan Kanunda yapılan değişikliklerde de yukarıda belirtilen esaslara uygun düzenlemeler getirilmesi ve öngörülen yeni düzenlemelerin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedelememesi gerekmektedir.

6428 sayılı Kanuna göre yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tâbi olacağı hükmüne 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, 4. maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan değişikliğin ihale sürecini ve 3. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ihale esaslarını anlamsız ve etkisiz hâle getirmemesi gerekmektedir. Ancak, ihale süreci tamamlanmış ve sözleşmesi yapılmış işlerde sözleşme şartlarının değiştirilmesine ve dolaylı veya dolaysız olarak bedelin artırılmasına imkân tanıyan mezkûr düzenlemenin taşıdığı yukarıda aktarılan belirsizliğin, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek sonuçlar doğurmaya da elverişli olduğu görülmektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralın belirlilik ilkesine uygun olmaması, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini de zedeleyecek sonuçlar doğurmaya elverişli olması sebebiyle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2- 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu Kanunun yürürlüğe girmesinden (9/3/2013 tarihinden)

önce söz konusu projelerin dayanağını oluşturan 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre başlatılan ve süreci devam eden ihalelere bulunduğu safhadan itibaren 6428 sayılı Kanunun 3. maddesinin “belli istekliler arasında ihale esasları”nı belirleyen yedinci fıkrasının uygulanması öngörülmekte iken, 6527 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu hükmün yanında 6428 sayılı Kanunun üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasının da, üstelik süreci devam eden ihaleler yanında sözleşmesi imzalanmış olan işlere de uygulanmasına imkân verecek genişlikte bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Kanunun 4. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla ilgili olarak yukarıda (1) numaralı şıkta belirtilen gerekçelerle dava konusu ibarelerin de belirlilik ilkesine uygun olmadığı ve adalet ve hakkaniyet ölçütlerini zedeleyecek nitelikte olduğu için Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Üstelik, ihalenin tamamlanmasından ve sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan kanun değişikliği ile yükleniciye yeni imkânlar sağlayan dava konusu kuralın, ihale öncesinde yüklenici ile aynı hukukî durumda bulunan, ancak Kanunun yürürlükteki hükümlerine, projelere ve diğer ihale şartlarına göre değerlendirme yaparak teklif veren ve ihaleyi kazanamayan diğer teklif sahipleri bakımından adalet ve hakkaniyet ölçütlerine aykırılığı, kuralın geçici hüküm olması ve zaman itibarıyla etkisi yönünden anılan teklif sahipleri için telafi edilemeyecek niteliği sebebiyle çok daha açık olarak ortaya çıkmaktadır.

3- 6527 sayılı Kanunla 6428 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten (1/3/2014’ten) önce 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların gereklerinin mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükmüne bağlanmaktadır.

Bu hükmün iptali talebi de, anılan hükmün, ancak yargı kararlarının mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirilmesinin mümkün olduğu işler

bakımından uygulanabileceği, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptal edilmesi hâlinde bu hükmün uygulanmasının mümkün olmayacağı, 6428 sayılı Kanun kapsamında yapılan işlerin önemi, yüksek maliyeti ve uluslararası finans kuruluşlarının uzun süreli ve hukukî olarak güvenli yatırımlara destek vermelerinden dolayı ihalenin tümüyle iptal edilmeksizin düzeltilerek işlerin yürütülmesi amacıyla getirildiği anlaşılan kuralın hak arama özgürlüğüne, hukukî güvenlik ve hukuk devleti ile mahkeme kararlarının bağlayıcılığı ilkelerine aykırılık teşkil etmediği gerekçeleriyle kabul edilmemiştir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, 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 ve yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlanmakta ve mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasama ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşan hukukî durumlara dokunamaması veya ortadan kaldıramamasının hukuk devletinin temel ilkelerinden olduğu; aksi hâlde yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulünün gerekeceği belirtilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 138. maddesinin son fıkrasındaki “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmünün gereği olarak Anayasa Mahkemesince yapılan yukarıdaki tespitler, yargı kararlarının sonuçsuz kalmasına yol açtığı belirlenen kanuni düzenlemelerin de iptaline karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu tespitlere dayanarak, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme ve mahkemece verilen kararın uygulanmasını istemenin, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz şartı olduğunu; mahkemeye erişim hakkının,

yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirdiğini; mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacağını; hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerektiğini; yargı mercileri tarafından verilen kararların da, yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirmeyecek şekilde gecikmeksizin uygulanması gerektiğini; zira hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabileceğini belirtmektedir (3/10/2013 tarihli ve E.2012/73, K.2013/107 sayılı Karar).

Özetlediğimiz ve katıldığımız bu belirlemelere rağmen iptal sonucuna katılmadığımız yukarıdaki kararın karşıoy gerekçesinde ifade edildiği üzere, yargı kararının konusundan kaynaklanan imkânsızlık veya uygulanamazlık hâlleri, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır. Hukukî ve fiilî imkânsızlık hâlleri yargı kararlarının uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırdığından, söz konusu durumlarda yargı kararlarının uygulanmamasında veya idarece belirlenecek şekilde uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmadığını belirten yargı kararları da bulunmaktadır.

Oysa dava konusu kuralda ihale ve sözleşmelerin konusu olan işlerin tamamlanmış ve sonuç olarak geri dönülemeyecek durumların ortaya çıkmış olması gibi fiilî ve hukukî imkânsızlık hâllerinden söz edilmeden, hatta hiçbir şart öngörülmeden, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda idarî yargı mercilerince verilen kararların mevcut ihale dokümanında ve sözleşmelerde gerekli düzenlemeler yapılarak yerine getirileceği ve işlerin buna göre yürütüleceği hükme bağlanarak, yargı kararına konu ihalelerin bu kararlardan etkilenmeyeceği ve ihaleyi alan yüklenicilerin her hâlükârda işe devam edecekleri ortaya konulmuştur.

Dava konusu kuralda yargı kararının kapsamına ilişkin herhangi bir şart öngörülmediğinden mezkûr hükmün, çoğunluğun red gerekçesinde ifade edildiği şekilde, ihalenin tamamen veya ana unsurlarının iptali hâlinde uygulanamayacağı şeklinde anlaşılması da mümkün değildir.

Bu sebeplerle, 3359 sayılı Kanunun ek 7. maddesi çerçevesinde yapılan ihalelere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunu açan dava konusu kuralın Anayasanın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde anılan hükümlerin iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluğun red yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2016/6
Karar Sayısı : 2016/7
Karar Tarihi : 10.2.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 11. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle değiştirilen (ç) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sermaye Piyasası Kurulunda 15.1.2012 tarihinden sonra uzman yardımcısı olarak göreve başlayan davacının, bu tarihten önce işe başlayan aynı unvan ve görevdeki kişilerle mali haklarının eşitlenmesi için yaptığı başvurunun reddi işleminin iptali talebiyle açılan davada, davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralın iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALI

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) ek 11. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı ilgili bölümleri şöyledir:

"Ek Madde 11- (Ek: 11/10/2011-KHK-666/1 md.)

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra;

...

ç) (Değişik: 12/7/2013-6495/73 md.) (b) ve (c) bentlerinde yer alan idarelerde istihdam edilen personelden anılan bentlerde emsali

belirlenmemiş olan personele, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün aynı ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı, ilgili kurumun önerisi Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek emsali Devlet memuruna ilgili mevzuatında kadrosuna bağlı olarak malî haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez. Emsal alınacak memur unvanlarının tespitinde, kadro veya pozisyon unvanları ile ifa ettikleri görevler itibarıyla 657 sayılı Kanuna göre girebilecekleri sınıflardaki aynı veya benzer görevlerin aynı veya benzer kadro, unvan veya derecesi dikkate alınır.

...

Diğer mevzuatın bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.”

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca yapılan ilk inceleme toplantısında, başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan ilk inceleme raporu, itiraz konusu KHK hükmü, dayanan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2. Anayasa'nın 152. 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 kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen 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. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 375 sayılı KHK'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle değiştirilen (ç) bendinin iptalini talep etmiştir. İtiraz konusu bentte, bendin yer aldığı fıkranın (b) ve (c) bentlerinde yer alan idarelerde istihdam edilen personelden anılan bentlerde emsali belirlenmemiş olan personele, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarının, ilgili kurumun önerisi Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek emsali Devlet memuruna ilgili mevzuatında kadrosuna bağlı olarak malî haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemeyeceği, emsal alınacak memur unvanlarının tespitinde, kadro veya pozisyon unvanları ile ifa ettikleri görevler itibarıyla 657 sayılı Kanuna göre girebilecekleri sınıflardaki aynı veya benzer görevlerin aynı veya benzer kadro, unvan veya derecesinin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır.

4. Aynı fıkranın (b) bendinde ise, 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan uzmanlara ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdi ödemelerin bir aylık toplam net tutarının; uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin

bir aylık toplam net tutarını geçemeyeceği öngörülmüş olup, bentte yer alan "...uzman..." ibareleri, Anayasa Mahkemesinin 3.12.2015 tarihli ve E.2015/101, K.2015/111 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

5. Uzmanlığın, uzman yardımcılığı ile başlaması, uzman yardımcılığının; uzmanlığın ön aşamasını oluşturması, mali ve özlük haklarının belirlenmesinde uzmanların mali ve özlük haklarının esas alınması, geçici bir statü olması nedenleriyle söz konusu fıkranın (b) bendinde yer alan "...uzman..." ibaresi, uzman yardımcılar hakkında da uygulanacak kural niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 3.12.2015 tarihli ve E.2015/101, K.2015/111 sayılı kararında itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada uzman yardımcısı olan davacı hakkında (b) bendinde yer alan "...uzman..." ibarelerini uygulanacak kural niteliğinde görerek anılan ibarelerin esasının incelenmesine ve devamında da iptaline karar vermiştir.

6. İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada da davacının uzman yardımcısı olması, (ç) bendinin sadece fıkranın (b) ve (c) bentlerinde yer alan idarelerde istihdam edilen personelden anılan bentlerde emsali belirlenmemiş olan personel hakkında uygulanabilecek olması, buna karşılık uzman yardımcılar hakkında uygulanacak kuralın, (b) bendinde "...uzman..." ibarelerine yer verilmek suretiyle (b) bendi olarak belirlenmesi ve anılan ibarelerin de Anayasa Mahkemesinin 3.12.2015 tarihli ve E.2015/101, K.2015/111 sayılı kararıyla iptal edilmesi nedeniyle itiraz konusu KHK'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi davada uygulanacak kural değildir. Bu nedenle, itiraz konusu kurala ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

III- HÜKÜM

27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle değiştirilen (ç) bendinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma

olanağı bulunmadığından, bu bende ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 10.2.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Esas Sayısı : 2015/96
Karar Sayısı : 2016/9
Karar Tarihi : 10.2.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Karaman 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten..." ibaresinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacı tarafından banka ile imzalanan kredi sözleşmesi gereğince kredi tahsis edilen davalıdan kredi kullanım esnasında tahsil edilen ekspertiz ücretinin iadesi hakkında Tüketici Sorunları Hakem Heyeti Başkanlığı tarafından verilen kararın iptali ve icrasının durdurulmasına karar verilmesi talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 20. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemeye davanın açılmamış sayılmasına karar verilir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümler uyarınca, Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 25.11.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, kesin ve kamu düzenine ilişkin yetkinin dava şartları arasında olduğu, bu nedenle mahkeme tarafından duruşma açılmasına ve tarafların çağrılmasına gerek görülmeksizin dosya üzerinden, tarafların yokluğunda yetkisizlik kararı verilebileceği, bu durumda karar yoklukta verildiği için tarafların karar içeriğinden haberdar olmalarının mümkün olmadığı, Kanun'un verdiği iki haftalık sürenin tarafların yokluğunda başlayıp sona ereceği, ilgililerin kararın içeriğinden ancak kararın tebliği ile haberdar olabileceği, ancak tarafların yokluklarında kesin olarak verilen yetkisizlik kararlarında ilgililere tebliğ olmadığı için karar içeriğinden haberleri olamayacağından iki haftalık sürenin kullanılamayacağı ve davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği, taraflar için Kanun'un vermiş olduğu sürenin, haberdar olmadıkları kararın verilme anından başlatılmasının hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırdığı, öğretide ve yargısal uygulamalarda da

yoklukta verilen kararlarda, başvuru süresinin kararın verildiği andan başlatılmasının adalete aykırı olacağı benimsendiği, genel olarak süreleri düzenleyen Kanun'un 91. maddesinde, sürelerin taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hallerde tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağını düzenlendiği, yoklukta verilen bir karar ile ilgili sürenin kararın verildiği tarihten başlamasının Kanun'un 91. maddesiyle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı (1) numaralı fıkrada, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekeceği, aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kural "...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten..." ibaresidir.

6. 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.

7. 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 verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında,

diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

8. Demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlükler yönünden serbestlik asıl, sınırlama ise istisnadır. Anayasalar temel hak ve özgürlüklerin hangi nedenlerle ve ne ölçüde sınırlandırılabileceğini belirlemektedir. Bu anlamda, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara yer verilmiştir.

9. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihat hâlini alan kararlarında belirtildiği üzere, her temel hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan sınırları da bulunmaktadır. Birlikte yaşamının zorunlu sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin başkalarının aynı hak ve özgürlüklerden faydalanmasını engelleyici, başkalarına zarar verici mahiyette kullanılmaması gerekir. Ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kuralların da temel hak ve hürriyetin bir diğer sınırını oluşturabilmesi mümkündür.

10. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddede, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

11. Temel hak ve özgürlükler özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Dokunulamayacak "öz", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne

dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.

12. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

13. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. “*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*”nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

14. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen “*ölçülülük ilkesi*”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

15. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

16. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "temel hak ve hürriyetlerin özü", "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "demokratik bir hukuk devleti"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

17. Demokratik toplum hak arama özgürlüğünün tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirir. Demokrasilerde devlete düşen görev, bireyin hak arama özgürlüğünü kullanabilme imkânına sahip olmasını sağlamak, özellikle de bu imkânı ortadan kaldırmaya yönelik tutumlardan kaçınmak ve bu yönde gelebilecek olumsuz müdahaleleri engellemektir. Hak arama özgürlüğüne demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olmadıkça Devletin müdahale etmemesi gerekir. Bu hak meşru amaçlarla sınırlandırılabilir ise de bu sınırlama kişilerin bu hakkını yok edecek veya kullanılamaz hale getirecek şekilde yapılmamalıdır.

18. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi ve zararını giderebilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır.

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, ulusal yasalarda mahkemeye erişim hakkının sağlanma derecesi, demokratik bir toplumdaki hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, kişilerin mahkemeye erişim hakkını güvence altına almaya yetecek ölçüde olmalıdır. Mahkemeye erişim hakkı mutlak olmayıp bazı sınırlamalara tâbi olabilir. Bununla birlikte uygulanan sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeleyecek ölçüde veya şekilde olmamalıdır (*Ashingdane/Birleşik Krallık*, B.No: 8225/78, 28.5.1985, § 57). Ayrıca mahkemeye erişim hakkının etkili olabilmesi, haklarına müdahale teşkil eden bir eyleme karşı koymak için

kişinin açık ve pratik bir imkâna sahip olmasını gerektirir (*Bellet/Fransa*, B.No: 23805/94, 4.12.1995, § 36).

20. İtiraz konusu kural ile taraflardan birinin, verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarında bu tarihten itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurabileceği öngörülmektedir.

21. İtiraz konusu ibareyle getirilen düzenleme incelendiğinde, düzenlemenin adil yargılanma hakkının bir unsuru olan “mahkemeye erişim hakkı”na ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır. Kuralla, verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarında tebliğ veya tefhime gerek olmaksızın sürenin bu kararların verildiği tarihten itibaren başlayacağı öngörülmektedir. Bu süre içinde başvurulmadığı takdirde ise görevsizlik ve yetkisizlik kararı veren mahkeme davanın açılmamış sayılmasına karar verecektir. Kuralın yer aldığı maddenin gerekçesinde, görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının kanun yoluna tâbi olmadığı için kesin olması halinde sürenin bu tarihten başlayacağı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun, kuralla, miktar veya değeri Kanun’da belirlenen sınırı geçmeyen malvarlığı davalarında verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararlarında, tarafların dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep için Kanun’da öngörülen sürenin kararın verildiği tarihten itibaren başlatılması suretiyle, dolaylı şekilde yargılamanın hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu durumda getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

22. Ölçülülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli olan önlemin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgili hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli

olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez.

23. Sürelerin başlamasını düzenleyen Kanun'un 91. maddesinde, sürelerin, taraflara tebliğ tarihinden veya kanunda öngörülen hâllerde, tefhim tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda mahkeme tarafından verilen bir kararın davanın taraflarınca öğrenilebilmesi ancak tebliğ veya tefhim yoluyla mümkün olabilmektedir. İtiraz konusu kural ise bu genel kuraldan ayrılmakta ve verildiği anda kesin olan görevsizlik veya yetkisizlik kararlarında, kararın tebliğ veya tefhimi koşulunu aramamakta ve sürenin kararın verildiği tarihten itibaren başlayacağını öngörmektedir.

24. Hukuk yargılamasında bir davanın genel mahkemelerde ya da özel mahkemelerde görüleceği hakkında kurallar görev kuralları olup, Kanun'un 1. maddesi gereğince kamu düzenine ilişkin olarak kabul edilmekte ve bir mahkemenin görevsizliğine ilişkin kararlar davanın her aşamasında mahkemece resen ya da taraflardan birinin itirazı üzerine verilebilmektedir. Davanın hangi yer mahkemesinde görüleceği hakkında kurallar ise yetki kuralları olup, kanunda uyuşmazlığın sadece o yer mahkemelerinde görüleceğinin belirtildiği kesin yetki kurallarının varlığı halinde de davanın her aşamasında mahkemece resen ya da taraflardan birinin itirazı üzerine yetkisizlik kararı verilebilmektedir. Bu kararlar, duruşmada taraflardan birinin ya da her iki tarafın yokluğunda verilebileceği gibi mahkeme tarafından Kanun'un 320. maddesi gereğince taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden de verilebilmektedir. Bu şekilde verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararlarının itiraz konusu kural gereğince tebliğ veya tefhim edilmesi aranmadığından, tarafların verilen kararları öğrenme imkânı son derece sınırlı olmaktadır.

25. Bu hallerde verilen kararı öğrenme imkânı olmayan tarafın, dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etme imkânı da bulunmayacaktır. Bu durumda ise davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi nedeniyle tarafların, dosya kendisine gönderilen mahkemede görülecek davanın, ilk davanın devamı sayılma hakkından yararlanamayacağından usul hukuku anlamında hak kayıpları yaşayacağı kuşkusuzdur. Zira davacı davasını yeniden harç

ödemek suretiyle tekrar açmak zorunda kalacak, görevsiz veya yetkisiz mahkemede dava açılması ile kazanılmış olan zamanaşımının kesilmesi, hak düşürücü sürenin korunması gibi haklar ile bu mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati hacizler ortadan kalkacaktır. Bu bağlamda tarafların henüz varlığından haberdar olmadığı bir kararın verildiği tarihten itibaren iki haftalık süre içinde başvurmadiğundan bahisle verilecek olan davanın açılmamış sayılmasına ilişkin karar, ortaya çıkardığı hukuki sonuçlar itibarıyla hak arama özgürlüğünü amacını aşacak şekilde sınırlandırmaktadır.

26. Ayrıca, dava dosyasının görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilebilmesi için kararın verildiği tarih esas alınarak tebliğ veya tefhim öngörmeyen kuralın, mahkemeye ulaşmada açık ve pratik bir imkân sunduğu da söylenemez. Dolayısıyla kuralla mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama, hak arama özgürlüğüne ilişkin hakkın Anayasa'da ifade edilen sınırlarını aşmakta ve bu hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırmaktadır. Kuralla bireylerin mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlama demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama niteliğinde olduğundan Anayasa'ya aykırıdır.

27. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

IV- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

28. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve 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 tekrarlanmaktadır.

29. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten...*" 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 bu ibareye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V- HÜKÜM

12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten..." ibaresinin 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, 10.2.2016 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Alparslan ALTAN

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Esas Sayısı : 2015/97
Karar Sayısı : 2016/10
Karar Tarihi : 10.2.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon 2. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 96. maddesinin birinci fıkrasının, 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 13., 35., 60. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hatalı işlemi sonucu yersiz olarak yapıldığı tespit edilen sağlık yardımının iadesi için ilgili aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine, Kurum tarafından açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 96. maddesi şöyledir:

"Yersiz ödemelerin geri alınması

MADDE 96- Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;

a) Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,

b) Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmidört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmidört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan,

itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır.

Alacakların yersiz ödemelere mahsubu, en eski borçtan başlanarak borç aslına yapılır, kanunî faiz kalan borca uygulanır. Bu hüküm ilgili hak sahiplerinin muvafakat etmeleri kaydıyla, aynı dosyadan diğer bir hak sahibine yapılan yersiz ödemelere mahsubunda da uygulanır.

Yersiz ödemenin gelir ve aylıklardan kesilmesinde, kesintinin başlayacağı ödeme dönemi başı itibarıyla kanunî faizi ile birlikte hesaplanan borç tutarı, gelir ve aylıktan % 25 oranında kesilmek suretiyle uygulanır.

Yersiz ödemelerin tespiti ile geri alınmasına ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M.Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 25.11.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Cengiz ERTEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan

Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, hukukun vatandaşlara öngörülebilirlik ve güven sağlaması gerektiği, keyfi şekilde düzenlenen yaptırımların ve vatandaşlara getirilen yükümlülüklerin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, önceden yapılan ödemelerin geri alınmasına ilişkin düzenlemenin mülkiyet hakkıyla birlikte ağır yaptırım öngörmesi nedeniyle ölçülülük ilkesini de ihlal ettiği, Kurum'un kendi kusurundan dolayı tek taraflı olarak emeklilik statüsünü iptaliyle ortaya çıkan zarardan vatandaşın sorumlu tutulmasının Devlet'in yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiği, Kurum'un kusuru nedeniyle hatalı olarak tesis edilen işlemde kaynaklanan ödemelerin iadesinin iş mahkemelerine açılan davalar ile sağlandığı ve hatalı işlem nedeniyle uğranılan zararın Kurum'dan tahsili talebinin bu düzenleme karşısında sonuçsuz kalacağı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35., 60. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kural, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hatalı işlemi sonucunda fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen 5510 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerden, bu işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık süredeki ödemelerin iadesinde, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmi dört ay içinde yapılması halinde faiz uygulanmayacağını, yirmi dört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılması halindeyse, bu süre sonundan itibaren hesaplanacak kanunî faizin uygulanacağını hüküm altına almaktadır.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan

devlettir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucunun, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

6. Kural, sebepsiz zenginleşmede geri verme konusuna ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olup, Kurum'un hatalı işlemi nedeniyle ilgiliye yapılan fazla veya yersiz ödemeye bağlanan sonuçları öngörmektedir. Kuralın, Kurum tarafından Kanun'a aykırı şekilde ilgililere yapılan ödemelerin geri alınmasıyla Kurum'un gider kaybının önlenmesini ve Kurum'un aleyhine sebepsiz zenginleşmeye engel olunmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Böyle bir düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu da açıktır.

7. Öte yandan Kurum'un hatalı işleminden kaynaklanan nedenlerle yapılan fazla veya yersiz ödemelerin yaptırımı, ilgililerin kasıtlı veya kusurlu davranışı sonucu yapılan fazla veya yersiz ödemelerin hükümlerine göre hafifletilmiş, kanun koyucu sebepsiz zenginleşene hatalı işlemin tebliğinden itibaren yirmidört ay gibi uzun bir süre faizsiz iade yapması için seçenek tanımıştır. Dolayısıyla kural Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

8. Mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı haklarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, anayasallık denetiminde ekonomik değer ifade eden malvarlıklarına ilişkin olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında inceleme yapılabilmesi için ilgili mülkün hâlihazırda kişilerin mülkiyetinde bulunması gerekmektedir. Kişilerin hukuken malik bulunmadıkları malvarlığı değerlerine yönelik mülk edinme beklentileri, kural olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında koruma görmemektedir.

9. Sosyal hukuk devletinin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı Anayasa'nın 60. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Bu hüküm bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı maddenin ikinci

fıkrasında da “Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” denilerek bu görevin, Devlet tarafından oluşturulacak kuruluşlar yoluyla yerine getirilmesi öngörülmektedir.

10. Kural, var olmayan bir sosyal güvenlik hakkının gerçekleştiği zannıyla Kurum’un hatalı işlemiyle ilgililere yaptığı ve malvarlıklarında sebepsiz zenginleşmeye yol açan yersiz ödemelerin iadesine ilişkindir. Bu nedenle kişinin malvarlığında ekonomik bir değer taşımakla birlikte geçerliliği bulunmayan bir sosyal güvenlik hakkından kaynaklanan yersiz ödemenin iadesi talebini düzenleyen kuralın mülkiyet hakkı ve sosyal güvenlik hakkıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

11. Anayasa’nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Anayasa’da açıkça yazılı olanların dışında, idarenin hiçbir eylem ve işlemi yargı denetiminin dışına çıkarılamaz ve bu işlemlere karşı yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğü kısıtlanamaz. Kuralın, bakılmakta olan davadaki gibi yargı denetimine tâbi bulunduğu açıktır. Bu bağlamda yersiz ödemelerin iadesine ilişkin kararlar yargı denetimi dışına çıkarılmadığından kural Anayasa’ya aykırı değildir.

12. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

13. Kuralın Anayasa’nın 13., 35. ve 60. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

14. Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

IV- HÜKÜM

31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 96. maddesinin birinci fıkrasının, 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun’un 44. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Celal Mümtaz AKINCI’nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.2.2016 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Sosyal Güvenlik Kurumunun hatalı işlemi sonucu yersiz olarak yapıldığı tespit edilen sağlık yardımının iadesi için ilgili aleyhine başlatılan icra takibine itiraz edilmesi üzerine, Kurum tarafından açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 13., 60. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri süren mahkeme iptali için başvurmuştur.

2- İtiraz konusu kural, Sosyal Güvenlik Kurumunun hatalı işlemi sonucunda fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen 5510 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerden, bu işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık süredeki ödemelerin iadesinde, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmi dört ay içinde yapılması halinde faiz uygulanmayacağını, yirmi dört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılması halindeyse, bu süre sonundan itibaren hesaplanacak kanunî faizin uygulanacağını hüküm altına almaktadır.

3- İptali istenilen kuralın yer aldığı 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesi "**Yersiz ödemelerin geri alınması**" başlığını taşımakta, İtiraz konusu (b) bendinde ise, "**Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı**

işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmidört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmidört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan, itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır.” denilmektedir.

4- Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen **hukuk devleti**, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, **eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan**, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucunun, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır.

5- Dava konusu olayda, sigortalıya çalıştığı esnada her nasılsa iki sigorta sicil numarası verilmiş ve sigortalı yaşlılık aylığı almayı hak ettiğinde hizmetlerinin birleştirilmesi suretiyle kendisine aylık bağlanmasını istemiştir. Kurum hizmet birleştirmesi sırasında başka bir sigortalıya ait 120 günlük hizmeti ilgili sigortalının hizmeti sanarak bu süreyi de dahil ederek sigortalıya yaşlılık aylığı bağlamıştır. Yaklaşık beş yıl bir ay sonra kurum hatasını fark etmiş ve geriye dönük beş yıl içinde sigortalıya yapılan aylıklardan dolayı kendisine borç çıkarttığı gibi verilen sağlık hizmeti nedeniyle de 7.446,73 TL'nin de emekli sigortalıdan istirdadı istenilmiştir. Mahkememiz çoğunluğunca kuralın, sebepsiz zenginleşmede geri verme konusuna ilişkin özel bir düzenleme olduğu, “**kurumun hatalı işlemi nedeniyle** ilgiliye yersiz veya fazladan yapılan ödemelerin geri alınmasıyla Kurum'un gider kaybının önlenmesi, Kurum aleyhine sebepsiz zenginleşmenin önlenmesi için kamu yararı amacıyla çıkarıldığı” ifade olunmuştur.

6- Bu düşünceye katılmak mümkün olmamıştır. Çünkü; “**hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir**

hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlet” olduğuna göre hukuk devletinde kişinin sebep olmadığı hatalı işlemde sorumlu tutulması mümkün değildir. Devletin, idarenin veya bir Kurumun hatasından dolayı yasayla, ilgili (olayımızda sigortalı) sorumlu tutuluyorsa, devletin “Hukuk Devleti” değil “Kanun devleti” olduğu algısı ortaya çıkar. Çünkü Hukuk Devletinde, kişinin kendi hatasından, kusurundan yararlanamaması esastır. Başkasının hatasından sorumlu tutulmamak da genel kabul görmüş bir kuraldır.

7- Ayrıca, “kuralın sebepsiz zenginleşmede geri verme konusuna ilişkin özel bir düzenleme olduğu” yönündeki gerekçeye de katılmak mümkün değildir. Çünkü ortada bir sebepsiz zenginleşme de yoktur. Şayet kurum hatalı işlem yapmasa idi, sigortalı 120 gün daha çalışacak, çalıştığı bu süre içinde adına işveren tarafından prim ödendiği için Kurumdan sağlık hizmeti almaya devam edecekti. Kurumun hatalı işlemi sonucu kişinin 120 gün erken emekli edilmesi kendisine hak etmediği bir sağlık hizmetini bahşetmemiştir. Yani sigortalı hiç hak etmediği bir hizmeti almış, dolayısıyla da sebepsiz zenginleşmiş değildir. Sigortalı aktif sigortalı iken aldığı sağlık hizmetini kurumun hatalı işlemi sonucu 120 gün önce emekli sigortalı olarak almaya başlamıştır. Bu nedenle “sebepsiz zenginleşme” den bahsetmek mümkün değildir.

Kurumun gider kaybının önlenmesi düşüncesine de katılmak mümkün olmamıştır. Çünkü olayda kurumun gider kaybına uğradığı da söylenemez, yukarıda ifade olunduğu gibi sigortalı 120 gün erken emekli edilerek hak etmediği bir hizmeti almış, Kurum da sigortalıya hak etmediği bir hizmeti vermiş değildir. Sadece aktif sigortalı olarak alınan sağlık hizmeti emeklilikten sonra da (120 gün önce) verilmeye devam olunmuştur. Yani kurum sağlık hizmeti verme yönünden bir gider kaybına uğramış değildir. Bir an için gider kaybına uğradığı varsayılsa dahi bu gider kaybının müsebbibi sigortalı değil Kurum ve Kurum çalışanlarıdır. “Hukuk Devleti”nde esas olan, hatayı yapanın hatasının bedelini ödemesi, hatasının sonucuna katlanmasıdır.

8- Bu kapsamda AİHM'in Devletin kusuru nedeniyle yanlışlıkla kazanılan mülkiyet haklarını, ortadan kaldırıluncaya kadar Protokol

1-1 anlamında “mülk” kabul ettiği çok sayıda kararı vardır. AİHM bu durumlarda, yanlışlıkla verilen ekonomik değere ilişkin hakkın ortadan kaldırılmasını ‘mülkiyet hakkı’na müdahale olarak ele almakta, bunun ihlal teşkil edip etmediği yönünde değerlendirme yapmakta, bu kapsamda Devletin yapılan hatayı düzeltmesinin meşru bir amaç taşıdığını belirtmekte, müdahalenin orantılılığı yönünden Devletin “iyi yönetim” ilkesine uygun davranıp davranmadığını incelemektedir. Mahkeme bu ilkeye göre, idarenin hatayı düzeltirken iyi bir zamanlamayla, uygun bir şekilde ve en önemlisi tutarlı olarak hareket edip etmediğini değerlendirmektedir. Ayrıca, *Devletin kendi hatasından kaynaklanan riskleri kendisinin yüklenmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır*. Son olarak ifade etmek gerekir ki, Mahkeme, hatayla elde edilen ekonomik değer sonradan ortadan kaldırılmasını ‘mülkiyet hakkı’ kapsamında incelerken bu ekonomik değerlerin elde edilmesinde başvuruçunun iyi niyetli olup olmadığını dikkate almaktadır.

Nitekim AİHM, *Moskal/Polonya* kararında, başvuruçunun şartları oluşmamasına rağmen erken emekli edilmesi ve durumun yaklaşık on ay sonra anlaşılması üzerine emeklilik işleminin iptal edilmesine ilişkin olayda, Polonya Hükümetinin başvuruçunun bir mülkiyet hakkının doğmamış olduğu yönündeki itirazını reddetmiş ve başvuruyu yukarıda belirtilen çerçevede mülkiyet hakkı kapsamında esastan incelemiştir.

9- Mahkememiz Bireysel Başvuru İkinci Bölümünün 2013/3391 sayılı *Bülent Akgül* kararında da, benzer şekilde; “*Başvuruçucu, 506 sayılı mülga Kanun’un 53. maddesinin son fıkrasına göre maluliyet sigortasından ödenen aylıkların geri istenemeyeceğini ileri sürmesine ve başvuruçuya maluliyet aylığının bağlandığı tarihte anılan hüküm yürürlükte olmasına rağmen Mahkemece, SSK Hastanesinin raporuna istinaden SGK tarafından başvuruçuya ödenen... maaşların SGK’ya geri ödenmesine karar verilmesinin başvuruçunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği(ne) ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine (paragraf 62-63), ihlal ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın (ilgili) İş Mahkemesine gönderilmesine (Hüküm D bendi)” karar verilmiştir.*

10- Anayasa yargısının amacının Anayasa’ya aykırı kuralları denetleyerek Anayasa’ya aykırılığı gidermek olduğu dikkate alındığında da, Anayasa’ya aykırı kuralın soyut norm denetimi esnasında iptal edilmeyip

yürürlükte kalması, ilk derece mahkemesine dahi gelmeyecek bir meselenin önce ilk derece mahkemesine, sonra Yargıtaya ve son olarak da bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine kadar gelmesine neden olacaktır ki bu durumun Anayasa'nın 141. maddesi son fıkrasında ifade olunan "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır.

11- Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesinde ifade olunan, "Türkiye Cumhuriyetinin, Sosyal Bir Hukuk Devleti" olduğu ilkesi yönünden de kural değerlendirildiğinde ve Sosyal Hukuk Devletinin Anayasa Mahkemesi kararlarında, "güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamak"(la) yükümlü, "insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, bireyin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran... Çalışanların insanca yaşaması, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi mali tedbirler olarak çalışanları koruyan... Adaletli hukuk düzenini kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı... Devlet" olarak tanımlandığı. İptali istenilen kuralın bu "Sosyal Devlet" tanımına da aykırı olduğu kanaatindeyim.

12- Yukarıda açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesi birinci fıkrasının (b) bendinin, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2015/47
Karar Sayısı : 2016/11
Karar Tarihi : 10.2.2016

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul Anadolu 48. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 152. maddesinin, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "...bir yıldan..." ibaresinin, fıkranın (a) bendi yönünden Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Görevli polis memurlarına hakaret ettiği ve polis ekip otosunun camını kırdığı iddiasıyla sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

5237 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 152. maddesi şöyledir:

"Mala zarar vermenin nitelikli halleri

Madde 152- (1) *Mala zarar verme suçunun;*

a) *Kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında,*

b) *Yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketselere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesis hakkında,*

c) Devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında,

d) Sulamaya, içme sularının sağlanmasına veya afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında,

e) Grev veya lokavt hallerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,

f) Siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,

g) Sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak,

İşlenmesi halinde, fail hakkında **bir yıldan** dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Mala zarar verme suçunun;

a) Yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak,

b) Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle,

c) Radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanarak,

İşlenmesi halinde, verilecek ceza bir katına kadar artırılır.

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/65 md.) Mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır. "

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 13.5.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, kanun koyucunun ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde ölçülülük ilkesi gereğince kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge sağlamakla yükümlü olduğu, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerine de uygun hareket etmesi gerektiği, Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesi uyarınca kasten yaralama suçunun mağdurunun kamu görevlisi olması halinde ya da kamu görevlisinin sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanarak birini kasten yaralaması durumunda söz konusu eylemlerin adli para cezası ile cezalandırılabilmesi mümkün olduğu halde itiraz konusu kural ile öngörülen cezanın alt sınırının bir yıl olmasının orantılılık ilkesi ve adaletle bağdaşmadığı, kamu malına verilen zararın az olması durumunda dahi cezanın alt sınırının bir yıl olduğu, bu durumda kamu malının kamu görevlisinden daha fazla korunduğu, insanın anlık kızgınlık ile verdiği zarar nedeniyle hapis yaptırımına maruz kalmasının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, kuralın değer azlığı ya da şiddetin derecesine göre ceza belirleme olanağı tanımadığı, sıradan bir malvarlığı değerinin insan özgürlüğünden daha fazla korunur hale

geldiği, kamu mallarının adli para cezası tedbiri ile de korunabileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 5237 sayılı Kanun'un 151. maddesi mala zarar verme suçunu, 152. maddesi mala zarar verme suçunun nitelikli hallerini düzenlemektedir. Kanun'un 152. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, mala zarar verme suçunun kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanılmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında işlenmesi hali, bu suçun nitelikli hallerinden birisi olarak düzenlenmektedir. İtiraz konusu ibare ise mala zarar verme suçunun 152. maddesinin (1) numaralı fıkra kapsamında kalan eşyalara karşı işlenmesi durumunda suçun cezasının alt sınırının bir yıl olmasını 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 adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları 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, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

7. Kanun koyucu, takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması ve insanlık haysiyetine aykırı olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

8. Bu bağlamda kanun koyucu, başkasının mülkiyetinde bulunan taşınır ya da taşınmaz mallarının kısmen ya da tamamen yıkılması, tahrip edilmesi, yok edilmesi, bozulması, kullanılamaz hale getirilmesi ya da kirletilmesi suretiyle işlenebilen mala zarar verme suçunu öngörmüş ve belirtilen takdir hakkı kapsamında mala zarar verme suçunun kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşyalar hakkında işlenmesi durumunu suçun nitelikleri halleri arasında kabul etmiş ve suçun basit halinin işlenmesi durumunda cezanın alt sınırını dört ay hapis veya adli para cezası olarak öngörürken suçun nitelikli hallerin gerçekleşmesi halinde cezanın alt sınırını bir yıl hapis olarak belirlemiştir. Bu konunun düzenlenmesinin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

9. Öte yandan sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında, herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslama değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı sonuç, failin ve suçtan zarar görenin kişiliği, maddi ve manevi zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir.

10. Mülkiyeti kamuya ait veya kamu hizmetine tahsis edilmiş ya da kamunun kullanımına ayrılmış eşyalar, nitelikleri gereği toplum tarafından ortak kullanılmakta ve bu eşyalardan toplumun tamamı yararlanmaktadır. Bu nedenle bu eşyalara verilen zararlardan toplumun tamamı etkilenecektir. Bu anlamda belirtilen eşyaların daha farklı korumaya tabi tutulması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Nitekim kanun koyucunun kamuya ait ya da kamunun hizmet ya da

yararlanmasına sunulmuş mallara verdiği önem nedeniyle verilebilecek zararları önlemeyi, dolayısıyla kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Üstelik miktarı dikkate alındığında belirlenen ceza, söz konusu eşyalara karşı işlenebilecek fiillerin etkili bir cezayla karşılanması açısından gerekli bunun yanında bu fiillerin işlenmesini ve yaygınlaşmasını önlemeye elverişli bir yaptırımdır. Bunun yanında, belirtilen eşyalara zarar verilmesinin kamusal açıdan ciddi tehlikeler doğurabilecek, bu eşyaların zarar görmesi durumunda bizzat yararlananlar doğrudan, yararlanması muhtemel olanların ise dolaylı etkilenecekleri dikkate alındığında verilebilecek bir yıl hapis cezasının ağır ve orantısız olduğu da söylenemez. Kaldı ki hapis cezasının bir yıl olarak hükmedilmesi durumunda ertelenmesi ya da adli para cezası dâhil olmak üzere seçenek yaptırımlara çevrilmesi de olanaklıdır. Bu bağlamda, kamusal nitelik taşıyan eşyalara zarar verme suçunu engellemeyi amaçlayan ve kanun koyucunun belirtilen takdir yetkisi içerisinde kalan itiraz konusu ibarenin, suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi bozmaması nedeniyle fıkranın (a) bendi yönünden hukuk devleti ilkesine aykırılığundan söz edilemez.

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

12. Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

13. Kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

IV- HÜKÜM

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 152. maddesinin, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "...bir yıldan..." ibaresinin, fıkranın (a) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.2.2016 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

KARŞIOY

Mala zarar verme suçunun nitelikli hallerinden sayılan, kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında mala zarar verme suçu işlendiğinde, fail hakkında verilecek cezanın alt sınırını BİR YIL olarak öngören dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali için başvurulmuş ise de;

Mahkememiz oyçokluğu ile,

Kanun koyucunun kamuya ait ya da hizmet ya da yararlanmasına sunulmuş mallara gösterdiği önem nedeniyle, bunu önlemek amacı ile ceza siyaseti gereği sahip olduğu takdir hakkı kapsamında öngördüğü seçenek yaptırımlara çevrilme olanaklı cezanın, orantısız olmayıp suç ve ceza arası adil dengelyi koruduğu gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

İptal başvurusunda bulunan Mahkeme, kasden yaralama suçunun mağduru KAMU GÖREVLİSİ ya da kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak birini kasden yaralaması halinde söz konusu eylemlerin adli para cezası ile cezalandırılabilmesi mümkün iken, kamu malını kamu görevlisinden daha fazla koruyan itiraz konusu kuralın, zararın azlığını gözetmeksizin öngördüğü cezanın orantılı olmayıp adaletle bağdaşmadığını ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunun ileri sürmüştür.

Sorun, kamu mülkiyet hakkının zarar miktarı gözetilmeksizin bireyin özgürlüğünden daha ziyade koruma görmesinin hukuk devleti ilkelerine uygunluğuna ilişkindir.

Kararımızda atıfta bulunulan birçok kritere bağlı ceza siyasetinin tayininde kanun koyucunun takdir yetkisinin varlığı değerlendirilmesi doğru ise de ancak,

İnsan davranışının özgür iradesinden birçok etki sonucu oluşan suç ile suçluya acı çektirme güdülü, ancak ahlak kategorisi olan adalet ve insancılık (hümanizm) etik değerlerine günümüzde verilen önem karşısında yer alan ceza felsefesinin mutlak doğruları henüz bulunmamıştır.

Bin yıllardır adil ceza formülü bulunmamış olsa da, cezanın ortaya çıkan zararı karşılama niteliği, suçun uğrattığı zarardan fazla olmaması gerçekliliği ve suça karşı önleyici ve cezayı giderecek önlemlerin varlığı, temel ceza tayininde uluslararası kabul görmüş önemli ölçeklerdir.

1889 İtalyan Ceza Kanunundan iktibas edilmiş 19.YY ait, eşyayı insandan önce ve daha çok koruyan ceza hukuku anlayışına uygun ceza teorileri barındıran 765 sayılı T.C. Yasası 2004 yılında 5237 sayılı Kanun ile çağdaş gelişmelere olduğunca uymak suretiyle yenilenmiş ise de mal varlığına karşı işlenmiş suçların büyük bir bölümünün aynı ağırlıkta muhafaza edildiği görülmektedir.

Suç ve ceza teorisinin temel felsefesini değiştirmek zorunda bıraktıran çağdaş, temel hak ve özgürlük koruma temalı gelişmelerin

kamu malı korumasında aynı etkiyel değere ulaşmadığı iptali istenen düzenlemede hissedilmektedir.

Mala zarar verme suçunun nitelikli hallerinden sayılan TCK'nun 152. maddesinin 1 Nolu fıkrasının (a) bendi yönünden baktığımızda, suçun cezalandırılması da kamuya aitlik, ön şart olmak üzere mülkiyet başkasının olsa da hizmete tahsis veya yararlanmaya ayrılmak yeterli görülmüştür.

Madde gerekçesi karşısında trafik işaret ve levhaları, bir park yerindeki oyun ya da oturma grupları-üniteleri, bir memurun masasındaki devlet malzemeye ait basit bir eşya, sert kapatılmakla kırılan bir kapı pencere camı ve benzeri yüzlerce binlerce belki mali değeri bile olmayacak kamu malı ya da kamuya tahsisli eşyaya verilecek zarar bu kapsamda cezalandırılacaktır.

Kural ile 152. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile gelen müdahalede zarar verilen eşyanın cinsi, değeri yönünden hiçbir kategori getirmemiş, bir kamu binasının çok kıymetli bir bölümünü kullanılmaz hale getirmek ile kamu malı sayılabilecek eşya üzerinde basit bir zarar aynı nitelik arz etmektedir. Cezalandırmada, fiilin neticesinin kime karşı olduğu temel değerlendirme yapılmış ise de, giderilebilir, telafi edilebilirlik halleri dikkate alınmamış, suç fiilinde taksir, kusur, kast aranmaz hale gelmiştir.

Suçun manevi unsuru da maddi unsuru kadar önemlidir. Neticede verilen zararın maddi ve misliyle ikamesinin mümkün kılarak daha az sınırlayıcı önlemin öngörülmemesi kuralın adil dengeyi gözetmediğini göstermektedir.

Bir adalet prensibi yasa koyucu tarafından ceza siyasetinin belirlenmesinde önemli ise, hukuk uygulamasında insancılık da yerini almalıdır. Bu ilke somut cezanın suç ve suçlunun özellikleri dikkate alınarak suça yaklaşma biçimidir. Yargı sürecinde, hakime ait bir değerlendirme mekanizması olan suçun niteliği, yapısı, suçla verilen zararın çokluğu, azlığı, nedenselliği, giderilebilirliği vb. hususların gözetimine imkan vermeden, toptancı bir yaklaşımla kamu hizmetine

tahsis, yararlandırma, ait olma gibi genel çerçeve bir aidiyet konumunu bir suçu yaratan unsurlar içine aldığınız da, adaletin tesisindeki suç ve ceza teorisinin temel ilkeleri ıskalanmış sayılacaktır. İşlenmiş suça göre verilecek cezanın adilliği, hakimin kararının temelinde duran ahlaki, pratik ve sosyal şartları da içermelidir. Kural bu fırsatı hakimin elinden almaktadır.

Kanun koyucu kamuya özel önem atfetmiştir. Belirtilen eşyaların göreceği zararın doğrudan ya da dolaylı etkileri de gözetildiğinde itirazın iptali istenen kuralda bir yıllık alt ceza sınırının orantısız olamayacağı yorumu ile Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ilişkin Mahkememiz gerekçesinin bu hali ile yasa koyucunun var olduğu kabul edilen takdir hakkını ceza hukukunun temel prensipleri, yönünden değerlendirmemek anlamına geldiği düşünülmektedir.

Her ne kadar kararımız içeriğinde failin hareketi esas alınarak hareket için öngörülen ceza miktarlarının başkaca eylemler ile mukayese edilemeyeceği söylenmiş ise de, kuralda yer alan ceza hükmü kişinin bir yıl müddetle özgürlüğünden yoksun bırakılması halidir.

Amaç suç teşkil eden haksızlığa kusuru ile sebep olan eylemin kefareti ödötmek olduğunda, kamu malına ya da kamu adına yararlanan bir mala gelecek küçücük bir zararın bile alt sınırdan bir yıllık özgürlüğü bağlayıcı bir ceza ile tecziyesi, hukuk devleti teorisinde gereğinden fazla otoriter ve totaliter çağrışımı, insan hakları ve değerlerini dışlayan ayrımcı bir yaklaşım olup kişi hak ve özgürlüğü ile kamu yararı arası dengeyi suçla oluşan zararın nitelemesi yönünden gözetmeyen ölçüsüz bir yaklaşımdır.

Anılan nedenler ile çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı **Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un**; A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "...*mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu zorunluluk kapsamına girecek amme alacaklarını tür ve tutar itibarıyla tespit etmeye ve hangi hâllerde bu zorunluluğun aranılmayacağına,...*" bölümünün, B- 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 38. maddesinin; İkinci fıkrasında yer alan "...*gibi hususlarda...*" ibaresinin, 2- Üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...*açıklama istenilmeksizin sonuçlandırılabilmesine...*" ve "...*açıklama istenilmeksizin reddedilmesine ilişkin...*" ibarelerinin, C- 48. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 43. maddesine eklenen fıkrada yer alan "...*yaklaşık maliyetin ...*" ve "...*az ve %15'inden...*" ibarelerinin, D- 80. maddesiyle 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 30. maddesine eklenen fıkranın, E- 85. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) ve (r) bentlerinin ve (o) bendinde yer alan "...*ve benzeri yöntemler kullanılarak...*" ibaresinin, F- 86. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın, G- 87. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesine eklenen (3) numaralı fıkranın, H- 88. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen (3), (4), (5) ve (6) numaralı fıkraların, I- 89. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (ç) ve (d) bentlerinin, İ- 90. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin, J- 91. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 7. maddesinin; Değiştirilen (2) ve (3) numaralı fıkralarının, 2- Eklenen (4) numaralı fıkrasının, K- 93. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin (5), (8) ve (9) numaralı fıkralarının, L- 94. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen 9/A maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) ve (8) numaralı fıkralarının, M- 97. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci

cümlesinde yer alan "...hâkim ve savcılar ise kendilerinin..." ibaresinin, N- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 33., 36., 38., 40., 48., 51., 70., 123., 138., 140. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2015/112, E: 2014/87).....

65

B

2. 27.3.2015 tarihli ve 6637 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un** 7. maddesiyle, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendine eklenen "...her türlü program,...", "...yapım ve yayınlarla..." ve "...mal ve..." ibarelerinin, Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2016/2, E: 2015/60).....

427

3. 26.2.2014 tarihli ve 6527 sayılı **Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un**; A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının; 1- Üçüncü cümlesinde yer alan "...otuz gün içinde..." ibaresinin, 2- Dördüncü cümlesinde yer alan "İlan süresi geçtikten sonra..." ibaresinin, B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz." ibaresinin, C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin, E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın, F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın, G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin; 1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile..." ve "...ve 4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibarelerinin, 2- Eklenen (3)

numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 10., 13., 22., 26., 28., 35., 36., 37., 40., 138., 140., 167. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2016/6, E: 2014/92).....

455

D

4. 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı **Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un**; A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "...*Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.*" ibaresinin, B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un; 1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının; a- (a) bendinde yer alan "..., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresinin, b- (b) bendinin, c- (c) bendinin, d- (i) bendinde yer alan "...alan veya..." ibaresinin, 2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." ibaresinin, C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen; İkinci fıkranın ikinci cümlesinin, 2- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da..." ve "...delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ..." ibarelerinin, 3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 4- Sekizinci fıkranın, D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin; 1- Birinci fıkrasında yer alan "...yetkisiz olarak alan, temin eden, ..." ibaresinin, 2- Üçüncü fıkrasının, 3- Dördüncü fıkrasında yer alan "...ihmal veya..." ve "...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere..." ibarelerinin, E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "..., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibaresinin, F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının; 1- Birinci cümlesinin, 2- İkinci cümlesinde yer alan "Ancak, ..." ibaresinin, G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin; 1- Birinci fıkrasının, 2- İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 12., 13., 17., 20., 22., 26., 28., 29., 36., 38., 74., 125., 138., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2015/123, E: 2014/122).....

311

E

5. 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı **Emniyet Teşkilat Kanunu**'nun 83. maddesinin, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2016/3, E: 2015/85)..... 435

G

6. 31.12.1960 tarihli ve 193 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu**'nun 94. maddesine, 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen sekizinci fıkranın, Anayasa'nın 2., 35. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2015/122, E: 2014/183)..... 299

H

7. 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı **Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasının, B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresinin, C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "...Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından..." ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." ibaresinin, D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "somut delillere dayalı kuvvetli" ibaresinin "makul" şeklinde değiştirilmesinin, E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin, F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin, G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin, H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13., 19., 20., 21., 35., 36., 37., 38., 138. ve 154.

Alfabetik İndeks

maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2015/116, E: 2014/195)..... 203

8. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun; 1- 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "...veya birbirine benzer..." ibaresinin, 2- 233. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "...hâkim de dâhil olmak üzere..." ibaresinin, Anayasa'nın 12., 13., 14., 49., 50., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi. (K: 2015/119, E: 2015/37)..... 283

9. 12.1.2011 tarihli ve 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten..." ibaresinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2016/9, E: 2015/96)..... 545

K

10. 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı **Kamu İhale Kanunu**'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan "...beş yıldır..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2016/5, E: 2015/40)..... 443

11. 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı **Kanun Hükmünde Kararname**'ye, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen (I) sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;" bölümünün (g) sırasında yer alan "...müşavir,..." ibaresinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2015/120, E: 2015/65)..... 291

12. 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı **Kanun Hükmünde Kararname**'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının, 12.7.2013 tarihli

Alfabetik İndeks

ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle değiştirilen (ç) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2016/7, E: 2016/6)..... 539

M

13. 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı **Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının, 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2015/118, E: 2015/15)..... 275

R

14. 13.12.1968 tarihli ve 1072 sayılı **Rulet, Tilt, Langırt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun**'un; 1- 1. maddesinin birinci fıkrasının "*Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdiyle oynanmasa dahi...*", "*...langırt ve benzeri...*" ve "*...maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır.*" bölümlerinin, 2- 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 325. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi. (K: 2015/117, E: 2015/58)..... 267

S

15. 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 96. maddesinin birinci fıkrasının, 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 13., 35., 60. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2016/10, E: 2015/97)..... 555

T

16. 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un**; A- 10. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin, 2- (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),*" biçimindeki (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, 3- Değiştirilen (9) numaralı fıkrasının, B- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin; Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının, 2- Eklenen (2) numaralı fıkrasının, 3- Mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*" biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, C- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin, değiştirilen (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, D- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),*" biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, 2- Değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, E- 17. maddesiyle 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin, F- 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin, 2- Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı, 2., 9., 10., 11., 13., 36., 37., 38., 125., 138., 140., 141. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesine eklenen (2) numaralı fıkra haricindeki kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. (K: 2015/109, E: 2014/86).....

1

17. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu'nun**, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin; 1- (8) numaralı fıkrasının "*Bu Kanunun... 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti... suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.*" bölümünün, 2- (9) numaralı fıkrasının "*Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun ... veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri*

Alfabetik İndeks

- uygulanır.*” bölümünün, Anayasa’nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi. (K: 2016/1, E: 2015/52)..... 413
- 18.** 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**’nun 152. maddesinin, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 65. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan “...bir yıldan...” ibaresinin, fıkranın (a) bendi yönünden Anayasa’nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. (K: 2016/11, E: 2015/47)..... 565

II.YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	<i>İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı</i>	Karar	Esas	Tür	Sf
193	Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. maddesine, 12.6.2002 tarihli ve 4761 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen sekizinci fıkranın, Anayasa'nın 2., 35. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2015/122	2014/183	İTZ	299
375	Kanun Hükümünde Kararname'ye, 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen (I) sayılı Cetvel'in "A- Ayluklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:" kısmının "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgilii gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;" bölümünün (g) sırasında yer alan "...müşavir,..." ibaresinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2015/120	2015/65	İTZ	291
375	Kanun Hükümünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle değiştirilen (ç) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2016/7	2016/6	İTZ	539
556	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının, 22.6.2004 tarihli ve 5194 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2015/118	2015/15	İTZ	275

1072	Rulet, Tilt, Langirt ve Benzeri Oyun Alet ve Makinaları Hakkında Kanun'un; 1- 1. maddesinin birinci fıkrasının "Türk Ceza Kanununun 228 inci maddesinin kapsamı dışında kalsa bile umuma mahsus veya umuma açık yerlerde her ne ad altında olursa olsun kazanç kasdıyla oynanmasa dahi...", "...langirt ve benzeri..." ve "...maharet isteyen, otomatik, yarı otomatik el veya ayakla kullanılan oyun alet veya makinaları ile benzerlerini bulundurmamak veya çalıştırmak veya yurda sokmak yahut imal etmek yasaktır." bölümlerinin, 2- 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 325. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi.	2015/117	2015/58	İTZ	267
3201	Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 83. maddesinin, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2016/3	2015/85	İTZ	435
4734	Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilen (h) bendinin üçüncü cümlesinde yer alan "...beş yıldır..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2016/5	2015/40	İTZ	443
5237	Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin; 1- (8) numaralı fıkrasının "Bu Kanunun... 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,... suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münasıran bu madde kapsamına girildiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir." bölümünün, 2- (9) numaralı fıkrasının "Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun ... veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır." bölümünün, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine	2016/1	2015/52	İTZ	413

	aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi.					
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 152. maddesinin, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "...bir yıldan..." ibaresinin, fıkranın (a) bendi yönünden Anayasa'nun 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2016/11	2015/47	İTZ	565	
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 96. maddesinin birinci fıkrasının, 13.2.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanun'un 44. maddesiyle değiştirilen (b) bendinin, Anayasa'nun 2., 13., 35., 60. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2016/10	2015/97	İTZ	555	
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun; 1- 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "...veya birbirine benzer..." ibaresinin, 2- 233. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "...hâkim de dâhil olmak üzere..." ibaresinin, Anayasa'nun 12., 13., 14., 49., 50., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi.	2015/119	2015/37	İTZ	283	
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten..." ibaresinin Anayasa'nun 36. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2016/9	2015/96	İTZ	545	
6518	Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A- 8. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (6) numaralı bendinin "...mükelleflerin Maliye Bakanlığına bağlı vergi dairelerine vadesi geçmiş borcu bulunmadığına ilişkin belge arama zorunluluğu getirmeye, bu	2015/112	2014/87	İPT	65	

6526	<p>Kanun'un ek 1. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın birinci cümlesinde yer alan "...<i>hâkim ve savcılar ise kendilerinin...</i>" ibaresinin, N- 100. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'a eklenen geçici 3. maddenin, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 7., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 33., 36., 38., 40., 48., 51., 70., 123., 138., 140. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</p>	2015/109	2014/86	İPT İTZ	1
	<p>Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A- 10. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin, 2- (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin "<i>Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),</i>" biçimindeki (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, 3- Değiştirilen (9) numaralı fıkrasının, B- 12. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin; Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının, 2- Eklenen (2) numaralı fıkrasının, 3- Mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin "<i>Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),</i>" biçimindeki mevcut (9) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, C- 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesinin, değiştirilen (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, D- 14. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "<i>Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),</i>" biçimindeki mevcut (6) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasının, 2- Değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, E- 17. maddesiyle 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin, F- 18.</p>				

6527	<p>maddesiyle 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin, 2- Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı, 2., 9., 10., 11., 13., 36., 37., 38., 125., 138., 140., 141. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesine eklenen (2) numaralı fıkra haricindeki kurulların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</p>	2016/6	2014/92	İPT	455
	<p>Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; A- 1. maddesiyle değiştirilen, 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasının; 1- Üçüncü cümlesinde yer alan "...otuz gün içinde..." ibaresinin, 2- Dördüncü cümlesinde yer alan "<i>ilan süresi geçtikten sonra...</i>" ibaresinin, B- 3. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine eklenen beşinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan "<i>...bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.</i>" ibaresinin, C- 8. maddesiyle 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 84. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, D- 9. maddesiyle 2886 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddenin, E- 17. maddesiyle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesine eklenen (15) numaralı fıkranın, F- 18. maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesine eklenen (9) numaralı fıkranın, G- 23. maddesiyle değiştirilen, 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 Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (9) numaralı fıkrasının, H- 24. maddesiyle 6428 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin; 1- Birinci fıkrasının değiştirilen ikinci cümlesinde yer alan "<i>...üst hakkı tesisine yönelik hükümleri ile...</i>" ve "<i>...ve</i></p>				

6532	<p>4 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrası..." ibarelerinin, 2- Eklenen (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 5., 10., 13., 22., 26., 28., 35., 36., 37., 40., 138., 140., 167. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</p>	2015/123	2014/122	İPT	311
	<p>Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "...Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." ibaresinin, B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un; 1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının; a- (a) bendinde yer alan "..., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir" ibaresinin, b- (b) bendinin, c- (c) bendinin, d- (i) bendinde yer alan "...alan veya..." ibaresinin, 2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "...yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MIT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla..." ibaresinin, C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen; İkinci fıkranın ikinci cümlesinin, 2- Üçüncü fıkrada yer alan "İsimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da..." ve "...detilleri ve dayanakları gösterilmeyen ..." ibarelerinin, 3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 4- Sekizinci fıkranın, D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin; 1- Birinci fıkrasında yer alan "...yetsiz olarak alan, temin eden, ..." ibaresinin, 2- Üçüncü fıkrasının, 3- Dördüncü fıkrasında yer alan "...ihmal veya..." ve "...yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere..." ibarelerinin, E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "..., bu talepleri</p>				

6572	<p><i>yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz” ibaresinin, F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun’un 29. maddesinin birinci fıkrasının; 1- Birinci cümlesinin, 2- İkinci cümlesinde yer alan “Ancak, ...” ibaresinin, G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun’a eklenen ek 1. maddenin; 1- Birinci fıkrasının, 2- İkinci fıkrasının, Anayasa’nın 2., 5., 7., 10., 12., 13., 17., 20., 22., 26., 28., 29., 36., 38., 74., 125., 138., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</i></p>	2015/116	2014/195	İPT	203
	<p>Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un; A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasının, B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun’un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “...<i>Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...</i>” ibaresinin, C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan “...<i>Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından...</i>” ibaresi ile altıncı cümlede yer alan “<i>Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...</i>” ibaresinin, D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116. maddesinde yer alan “<i>somut delillere dayalı kuvvetli</i>” ibaresinin “<i>makul</i>” şeklinde değiştirilmesinin, E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun’un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin, F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun’un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15)</p>				

6637	<p>numaralı alt bendin, G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin, H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13., 19., 20., 21., 35., 36., 37., 38., 138. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</p>	2016/2	2015/60	İPT	427
	<p>Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (n) bendine eklenen "...her türlü program,...", "...yapım ve yayımlarla..." ve "...mal ve..." ibarelerinin, Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.</p>				

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2015/109	2014/86	İİD.....	1
2015/112	2014/87	İİD.....	65
2015/116	2014/195	İİD.....	203
2015/117	2015/58	İİD.....	267
2015/118	2015/15	İİD.....	275
2015/119	2015/37	İİD.....	283
2015/120	2015/65	İİD.....	291
2015/122	2014/183	İİD.....	299
2015/123	2014/122	İİD.....	311
2016/1	2015/52	İİD.....	413
2016/2	2015/60	İİD.....	427
2016/3	2015/85	İİD.....	435
2016/5	2015/40	İİD.....	443
2016/6	2014/92	İİD.....	455
2016/7	2016/6	İİD.....	539
2016/9	2015/96	İİD.....	545
2016/10	2015/97	İİD.....	555
2016/11	2015/47	İİD.....	565

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2014/86	2015/109	İİD.....	1
2014/87	2015/112	İİD.....	65
2014/92	2016/6	İİD.....	455

*İİD: İptal ve İtiraz Davası

2014/122	2015/123	İİD.....	311
2014/183	2015/122	İİD.....	299
2014/195	2015/116	İİD.....	203
2015/15	2015/118	İİD.....	275
2015/37	2015/119	İİD.....	283
2015/40	2016/5	İİD.....	443
2015/47	2016/11	İİD.....	565
2015/52	2016/1	İİD.....	413
2015/58	2015/117	İİD.....	267
2015/60	2016/2	İİD.....	427
2015/65	2015/120	İİD.....	291
2015/85	2016/3	İİD.....	435
2015/96	2016/9	İİD.....	545
2015/97	2016/10	İİD.....	555
2016/6	2016/7	İİD.....	539

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
06.01.2016	29585	2015/37	2015/119	İİD.....	283
06.01.2016	29585	2015/65	2015/120	İİD.....	291
07.01.2016	29586	2015/15	2015/118	İİD.....	275
08.01.2016	29587	2014/86	2015/109	İİD.....	1
13.01.2016	29592	2015/58	2015/117	İİD.....	267
13.01.2016	29592	2014/183	2015/122	İİD.....	299
27.01.2016	29606	2015/52	2016/1	İİD.....	413
27.01.2016	29606	2015/60	2016/2	İİD.....	427
28.01.2016	29607	2014/87	2015/112	İİD.....	65
29.01.2016	29608	2014/195	2015/116	İİD.....	203
29.01.2016	29608	2015/85	2016/3	İİD.....	435
10.02.2016	29620	2015/40	2016/5	İİD.....	443
23.02.2016	29633	2016/6	2016/7	İİD.....	539
23.02.2016	29633	2015/96	2016/9	İİD.....	545
25.02.2016	29635	2015/47	2016/11	İİD.....	565
01.03.2016	29640	2014/122	2015/123	İİD.....	311
03.03.2016	29642	2014/92	2016/6	İİD.....	455
03.03.2016	29642	2015/97	2016/10	İİD.....	555

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
25.11.2015	2014/86	2015/109	İİD.....	1
08.12.2015	2014/87	2015/112	İİD.....	65
23.12.2015	2014/195	2015/116	İİD.....	203
23.12.2015	2015/58	2015/117	İİD.....	267
23.12.2015	2015/15	2015/118	İİD.....	275
23.12.2015	2015/37	2015/119	İİD.....	283
23.12.2015	2015/65	2015/120	İİD.....	291
30.12.2015	2014/183	2015/122	İİD.....	299
30.12.2015	2014/122	2015/123	İİD.....	311
13.01.2016	2015/52	2016/1	İİD.....	413
13.01.2016	2015/60	2016/2	İİD.....	427
13.01.2016	2015/85	2016/3	İİD.....	435
28.01.2016	2015/40	2016/5	İİD.....	443
28.01.2016	2014/92	2016/6	İİD.....	455
10.02.2016	2016/6	2016/7	İİD.....	539
10.02.2016	2015/96	2016/9	İİD.....	545
10.02.2016	2015/97	2016/10	İİD.....	555
10.02.2016	2015/47	2016/11	İİD.....	565

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç:	12, 14, 152, 155, 485, 491
m. 2:	12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 33, 35, 37, 45, 48, 52, 54, 56, 57, 58, 61, 79, 80, 82, 85, 88, 89, 91, 92, 93, 96, 97, 99, 100, 106, 108, 109, 110, 112, 116, 117, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 130, 131, 133, 134, 135, 138, 139, 141, 144, 145, 151, 152, 155, 169, 175, 180, 183, 193, 200, 201, 211, 212, 214, 215, 219, 223, 225, 227, 229, 231, 232, 233, 236, 245, 247, 250, 251, 253, 254, 256, 257, 265, 270, 273, 278, 281, 307, 310, 321, 323, 324, 330, 333, 334, 335, 340, 341, 344, 345, 348, 350, 351, 352, 353, 356, 361, 363, 364, 367, 370, 371, 384, 386, 391, 392, 395, 398, 400, 401, 403, 406, 409, 411, 420, 421, 424, 429, 430, 432, 448, 450, 469, 470, 475, 476, 478, 479, 480, 482, 485, 488, 491, 492, 494, 495, 497, 505, 506, 510, 511, 514, 527, 528, 530, 531, 532, 534, 535, 536, 538, 557, 558, 559, 560, 561, 564, 568, 570, 572
m. 5:	106, 108, 109, 253, 257, 265, 278, 281, 356, 361, 476, 477, 479
m. 7:	83, 84, 131, 133, 134, 135, 141, 144, 192, 335, 336, 340, 386
m. 8:	83, 323
m. 9:	19, 22, 212, 247
m. 10:	14, 16, 18, 19, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 33, 35, 93, 94, 96, 97, 100, 270, 273, 341, 344, 345, 348, 356, 360, 361, 364, 367, 420, 421, 424, 480, 484, 485, 495, 504, 505, 506, 510, 511, 514
m. 11:	19, 22, 23, 270, 273, 294
m. 12:	287, 290, 367, 370
m. 13:	28, 29, 31, 32, 33, 35, 52, 54, 56, 79, 80, 81, 82, 113, 114, 116, 124, 125, 126, 130, 131, 133, 134, 135, 141, 144, 145, 148, 151, 169, 175, 176, 177, 180, 181, 183, 189, 192, 193, 219, 220, 221, 223, 225, 226, 227, 229, 231, 232, 233, 234, 236, 257, 261, 264, 265, 270, 273, 278, 281, 287, 290, 326, 330, 335, 337, 340, 356, 358, 361, 363, 367, 369, 370, 382, 390, 392, 395, 401, 403, 469,

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanan maddeleri içermemektedir.

Anayasa Maddeleri Dizini

- 471, 472, 475, 492, 494, 547, 548, 549, 550, 553, 557, 559, 560, 568, 570
- m. 14:** 287, 290
- m. 16:** 388
- m. 17:** 333, 334
- m. 19:** 233, 236, 254, 255, 257, 260, 262
- m. 20:** 19, 20, 22, 23, 24, 125, 129, 130, 131, 133, 146, 169, 170, 171, 172, 189, 192, 219, 220, 223, 229, 230, 231, 232, 254, 324, 325, 326, 330, 335, 336, 337, 340, 381, 383, 386, 387, 389, 390, 391, 392, 395, 397, 403
- m. 21:** 219, 220, 223, 381, 383, 390, 397
- m. 22:** 19, 20, 22, 23, 24, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 170, 255, 335, 336, 337, 339, 340, 356, 361, 380, 381, 382, 383, 386, 387, 390, 397, 401, 403, 492, 493, 494
- m. 23:** 183
- m. 25:** 389
- m. 26:** 113, 114, 116, 131, 133, 145, 147, 148, 149, 151, 170, 173, 193, 356, 357, 361, 389, 492, 493, 494
- m. 27:** 149, 389
- m. 28:** 114, 145, 148, 149, 151, 356, 357, 358, 361, 389, 395, 492, 493, 494
- m. 29:** 356, 361
- m. 33:** 106, 109, 112, 116
- m. 35:** 225, 226, 227, 255, 279, 281, 307, 310, 469, 471, 475, 557, 558, 559, 564
- m. 36:** 19, 21, 22, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 52, 54, 56, 61, 97, 100, 106, 109, 110, 112, 116, 120, 121, 122, 123, 125, 130, 145, 151, 200, 201, 233, 234, 236, 258, 262, 265, 287, 288, 289, 330, 331, 333, 345, 346, 348, 353, 356, 367, 368, 369, 370, 371, 389, 411, 469, 472, 475, 492, 494, 511, 514, 547, 548, 550, 553
- m. 37:** 16, 17, 18, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 215, 218, 219, 485, 488, 491

Anayasa Maddeleri Dizini

- m. 38:** 19, 22, 135, 136, 138, 141, 144, 225, 227, 255, 331, 353, 356, 367, 369, 370, 389, 395, 420, 421, 424, 437, 438, 439, 440
- m. 40:** 36, 106, 109, 110, 111, 112, 116, 120, 121, 122, 123, 125, 130, 145, 150, 151, 200, 492, 493, 494
- m. 48:** 79, 80, 82, 85, 88, 89, 91, 92, 93, 95, 96, 106, 107, 108, 109, 168, 173, 175, 176, 177, 180, 181, 183, 278, 281
- m. 49:** 287, 290
- m. 50:** 287, 290
- m. 51:** 106, 109
- m. 56:** 498
- m. 58:** 422
- m. 60:** 557, 558, 559, 560
- m. 70:** 60, 97, 100
- m. 73:** 81, 176, 181, 182, 307, 310
- m. 74:** 345, 346, 348, 356, 358, 361
- m. 88:** 49, 50, 51, 165, 166, 167, 241, 242, 243, 452, 453, 454, 521, 522, 523
- m. 91:** 278, 280, 281, 293, 294, 295, 297
- m. 105:** 411
- m. 117:** 322
- m. 123:** 83, 84
- m. 125:** 28, 29, 30, 32, 33, 35, 44, 45, 48, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 91, 100, 341, 344, 355, 364, 367, 406, 411, 538, 557, 559, 560
- m. 128:** 60, 407, 437, 438, 440
- m. 129:** 36, 37, 44, 46, 47, 48, 342
- m. 135:** 103
- m. 138:** 12, 13, 14, 19, 21, 22, 23, 32, 33, 34, 35, 35, 36, 44, 45, 48, 61, 107, 152, 153, 155, 211, 212, 214, 215, 247, 251, 370, 371, 408, 409, 485, 488, 491, 506, 509, 510, 511, 512, 514, 536, 538
- m. 139:** 248

Anayasa Maddeleri Dizini

- m. 140:** 19, 22, 152, 153, 154, 155, 213, 214, 215, 248, 370, 371, 485, 489, 491
- m. 141:** 19, 20, 21, 287, 289, 564
- m. 142:** 17, 19, 21, 22, 53, 216, 219, 287, 288, 289, 487, 488, 491
- m. 148:** 49, 50, 51, 165, 166, 167, 241, 242, 294, 350, 351, 352, 452, 453, 521, 522
- m. 152:** 418, 540
- m. 153:** 159, 161, 162, 297, 298, 374, 375, 377, 440, 441, 553, 554
- m. 154:** 211, 214, 215, 245, 248, 251
- m. 159:** 212, 214, 249, 490
- m. 163:** 295
- m. 167:** 85, 88, 89, 91, 92, 93, 95, 96, 106, 109, 429, 432, 495, 503, 504, 505, 506, 510
- m. 169:** 476, 477, 479, 519, 520

