

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 16.4.2010 tarihli yazısı ile piyade er . hakkında 20.12.2009 tarihinde işlediği ileri sürülen, Türkiye Cumhuriyeti devleti askeri teşkilatını alenen aşağılamak suçu nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301/2-4 ncü ve 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'nın 48/B maddesi uyarınca soruşturma izni istenmesi üzerine, Milli Savunma Bakanı M. Vecdi Gönül tarafından 14.5.2010 tarihinde soruşturma izni verilmiştir.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığı 27.5.2010 tarihli iddianamesinde, piyade er ...'ün, "bayrağı, böyle askerliği, böyle vatani sinkaf edeyim..." gibi sözler söylediğinin ileri sürülmesi karşısında, belirtilen tüm bu eylemleri nedeniyle TCY'nın 300/1, 301/1-2 maddeleri uyarınca cezalandırılmasını talep etmiştir. Sanık hakkında ayrıca emre itaatsizlikte ısrar suçundan da cezalandırılması talep edilmiştir.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından, sanığın yargılaması, devam ederken terhis olup askerlikle ilişkisinin kesilmesi karşısında, emre itaatsizlikte ısrar suçu sabit görülerek cezalandırılmasına karar verilmiş, üzerine atılı TCY'nın 300/1, 301/1-2 maddelerinde düzenlenen diğer suçların ise bir askeri suç veya askeri bir suça bağlı bir suç niteliğinde bulunmaması belirtilerek, bu iki suçtan açılan davalarda, belirtilen nedenlerle yargılama yapma görevinin Çankırı Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle, 22.10.2010 tarih ve 1123/1025 sayılı görevsizlik kararı verilmiş ve dosya mahkememize gönderilmiştir.

Mahkememizin 2011/178 Esas sayısı üzerinden yürütülen yargılamada; TCY'nda Adalet Bakanı'na tanınan yetki ve görevlerin 1632 sayılı Yasa'nın 48/B maddesinde Milli Savunma Bakanı tarafından, CMY'nda Adalet Bakanı'na tanınan yetki ve görevlerin de yine 353 sayılı Yasa'nın ek 1 nci maddesinde Milli Savunma Bakanı tarafından yerine getirileceğinin belirtildiği, olayda bu çerçevede askerlik hizmeti devam ederken soruşturma izninin Milli Savunma Bakanı tarafından verildiği, ancak Yargıtay 9 ncu Ceza Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve 7865/9799 sayılı gibi kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere, TCY'nın 301 nci maddesinde Bakan'a tanınan bu izin yetkisi, soruşturma yapılabilmesi için bir ön koşul niteliğinde olup, aynı zamanda adli ya da idari yargı denetimine tabi olmayan maddi ceza hukuku normu niteliğinde bulunan, usul hukukundaki izin kurumundan da farklı olan bir yetki olduğu, maddi ceza hukuku kapsamında kalan konularda suç tarihinden sonra ortaya çıkan değişiklikler sanık lehine ise, bu durumun gözetilmesinin gerektiği, sanığın suç tarihinden sonra terhis olması karşısında, soruşturma izninin askerlik görevi sırasında hiyerarşik bağlantı içinde bulunduğu Milli Savunma Bakanı tarafından verilmiş olması nedeniyle, sanık lehine hareket edilerek görevsizlik kararı sonrasında davanın da askeri yargı yerine adli yargıda görülmesi karşısında, aralarında hiyerarşik bağlantı bulunmayan Adalet Bakanı'ndan, bir bütün halinde TCY 301/2 maddesi kapsamında görülebilecek eylemler için TCY'nın 301/4 maddesi uyarınca tekrar izin istenmesi amacıyla 18.10.2012 tarihinde mahkememizce durma kararı verilmiş, Adalet Bakanı Sadullah Ergin tarafından 08.5.2013 tarihli işlemle, eylemlere bir bütünlük halinde bakılmayarak, TCY 300. maddesi kapsamındaki olaylarda izne gerek olmadığı, TCY 301. maddesi kapsamında nitelenen eylemin işlenmesindeki özellikler gözetildiğinde ise anılan eylemlerin bu madde kapsamında kalmayıp, genel hükümler

çerçevesinde değerlendirilebileceği, bu nedenle TCY 301/4 maddesi uyarınca soruşturma izni verilmediği belirtilmiştir.

02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrasında; "31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, kovuşturma evresi söz konusu ise kovuşturmanın ertelenmesine karar verileceği" belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise "öngörülen erteleme süresi içinde bir suç işleme veya suç işlememe durumunda yapılacak işlemler" gösterilmiş, maddenin diğer fıkralarında da konu ile ilgili kalan düzenlemelere yer verilmiştir.

TCY'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrasının, TCY'nın 301 nci maddesinin 2 nci ve 4 ncü fıkralarının, yine 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrası ile 2 nci fıkrasının, (bu fıkralar iptal edilince 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin diğer hükümlerinin uygulama yeteneği kalmayacağı için de geçici 1 nci maddenin tamamının), davâda uygulanma yeteneklerinin bulunması karşısında, Anayasa'ya açıkça aykırı olan belirtilen hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

AÇIKLAMALAR:

a- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrası 765 sayılı TCY'nın 145/1 nci maddesinde düzenlenen suç, daha sınırlandırıcı bir içerikle ancak aynı yaptırım ile 5237 sayılı TCY'nın 300/1 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Maddedeki yaptırımın üst haddi gözetildiğinde her iki yasa döneminde de; bu suça bakma görevi asliye ceza mahkemesine ait olup, soruşturma veya kovuşturmanın başlatılması da yine izne tabi tutulmamıştır.

Bayrak ile ilgili düzenlemeler, Anayasa'nın 3 ncü maddesinde ve 2893 sayılı Bayrak Yasası ile Bayrak Tüzüğü'nde yer almıştır.

Somut olayda sanık bayrak sözcüğü kullanmış ise de, Türk bayrağına yönelik olarak mı ya da askeri bayrak veya flama gibi bayrak özelliğinde kabul edilen ve egemenlik alameti olarak kullanılan herhangi bir işaret ile muhatap olmak üzerine mi bu sözü söylediği husus, soruşturma aşamasında açıklığa kavuşturulamamış, bu durum belirsizliğini korumuştur.

TCY'nın 300/1 nci maddesindeki suçun varlığı, suç siyaseti kapsamında değerlendirme konusu yapılabilir.

Bu suçun varlığı suç siyaseti ile açıklanabilir ki, her durumda bir düzenleme yapılırken, hukuksal ilkelerin gözetilmesi gereği kaçınılmazdır. Bu yönüyle maddeye bakıldığında yapılan düzenlemede hukuksal ilkeler gözetilmemiştir.

Maddenin ilk fıkrasında, bayrak yanında, bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin de madde kapsamına sokulması, Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle açıkça çatışmaktadır. Çünkü bir hukuk devletinde, düzenleme yapılırken belirsizlik yaratılmamalı, düzenlemeler açık ve bilinebilir bir içerikte olmalıdır. Söz konusu fıkra bu niteliklerden uzak olduğundan Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Bu fıkra Anayasa'nın 10 ncu maddesine de aykırıdır. Eşitlik kuralı, aynı konumda olanlar arasında farklılık yaratılmamasını, devlet ve organlarının da buna uygun olarak hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Suç siyasetinden hareketle TCY'nın 301 nci maddesinde, egemen olan devlete ve devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarına yönelik olarak varlığı kabul edilen suç için, yaptırımın üst sınırı 5759 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle iki yıla indirilip, bu şekilde sulh ceza mahkemesinin de görev alanında kalacak biçimde düzenleme yapılmasına karşın; egemen olan o devletin bir egemenlik alameti olan bayrağını veya bayrak gibi özellik taşıyan işaretlerini, egemen olan devletten ve devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarından da üstün tutarak, aynı konumda olan veya daha üst konumda olmayan TCY'nın 300/1 nci maddesinde korunan değerler için, ölçülülük, orantılılık ve eşitlik ilkeleri gözetilmeyip aynı çerçevede hareket edilmeyerek daha ağır bir yaptırım öngörülmesi, TCY'nın 301 nci maddesindeki değişikliğe koşut olarak ta yine TCY'nın 300/1 nci maddesinde de bir değişikliğe gidilmeyip bu sonucun yaratılması TCY 301 nci maddedeki anılan düzenleme gözetildiğinde, eşitlik kurallarına aykırıdır. Ayrıca TCY 300/1 nci maddede bayrak yanında, bayrak özelliği taşıyan ve egemenlik alameti olan her türlü işaret te düzenleme konusu edilirken, bunlardan yaptırım ve görevli mahkeme ile ilgili olarak farklılık yaratmak konusunda kabul edilebilir hiç bir gerekçe ortaya konulmadan ve de söz konusu olmadan, yine bir başka egemenlik alameti olan, yaptırımı ve görevli mahkeme konusu da eşitlik, orantılık ve ölçülülük ilkeleri de gözetildiği için TCY 301 nci madde paralelinde TCY'nın 300/2 nci maddesinde düzenlenen marştan, TCY'nın 300/1 nci maddesinde daha ağır bir yaptırım öngörülmesi de, yine Anayasa'nın 10 ncu maddesine aykırıdır. TCY'nın 300/1 nci maddesinde öngörülen yaptırımın ağırlığı, 5235 sayılı Yasa'nın 10 ncu maddesi gözetildiğinde görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğunu da etkilemekte; TCY'nın 300/2 ve 301 nci maddelerinde görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi, TCY'nın 300/1 maddesinde ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olmaktadır. Bu durumda yukarıda belirtilen nedenlerle, Anayasa'nın 10 ncu maddesine ayrıca aykırılık yaratmaktadır.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ortamının yaratılması, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik hükümleri gözetildiğinde, bu hükümler dikkate alınmadan maddede yapılan suç ve ceza düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığından, yapılan düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesine de aykırıdır.

TCY'nın 300/1 maddesinde öngörülen sınırlamanın ağırlığı, Anayasa'nın 10 ncu maddesine yönelik açıklamada ortaya konulduğu üzere ölçülülük kuralına aykırı yaptırım taşıdığından, yapılan sınırlama Anayasa'nın 13 ncü maddesine aykırıdır. Ayrıca TCY'nın 300/1 nci maddesinde bayrak yanında, bayrak özelliği taşıyan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin de suçun unsurları kapsamına alınması nedeniyle, bu durumun yarattığı belirsizlik karşısında, suç olarak kabul yoluyla yaratılan sınırlama hakkın özüne dokunabileceğinden, bu açıdan da yapılan düzenleme Anayasa'nın 13 ncü maddesine aykırıdır.

TCY'nın 300/2 nci maddesi, suçun hukuki konusu yönünden ilk fıkra ile koşut ve aynı önemde bulunmasına rağmen, ilk fıkra da daha ağır yaptırımın öngörülmesi; yine TCY sistematığında aynı veya daha üst koruma gören unsurların yer aldığı TCY'nın 301 nci maddesine göre TCY'nın 300/1 nci maddesinde daha ağır bir yaptırımın öngörülmesi, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı biçimde, Anayasa'da belirtilenden daha ağır bir sınırlama yaratmış ve bu şekilde Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırılık ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın 25 nci maddesinde düşünce, 26 ncı maddesinde ise ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, düşünce özgürlüğü sınırlanamaz. İfade özgürlüğünün kapsamı ve hangi

koşullarda nasıl sınırlanacağı ise, Anayasanın 26 ncı maddesinde ortaya konulmuştur. TCY'nın 300/1 nci maddesi, içeriğindeki belirsizlik, orantısızlık ve ölçüsüzlük nedeniyle, bu maddelere demokratik toplum gereklerine uygun olmayan biçimde aykırılık yaratmakta, hakkın özüne dokunulmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca, yöntemine göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlükler konusundaki uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı hükmü karşısında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki; eşitlik, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bu hakların kötüye kullanılmaması, yine düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemeler de gözetildiğinde, TCY'nın 300/1 nci maddesinde yapılan düzenleme, bu sözleşmeler hükümleri ile, hem suçun unsurları hem de yaptırım yönünden çatışma yaratmaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

b- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci ve 4 ncü fıkrası hakkında genel açıklamalar.

765 sayılı TCY'nın 159 ncu maddesinde düzenlenen "devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek" suçu, benzer biçimde 5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde de yer almıştır.

765 sayılı TCY'nın 160 ncı maddesinde düzenlenen izin konusu, 5237 sayılı TCY'nın ilk halinde yer almamış olup, bu konu TCY'nın 301/4 ncü maddesine 2008 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir.

765 sayılı Yasa döneminde bu suça bakma görevi 2002 yılında yapılan düzenlemeye kadar ağır ceza mahkemesine ait iken, 2002 yılında yapılan değişiklikten sonra bu suç asliye ceza mahkemesinin görev alanında kalmıştır. 5237 sayılı Yasa'nın ilk halinde bu suça bakma görevi asliye ceza mahkemesinde olacak şekilde düzenleme yapılmış ise de, 2008 yılında yapılan ve halen yürürlükte olan değişiklik sonrasında ise, artık bu suça bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

765 sayılı Yasa'nın kaynak yasası olan 1889 tarihli Zanardelli Yasası'nda "devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek" konusunda bir suç bulunmamaktadır.

1926 tarih ve 765 sayılı TCY'nın ilk metninde, savaş sonrasındaki suç siyasetinden olsa gerek 159/1 nci maddede "ordu ve donanmayı tahkir ve tezyif etmek" suçuna yer verilmiştir. Maddede yaptırım olarak ise TCY'nın 158 nci maddesine göndermede bulunulmuş olup, 158 nci maddede ise cezanın alt sınırı 3 yıl ağır hapis olarak gösterilmiş, cezanın üst sınırı ise ortaya konulmamıştır. TCY'nın 160 ncı maddesinde, bu suçtan dolayı takibat yapılabilmesinin Büyük Millet Meclisi Riyaseti'nin iznine bağlı olduğu ifade edilmiştir.

1936 tarih ve 3036 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile TCY'nın 159/2 nci maddesinde "Devletin silahlı kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlerin", 159/1 nci madde uyarınca, yani bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacağı, her iki fıkra da yapılan değişiklik ile ortaya konulmuştur. TCY'nın 160/3 ncü maddesinde yapılan değişiklikle de, TCY'nın 159 ncu maddesinde yer alan farklı konular için farklı izin mercileri öngörülmüş ve bu izin mercileri, Büyük Millet Meclisi Reisi veya yokluğunda vekili, Adalet Vekaleti veya Milli

Müdafaa Vekaleti şeklinde belirtilmiş, devletin silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılabilmesi konusu, Milli Müdafaa Vekaleti'nin iznine bağlı kılınmıştır.

1938 tarih ve 3531 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile TCY'nın 159/2 nci maddesindeki ifade "Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri" şeklinde değiştirilmiş, yaptırımında ise bir değişikliğe gidilmemiştir. TCY'nın 160 nci maddesinde değişikliğe gidilerek, TCY'nın 159 ncu maddesindeki her konu yönünden izin yetkisi sadece Adliye Vekaleti'nde toplanmıştır.

1946 tarih ve 4956 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile, TCY'nın 159/2 nci maddesinde düzenlenen suç, aynı unsur ve yaptırımı ile TCY'nın 159/1 nci maddesine taşınarak düzenlenmiş, 159/2 nci maddesinde ise bir başka hükme yer verilmiştir. TCY'nın 160/2 nci maddesinde, takibat yapılması konusunun yine Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğu ifade edilmiştir.

1961 tarih ve 235 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesinin yaptırımına dokunulmamış, ancak maddedeki ifade "Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerinin..." şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2002 tarih ve 4744 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesinin yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2002 tarih ve 4771 sayılı Yasa ile bu maddede değişiklik yapılmış ise de, TCY'nın 159/1 nci maddesindeki suçun unsurlarında ve yaptırımında bir değişikliğe gidilmemiş, yine izin konusunda da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2003 tarih ve 4963 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesindeki suçun unsurlarına dokunulmamış, ancak yaptırım altı aydan üç yıla kadar hapis şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2004 tarih ve 5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde "askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenleme yapılmıştır. TCY'nın bu metninde soruşturma veya kovuşturma için herhangi bir izin koşulu öngörülmemiştir.

2008 tarih ve 5759 sayılı Yasa ile TCY'nın 301 nci maddesinde değişikliğe gidilmiş; TCY'nın 301/2 nci maddesi "Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır" denilmiş, birinci fıkra da ise altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddenin 4 ncü fıkrasında yapılan değişiklikle, bu suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine tabi tutulmuştur.

Adalet Bakanlığı, TCY'nın 301 nci maddesindeki Adalet Bakanı'nın soruşturma iznine yönelik olarak ta 09.5.2008 tarih ve 18/1 sayılı genelge çıkarmıştır.

c- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci fıkrası

5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde düzenlenen bu suç 765 sayılı TCY'nda farklı içerikte mevcut olup, 765 sayılı Yasa döneminde suçun unsurlarına yönelik çeşitli değişiklikler

yapılmıştır. 765 sayılı Yasa, 1889 sayılı İtalyan Zanardelli Yasası'ndan alınmış olup, bu suç kaynak yasada yer almamaktadır. Bu suçun varlığı suç siyaseti ile açıklanabileceği için, savaş sonrasındaki suç siyasetinin varlığı gereği bu suçun da 765 sayılı Yasa'ya konulduğu söylenebilir. Ancak suçun ihdas edildiği o dönem sonrasındaki değişen koşullara rağmen bugün hala daha aynı suç siyasetinin güdülerek üstelik bu suçun kapsamının da genişletilerek korunması, hele de süreçteki demokratik hukuk devleti ilke ve kuralları ile özgürlükler alanındaki gelişmeler de gözetildiğinde, bir çok hukuksal ilke ve değerle çatışma yaşanmasına neden olmuştur.

5237 sayılı Yasa'nın "Devlet Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" bölümünde, 2008 yılında yapılan değişiklikle 301/2 nci maddede, "Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır" şeklinde hüküm öngörülmüştür.

Devletin askeri teşkilatı kavramı ile amaçlanan, Türk Silahlı Kuvvetleri yani Ordu'dur. Ordu'yu temsil eden Genelkurmay Başkanlığı'nın ya da Ordu yani Türk Silahlı Kuvvetlerini oluşturan kara, deniz ve hava kuvvetlerinin bir bütün halinde hedef alınması durumunda, bu suç söz konusu olacaktır. Aksi halde genel hükümler uyarınca kişi olarak kim hedef alınmış ise o çerçevede değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Devletin emniyet teşkilatı kavramı ise, iç güvenliği sağlayan, sanık veya suçluları yakalayan Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı polis ve jandarma güçlerini kapsamına aldığı anda tartışma bulunmamaktadır. Emniyet ya da jandarma güçlerinin tamamının ayrı ayrı hedef alınması da bu suçun oluşması için yeterlidir. Ancak bu tanımın kapsamına sadece bu iki görevli grubu mu girmektedir'

6831 sayılı Yasa'nın 77 nci maddesine bakıldığında polis ve jandarmanın görevlerine koşut biçimde, 6831 sayılı Yasa kapsamında kalan suçların işlenmesinin önlenmesinde, yine bu yasa kapsamındaki işlenen suçların ise takibinde, kolluk görevi yüklenilen görevlilerden söz edilmiştir. Ayrıca bakıldığında 5607 sayılı Yasa'nın 9 ncu maddesinde ifade edilen gümrük memurlarına, 5607 sayılı Yasada daha farklı ve daha sınırlı görevler yüklenmiş, bu özel yasalar gibi daha başka özel yasalarda da silah kullanma yetkisi tanınan bazı devlet görevlilerine, görev alanlarındaki suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenmesi durumunda ise bu suçların takibi konusunda, kolluğa tanınan yetkiler tanınmıştır. Bu görevliler de kuşkusuz devletin güvenlik alanındaki görevlileri kategorisi içinde görmek gerekmektedir. Ancak maddede devletin güvenlik görevlileri veya devletin güvenlik alanındaki görevlileri kavramları yerine, devletin güvenlik (emniyet) teşkilatı kavramının kullanılması, sadece yapılan göreve değil, hem göreve hem de teşkilatlanma boyutuyla konuya yaklaşıldığını göstermektedir ki, bu da tartışmalı olan düzenlemeyi ayrıca kendi içinde çelişkili kılmaktadır.

2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Yönelik Yasa çıkartılmış olup, bu yasanın amacının kamu güvenliğini tamamlayıcı nitelikte özel güvenlik sistemi oluşturulması olduğu belirtilmiş, silah taşıma yetkisi de tanınan özel güvenlik görevlilerine belirli koşullarda sanık veya suçluları yakalama ve kamu güvenliği kapsamında iç güvenliği sağlama görevi de yüklenmiştir. Bu şekilde, polis ve jandarma görevlilerine koşut görevler yüklenmiştir. Bu düzenlemelerden dolayı da 5188 sayılı Yasa'nın 23 ncü maddesinde, anılan görevlilerin işlediği suçların kamu görevlileri tarafından işlenmiş suç gibi ya da anılan görevlilere karşı işlenen suçların da kamu görevlilerine karşı işlenmiş suç gibi cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin nedeni, bu yasa özel güvenlik görevlilerine, devletin emniyet teşkilatına tanınan yetki ve görevlerin verilmiş olmasıdır. Yani özel güvenlik görevlileri,

devletin resmi yapılanması içerisinde olmasa da, yasa ile bu görevliler belirli konularda emniyet teşkilatı ile eşit hale getirilmiştir. Bu görevliler, korunan hukuksal yarar gözetildiğinde, bir devlet organı (teşkilatı) görevlileri olmadıkları için, bu konuda TCY'nın 301/2 nci maddesinin uygulanması düşünülemez.

Emniyet teşkilatı kavramı içinde kalmayanlara yönelik sözlerde, genel hükümler uyarınca kişilere yönelik işlenmiş bir suç var ise konunun bu yönüyle irdelenmesi gerekmektedir.

TCY'nın 301 nci maddesinde yapılan düzenlemenin varlığı, güdülen suç siyaseti ile açıklanabilir. Bu maddede yer alan hukuksal değerlere yönelik saygınlığın ortadan kalkmaması için aşağılamaya yönelik eylemler suç sayılmış, madde ile "egemen ulus devlete" yönelik, cezai bir koruma kalkanı yaratılmıştır. Sadece devletin aşağılanması değil, "devletin ulusunun, ulus devletin, egemen bir devletin" aşağılanması cezalandırılma konusu yapılmış, Anayasa uyarınca egemenliği ulus adına kullanan yetkili organlar olan yasama, yürütme (Cumhurbaşkanı için de ayrıca TCY 299 ncu madde) ve yargı organlarına yönelik bu nitelikteki eylemler yaptırıma bağlanmıştır.

TCY'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının üçüncü bölümünde, devletin egemenlik alametleri ve organlarının saygınlığına yönelik suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümde ulus devletin, egemenlik yetkisi kullanan organlarının saygınlığı esas alınmıştır.

Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca devletin hukuk devleti niteliği gözetildiğinde, egemenliğin bu hukuksal çerçevede düşünülebilmesi karşısında, TCY'nın 301/2 nci maddesinin varlığı hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Hukukun üstünlüğüne yönelik gelişen değerler gözetildiğinde, artık bir hukuk devletinde suç siyasetinin gereği de olsa bu nitelikte bir suçun varlığı kabul edilemez. Aksi durum, hukuk devletinin yerine polis devletinin mi söz konusu olduğu tartışmalarını ortadan kaldırmaz. Kaldı ki askeri ve emniyet teşkilatı, egemenlik yetkisi kullanabilen veya egemenlik görevi yüklenebilen organlar da olmadığından madde içinde yer alması, hukuk devletinde, yapılan düzenlemeler yönünden aranan, öngörülebilirlik, belirlilik, bilinebilirlik, ölçütleriyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle TCY'nın 301/2 nci maddesi Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır. Polis veya jandarma teşkilatı dışında kalan, devletin orman memurları, gümrük memurları gibi suçun önlenmesi veya suç işlendikten sonra takibi ile görevli kamu görevlilerinin emniyet teşkilatı içinde görülüp görülmemesi bir belirsizlik yaratmakla, hem de madde içeriğinin bilinebilirliğini ve açıklığını ortadan kaldırmaktadır. Özel güvenlik görevlileri hakkında ilgili yasalarında yapılan düzenlemeler karşısında, bu konunun sonuçta işlem ve ruhsatların devlet tarafından verilmesi karşısında devletin emniyet (güvenlik) teşkilatı kapsamında kalıp kalmadığı konuları, bir belirsizlik durumuna da neden olabilecektir. Bu yönüyle de hukuk devleti açısından Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırılık söz konusudur. Bu durum ayrıca bir hukuk devletinde, egemenlik yetkisi kullanan organların yanında, neden halkla temas veya hizmet yönünden devletin silahsız ama daha etkin diğer birimleri değil de devletin silahlı birimlerinin düşünüldüğü sorusunun sorulmasına da yol açmakta, bir hukuk devletinde bu sorunun yanıtı her durum ve koşulda olumlu olarak yanıtlanamamaktadır.

TCY'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının üçüncü bölümünde, devletin egemenlik yetkisi kullanabilen organları yönünden, suç siyaseti gereği düzenleme yapılmasına rağmen bu kapsamda yer almamasına, anılan organlarla aynı konumda olmamasına rağmen, askeri veya emniyet teşkilatının da kapsama dahil edilmesi, Anayasa'nın 10 ncu maddesinde düzenlenen eşitlik kuralına aykırıdır. Yine devletin egemenlik yetkisi kullanmayan diğer organlarından

farklı olarak egemenlik yetkisi kullanmayan asker polis teşkilatının madde kapsamına sokulması, bu organlar arasındaki eşitlik kuralına da aykırıdır. Yine devletin emniyet teşkilatı içinde görülmemelerine rağmen, özel yasalarda kendi görev alanlarında aynı görevler yüklenen orman memurları gibi, gümrük memurları gibi memurların kapsam dışında bırakılması, düzenlemedeki tutarsızlığı ve aynı zamanda çelişkiyi de ortaya koymaktadır. Ayrıca devlet tarafından yapılan resmi işlemlerle, emniyet teşkilatının görevlerini de belirli koşullarda yapabilen özel emniyet teşkilatının madde dışında kalması karşısında, amaçsal olarak bakıldığında, yaratılan bu durum da eşitliğe aykırıdır. Bu eşitliğe aykırılığın sonucu olarak asker ve polis teşkilatının ayrı tutularak madde kapsamına sokulması, yukarıda ifade edildiği üzere, devletin hukuk devleti niteliğini zedeleyicidir.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabileceği ortamın yaratılması, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik hükümleri gözetildiğinde, bu hükümler dikkate alınmadan maddede yapılan suç ve ceza düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığından, yapılan bu düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesine de aykırıdır.

Anayasa'nın 13 ncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda ve nasıl sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın da ölçülü olması gerektiği belirtilmiş olup, bir hukuk devletinde, bir polis devletini andırırcasına, devletin diğer kurumları için doğal olarak ayrı bir madde düşünülmezken, emniyet veya askeri teşkilat için özel bir madde öngörerek onları farklı bir koruma kalkını içine alarak suç ihdas etmek, demokratik toplum düzenine, Anayasa ile amaçlanan özgürlükçü bir sistemin varlığına aykırıdır. Bu yolla konulan suç nedeniyle yaratılan sınırlama ise, hiç bir biçimde ölçülü olarak değerlendirilemez. Bu suçun varlığı, konulduğu dönem itibarıyla geçerli olan suç siyaseti ile açıklanabilirse de, savaş dönemi sonrasında konulan bu suçun hala daha korunması, çağdaş ve özgürlükçü demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmamakta, yaratılan sınırlama maddedeki koşullarla çatışmaktadır.

TCY'nın 301/2 nci maddesi, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırıdır. Anayasa'da suç ve cezalara yönelik ilkeler Anayasa'nın 38 nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddedeki düzenleme için de öncelikle, suç ve ceza tanımlarının yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede yapılacak bir suç tanımında, suç siyasetinin gereği olarak yasama organının istediği her konuda suç yaratabileceği söylenemez. Bu konuda hukuk devletinin ilke ve kurallarının da mutlaka gözetilmesi gerektiği tartışmasızdır. Bu nedenle Anayasa'nın 14/2 nci maddesi uyarınca, Anayasa'nın herhangi bir hükmü, devlete temel hak ve özgürlükler konusunda Anayasada düzenlenenden daha geniş bir sınırlandırma yapma hakkı sağlamaz, daha geniş bir sınırlandırmaya yol açabilecek biçimde de yorumlanamaz. Olayda konulan suç ile anayasal ilkelere aykırı biçimde sınırlama yaratılmış, bu sınırlama nedeniyle de, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı hareket edilmiştir.

TCY'nın 301/2 nci maddesi kapsamındaki eylemlerin suç olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 25 nci maddesinde düzenlenen düşünce, 26 ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı sınırlama niteliğinde olduğundan, anılan düzenleme Anayasa'nın bu iki maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca, yöntemine göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlükler konusundaki uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı hükmü karşısında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesindeki; eşitlik, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hakların kötüye kullanılmaması, yine düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemeler de

gözetildiğinde, TCY'nın 301/2 nci maddesinde yapılan düzenleme, bu sözleşme hükümleri ile hem suçun unsurları hem de yaptırım yönünden çatışma yaratmaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

d- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 4 ncü fıkrası

Bu madde 765 sayılı TCY'nın 160 ncı maddesinin karşılığı olup, 765 sayılı Yasa döneminde yapılan her bir değişiklikle bu yetkinin kim tarafından kullanılacağı konusunda farklı düzenlemeler öngörülmüş olup, yasanın yürürlükten kaldırılmasından önceki en son halinde bu yetkinin Adalet Bakanlığı tarafından kullanılacağı belirtilmekte idi.

5237 sayılı TCY'nın ilk şeklinde izin sistemine yer verilmemiş, ancak 2008 yılında 5759 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle TCY'nın 301/4 ncü fıkrasındaki düzenleme uyarınca, Adalet Bakanı'ndan soruşturma izni alınması koşulu getirilmiş bulunmaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü fıkrasının, Anayasa'nın 2 nci, 8 nci ve 9 ncu maddelerine aykırı olduğu belirtilerek iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine yapılan iki başvuru da sonuçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi 03.10.2009 tarih ve 27365 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 07.5.2009 tarih ve 25/57 sayılı kararında, yine 06.10.2009 tarih ve 27368 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 03.6.2009 tarih ve 38/70 sayılı kararında, Anayasa'ya aykırılık görmeyip, yapılan itiraz başvurularını reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu iki kararında da izin kurumunun varlığını "...ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır" gerekçesine dayandırmıştır.

Anayasa'nın 152/son, 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 nci maddesi uyarınca bir yasa hükmü hakkında Anayasa Mahkemesince işin esasına girildikten sonra verilen red kararından on yıl geçmedikçe, aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile başvuru yapılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesince verilen her iki karar da, Anayasa'nın 2 nci, 8 nci ve 9 ncu maddeleri yönünden yapılan Anayasa'ya aykırılık başvurusu üzerine, bu maddeler kapsamındaki esastan inceleme sonucunda verilmiştir. Anayasa Mahkemesi itiraz başvurularındaki incelemelerini, başvuruda ileri sürülen madde ve nedenlerle sınırlı olarak yapmamaktadır. Bu durum konumuzla ilgili daha önceki başvurular için de söz konusu olmuştur. Mahkememizce ise, daha önce irdelenmeyen ve değerlendirilmeyen yeni neden, gerekçe ve maddelere de dayalı olarak bu başvuru yapılmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 152/son ve 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 nci maddesi hükümleri, amaçsal olarak ve ayrıca hukuk devleti ilke ve kurallarına uygun, hak arama özgürlüğünü genişletici ve bu özgürlüğün de etkin olarak kullanılmasını sağlayacak biçimde Anayasa'nın 11 nci ve 90/son maddeleri de gözetilerek yorumlanmak durumundadır. Mahkememizce yapılan bu başvuruda, önceki diğer başvurular ve Anayasa Mahkemesi kararlarında inceleme konusu edilmeyen; madde, gerekçe ve nedenlere de dayanılması karşısında, söz konusu kısıtlayıcı kuralın olayımızda uygulanma yeri bulunmamaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesinde öngörülen soruşturma izni 765 sayılı Yasa döneminde; 1926-1936 yılları arasında TBMM Başkanı'na, 1936-1938 yılları arasında konusuna göre ya TBMM Başkanı'na ve yokluğunda ise Başkanvekiline, ya Adalet Bakanlığı'na ya da Milli

Savunma Bakanlığı'na, 1938-2005 yılları arasında ise sadece Adalet Bakanlığı'na tanınmıştır. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nun ilk şeklinde bu konuda herhangi bir biçimde izin öngörülmemiş ise de, maddede 2008 yılında yapılan değişiklikle soruşturma için Adalet Bakanı'nun izni koşulu getirilmiş olup, bu düzenleme halen yürürlüktedir.

Burada üzerinde durulması gereken, iznin hukuksal niteliğinin ne olduğu, bu hukuksal niteliğine göre iznin herhangi bir denetime tabi tutulup tutulmadığı, bu durumun ve de iznin varlığının Anayasa'ya uygun olup olmadığı, yine izni kullanması öngörülen organın ve yine bu organ tarafından izin yetkisinin kullanılmasının Anayasa'ya uygun olup olmadığı konularıdır.

Yargıtay 9 ncü Ceza Dairesi; 26.12.2005 tarih ve 7865/9799 sayılı, yine 12.4.2010 tarih ve 2008/10995 Esas, 2010/4198 karar sayılı, 15.3.2011 tarih ve 6883/1703 sayılı, 05.5.2011 tarih ve 3435/2702 sayılı gibi bir çok kararında, bu iznin bir yargılama koşulu olduğunu, ceza yargılamasındaki yani usul kuralı niteliğindeki izinden farklı olduğunu, maddi ceza hukuku kuralı niteliğinde bulunduğunu belirtmektedir. Yine bu kararlarda, 5237 sayılı Yasa döneminde 2008 öncesinde izin koşulu bulunmayıp daha sonra izin kuralının getirilmesi karşısında, izin kurumunun maddi ceza hukukuna yönelik olması gözetilip, suç tarihine bakılarak izin alınmayan dosyalarda bile bu yönden sanık lehine hareket edilerek daha sonra konulan bu izin kuralı uyarınca, izin talebi yoluna gidilmesine vurgu yapılmaktadır.

Yargıtay kararlarında TCY'nun 301 nci maddesinde yer alan soruşturma izninin, maddi ceza hukuku kuralı niteliğinde olduğunun kabul edilmesi karşısında, uygulamada bu konuda her zaman lehe değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Olay tarihinde asker olan sanık hakkında, TCY'nun 301 nci maddesinde yer alan suç konusunda Milli Savunma Bakanı'ndan izin alındıktan sonra sanık terhis olduğu için TCY'nun 300 ve 301 nci maddelerinde düzenlenen suçlar yönünden dosyası, görevsizlik kararı ile askeri yargıdan mahkememize gönderilmiştir.

Maddi ceza hukuku yönünden konuya bakıldığında, davanın terhis aşamasından sonra artık adli yargıda görülmesi, sanık ile izin vermeye yetkili olan Adalet Bakanı arasında hiyerarşik bağlantı bulunmaması, bu durum karşısında konunun tekrar lehe değerlendirilmesinin gerektiği düşüncesiyle, bu sefer Adalet Bakanı'ndan izin talebinde bulunulmuş, Adalet Bakanı eylemi bir bütün halinde görmeyerek, TCY 300. maddesi kapsamında kalan eylem için genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini ve izne gerek olmadığını, TCY 301. maddesi kapsamında kaldığı söylenen konu hakkında kullanılan ifadeler yönünden genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini, TCY 301/4 maddesi uyarınca izin verilmediğini ifade etmiştir.

Adli bir olay söz konusu olduğunda, maddi ceza hukukuna yönelik böyle bir izin durumunda, izin verilir ise soruşturma yapıp yürütülmekte, verilmez ise işlem yapılamamaktadır. Bu izni verme ya da vermeme koşullarının oluşup oluşmadığının denetlenmesi ya da izin vermeme işleminin yerindeliği, bir ceza davasında veya ceza soruşturmasında inceleme konusu yapılamamaktadır. Üstelikte izin kurumunun varlığı, maddi ceza hukukuna yönelik olarak kabul edilirken, sonuç bu şekildedir.

Maddi ceza hukukuna yönelik olması nedeniyle bu izin işlemi adli yargıda da ayrıca iptal gibi bir davaya konu edilememektedir.

Maddi ceza hukuku kapsamında kabul edilen konulardaki izin verme veya izin yermeme işlemleri, idari yargıda dava konusu edilebilecek türden bir işlem değildir. Öğreti ve uygulamadaki genel görüş bu şekildedir. Bu konuda idari yargıdan verilmiş çok farklı kararların da bulunduğu bir gerçek olup, hatta çok uç bir örnek olarak adeta bir ceza mahkemesi gibi, izin konusunda yapılan bir başvuruda Ankara 10 ncu İdare Mahkemesi, 2011 Esas, 31.01.2012 tarih ve 2012/204 sayılı kararında suçun oluşup oluşmadığını irdeleme yoluna bile gitmiştir.

Yargıtay bu suçlarda, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan doğrudan zarar gören sıfatının varlığını kabul etmemektedir. Yargıtay 9 ncu Ceza Dairesi'nin 01.5.2006 tarih ve 711/2497 sayılı kararında bu konudaki genel uygulama ortaya konulmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, izin vermeme işlemine karşı idari yargı yolu kapalı olup, bir an için idari yargı yolu açık olarak kabul edilmesi durumunda ise, izin vermeme işleminin iptali konusundaki başvuruyu yapabilecek olan, Yargıtay'ın suçtan doğrudan zarar görme tanımındaki değerlendirmesi gözetildiğinde, bu işlem hakkında başvuruda bulunabilecek sıfatı taşıyabilecek kimse zaten bulunmamaktadır. Danıştay, izin verme işlemlerine karşı ise, bu işlemler nedeniyle tüm konuların zaten yargılamada inceleneyeceğini belirterek suçlanan kişilerce yapılan başvuruları bu yönüyle reddetmektedir. İzin verme ile ilgili genel konulardaki uygulama bu şekildedir. Kaldı ki TCY'nın 301 nci maddesindeki izin verme işlemi, zaten maddi ceza hukuku kapsamında olup, idari yargı denetiminin dışındadır. Bu nedenlerle, maddi ceza hukuku kapsamında görülen bu iznin, idari yargı yoluyla denetlenmesi olanaklı değildir.

Sonuç olarak açıkça yargı yolunun kapalı olduğu belirtilen işlemler hakkında, yargı yolunun kapalı olmasına, açıkça yargı yolunun kapalı olduğu belirtilmeyen diğer tüm durumlarda ise yargı yolunun açık olmasına, bu tablonun hukuk devletinin en temel koşullarından bulunmasına göre, bu konudaki soruşturma izni verme veya vermeme biçiminde ortaya çıkan işlemler, yapılan bu düzenlemeyle açıkça yargı yolu kapatılan işlemlerden olmamasına rağmen, sonuçta yargısal denetime tabi tutulamadığından, bu durum hukuka uygun değildir.

İzin verme veya vermeme işlemi yapılırken, belirleyici olan durum nedir' Anayasa Mahkemesi'nin kararında, bu işlemde hukuksal bakışın belirleyici olmadığı, öncelikle devlet ve toplum yararı açısından değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu izin kurumu, maddi ceza hukuku içinde kalan, ancak hukuksal çerçevede değerlendirme yapılması için getirilmiş bir izin kurumu değildir.

İzin işlemi, 765 sayılı Yasa döneminde Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmekte, kural olarak ta bu işlem yerine getirilirken, hukuksal değerlendirme yapılarak gerekçe-gösterilmesi yoluna gidilmekte, siyasal hareket edilmemekte idi. Kuşkusuz bu durumun aksine hareket edildiği de olmuştur. Hukuksal değerlendirme ile sınırlı bir inceleme ile bu iznin kullanması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin kararları da gözetildiğinde zaten böyle bir izin yetkisinin tanınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yetki siyasal olarak kullanıldığında ise, madde ile amaçlandığı söylenen ve Anayasa Mahkemesi kararı ile de vurgu yapılan amaçlar, genellikle, hatta hiç bir zaman gerçekleşmemiştir. Bu kural, sözkonusu amaçları sağlamaya yeterli ve elverişli olmadığı gibi, öngörülen amaçları ortaya çıkaramamaktadır. Aksine güdülen amaca rağmen, denetimsizlik nedeniyle keyfilik öne çıkmaktadır. Bu durumda da, yetkiyi kullanan kişinin veya organın, siyasal üstü nasıl bir istekte bulunmuşsa, devlet veya toplumun değil, o gücün kişisel, siyasal veya diğer beklentilerine göre hareket edilerek işlem sonuçlandırılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, madde ile varılmak istendiği söylenen amacı, bu düzenleme kural olarak sağlamaya yeterli ve elverişli değildir. Madde tüm boyutları ile değerlendirildiğinde, konuluş amacını hiç bir zaman etkin bir biçimde ve bu içeriğiyle sağlayamamaktadır. Bu nedenle ortaya ne hukuksal ne de toplum veya devlet yönünden siyasal bir yarar çıkmamıştır, çıkamamıştır. Yetkiyi kullanan siyasal gücün anlayış veya keyfiliği belirleyici olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarındaki gerekçeye bakıldığında, bu düzenlemenin getiriliş amacına uygun olarak kullanılmadığı ya da konuluş amacını sağlamadığı, çok açıkça somut olaylarda da görülmektedir. Hrant Dink davası gibi bir davada bile bu izin yetkisi amacına uygun olarak kullanılamıyorsa, bu izin yetkisi devlet veya toplum açısından başka ne zaman siyasal bir yarar sağlayabilecektir' Bunun gibi davalar oldukça fazladır. Bu bağlamdaki davaların genelinde görülmüştür ki, izin yetkisine sahip olan irade, bu yetki ne amaçla getirilmiş olursa olsun, bu yetkiyi sadece kendi bakışma, kendi siyasal, kişisel veya diğer beklentilerine göre kullanmıştır. Hrant Dink davası bunun en somut örneğidir. Bu izin yetkisinin devlet açısından siyasal yarar sağlayacak biçimde o davadaki görünümü demek, ulus ve dolayısıyla vatandaşlık tanımı içinde kalan, Lozan ile azınlık kimliği kapsamında korunan gayrimüslüm Hrant Dink hakkında, eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamındaki yazıları nedeniyle soruşturma izin vermemek, dolayısıyla Lozan'la yapılandırılan üst kimlik olan ulus kimliği korumak, kişinin de hedef olmamasını sağlamak olması gerekirken, hem Lozan'a, hem üst kimlik tanımına ve hem de bu sözleri sarfeden Hrant Dink'e, maddede izinle güdülen amaç çerçevesinde bile yaklaşmamıştır.

TCY'nın 301 nci maddesinde öngörülen izin yetkisi, yukarıda sadece bir örneği ortaya konulan olaydan da anlaşılacağı üzere, kullanılmaması gereken yerlerde kullanılmış, kullanılması gereken yerlerde ise kullanılmamış, yargı bağımsızlığı etkin sağlanmadığı için de, izin verilen durumlarda, yargı organları izin veren iradenin çizgisinden kendilerini de kolaylıkla kurtaramamışlardır, kurtaramamaktadırlar. Bu durumda yargı bağımsızlığına ve adil yargılamaya aykırı sonuçlar doğurmaya olanaklı olduğu için, sonuç olarak hukuka aykırılıklar yaratmakta, yargı yönetime yakın hareket eden bir görüntü sergileyebilmektedir.

"Yine somut olay yönünden bakıldığında, aynı olayda bu davada aynı siyasi parti hükümetlerine mensup Milli Savunma Bakanı ile Adalet Bakanı'nın, aynı eylemlere yönelik izin konusundaki değerlendirmeleri çok farklı biçimde ortaya çıkmıştır. Her iki bakanın işlem tarihleri itibarıyla, eylemlerle ilgili devlet ve toplum yararı değişmiş değildir. Yine bu somut olay, Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulanan izin yetkisinin varlık gerekçesi ile bu maddenin yarattığı uygulamaların örtüşmediğini çok açıkça göstermektedir.

5237 sayılı Yasa ilk çıktığında izin öngörülmemiş, toplumsal baskılardan dolayı fazla dava açıldığı eleştirileri ve buna dayanarak yine Avrupa Birliğinin açık açık yapmış olduğu eleştirilerden hareketle, 2008 yılında izin sistemi tekrar getirilmiş, bu sefer izin yetkisi bizzat Adalet Bakanı'na tanınmıştır.

Hukuksal tablonun geneline bakıldığında açılan dava sayısı ile bu davalarda verilen mahkûmiyet kararları sayısı arasındaki oran gözetildiğinde, bileşik kaplar kuralı gibi bu durum TCY'nın 301 nci maddesine de aynı doğrultuda yansımaktadır. İzin durumu farklı bir durum yaratmamaktadır. Hatta yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini sağlayan kuralların etkin olmaması ve olanların da sadece kağıt üzerinde kalması nedeniyle, verilen izinler sonrasında da, yargı organları özgürlükleri gözetmeden, oluşturulan sosyal, siyasal gibi baskılardan da kendilerini kurtarmayarak, hatta izin veren iradenin bu işlemini ortada kanıtlanmış bir suç var diye algılayarak, kararlar verebilmektedirler. Bu maddenin varlığı, bu sakıncaların önüne

geçmeyi sağlayamamaktadır. Bu nedenle önemli olan, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin yanında, adil yargılanma koşullarının sağlanması, suç ve cezaların demokratik hukuk devleti kuralları gözetilerek düzenlenmesidir. Bu koşullar sağlandıktan sonra, zaten böyle düzenlemelere gerekte kalmayacaktır.

Maddi ceza hukukunun içinde kabul edilen bu izin yetkisinin siyasal kimliği bulunan Adalet Bakanı'na tanınması, bu yetki ileride yapılacak bir düzenleme ile denetime tabi tutulacak olsa bile, böyle bir izin kurumunun bizatihi varlığı dahi, soruşturma ve yargılamanın tam bir tarafsızlıkla yürütülmesi ile, yine ceza hukuku ilkeleri ve demokratik hukuk devleti kuralları ile de bağdaşmamaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra izin yetkisinin anayasal boyutunu inceleyecek olursak, yapılan bu düzenleme demokratik hukuk devleti yönünden Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır. Düzenlenen bir suçta, maddi ceza hukuku kapsamında sokulan bir yetki, tarafsızlığı olmayan, hatta olaylar karşısında kolaylıkla taraf olabilen, yine madde gözetildiğinde egemenliği kullanan güçle karşı karşıya kalanların genelde iktidarda olmayan görüş sahipleri de olduğu gözetildiğinde, bu yetki Adalet Bakanı'nca tarafsızlıkla kullanılamayacağından, maddi ceza hukuku kapsamında suçun varlığını da etkileyen böyle bir düzenlemenin, demokratik hukuk devleti ilke ve kurallarına uygun olduğunu söyleyebilmek olanaklı değildir.

İzin verme veya vermeme işleminin denetimi konusunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, bu konunun denetim dışı kalması da Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Görülmekte olan bir davada hiç bir zaman izin koşullarının varlığı ve denetimi tartışma konusu edilememektedir. Bu denetim dışılık, maddenin konuluş amacına uygun olarak kullanılması boyutunu değil, denetimsiz biçimde, keyfi olarak, hukuk devleti kurallarına aykırı biçimde kullanılmasını öne çıkarmakta, madde konuluş amacını sağlayamamaktadır.

Adalet Bakanı'na tanınan bu denetimsiz yetkinin kaynağı, Anayasa'nın 6/2 nci maddesi uyarınca ortaya konulamadığından, böyle yetkinin varlığı demokratik hukuk devletinin kurallarına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 6/2. maddesi yoluyla, hukuk devleti kurallarına bu şekilde ayrıca ortaya çıkmaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesinin kapsam ve sonuçları, Anayasa'nın 10 ncu maddesinde yer alan eşitlik kuralına aykırılık oluşturmaktadır. İzin yetkisinin denetim dışı olması ve bu yetkinin siyasal bir organa verilmesi nedeniyle, izin yetkisine sahip olan organ ile hakkında izin talep eden kişinin aynı siyasal konumda bulunması, bu kişi veya siyasal görüş lehine sonuçlar yaratabilmekte, yine böyle bir durum farklı siyasal çizgide bulunanlar aleyhine de sonuç doğurabilmektedir. Bu durumun denetiminin söz konusu olmaması da, amaçlanan eşitliği ortadan kaldıran sonuçları kalıcı kılmaktadır. Mevcut düzenleme eşitliği sağlayıcı olmak bir yana, belirtilen konularda ayrımcılığı artırıcı nitelik taşımaktadır.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesi ortamının yaratılmasına, düşünce ve ifade özgürlüğüne, yine hak arama özgürlüğüne yönelik hükümleri, suç ve cezalara ilişkin ilkeleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi gibi düzenlemeleri gözetildiğinde, bu hususlar dikkate alınmadan yapılan izin düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamış, yapılan düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesi ile çatışmıştır.

Anayasa'nın 13 ncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda ve nasıl sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın da ölçülü olması gerektiği belirtilmiş olup, maddi ceza hukuku kapsamında kalan izin yetkisinin, denetim dışı bırakılarak varlığının kabul edilmesi ve bu yetkinin de siyasal kimlik olan Adalet Bakanı'na verilmesi, demokratik toplum düzenine, anayasa ile amaçlanan özgürlükçü bir sistemin varlığına aykırıdır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırıdır. Şöyle ki, tarafsız olmayan bir kişiye, maddi ceza hukuku kapsamında bir yetki tanınarak, adil yargılama ve etkin soruşturmanın yapılabileceğini söylemek, bu kişinin aynı zamanda HSYK başkanı olması, bu nedenle yargıçlar üzerinde de yetkisinin bulunması, bu işleminin yanında HSYK işlemlerinin de etkili bir denetime ve yargısal denetime tabi olmaması karşısında, talep edilen izin sonrasında, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyecek etkili bir ortamın varlığı söz konusu değildir. Adalet Bakanı'nın HSYK Başkanı olması, Bakan'ın tarafsızlığı nedeniyle getirilmiş bir kural olmayıp, siyasi iradenin yargının içinde yer alma isteğini yansıtan Anayasa'nın emredici hükmü nedeniyledir. Adalet Bakanı 2001 den bu yana Mili Güvenlik Kurulu içinde de yer almaktadır. Bu yönüyle bakıldığında Milli Güvenlik Kurulu içinde yer alan Adalet Bakanı üzerinden hukuk ve yargı, adalet için değil, güvenlik unsuru olarak görülmektedir. Bu gibi örnekler de hükümet içinde partili kimliği ile yer alan Adalet Bakanı'nın bu yetkiyi kullanması durumunda, soruşturmanın adilliği yönünden de aykırılıklar ortaya çıkarmaya elverişlidir.

Anayasa'nın 25 nci maddesinde düşünce, 26 nci maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, bu özgürlükler hakkındaki sınırlama konusu da bu maddelerde gösterilmiştir. Adil ve etkin bir yargılama ve soruşturma yapılması zorunluluğuna rağmen, maddi ceza hukuku kapsamında kalan izin yetkisinin, tarafsızlığı olmayan, hatta soruşturma ve yargılama makamları üzerinde yetkisi bulunan kişiye tanınması, anılan özgürlüklerin korunmasına değil, daha fazla sınırlanmasına neden olabilecek, demokratik toplum gereklerine uygun olmayan durumlar ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle yapılan düzenleme Anayasanın ayrıca bu iki maddesine de aykırıdır.

Yapılan bu düzenleme Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırıdır. İHAS ve BM Kişisel Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki, eşitlik, etkili soruşturma ve adil yargılama düşünce ve ifade özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hakların kötüye kullanılması konularındaki gibi düzenlemeler gözetildiğinde, tarafsızlığı olmayan bir kişiye maddi ceza hukuku kapsamında bir yetki tanınarak, bir suç tanımına gidilmesi, bu suç tanımından da hareketle eşitlik kurallarına uygun biçimde ve ayrımcılık yaratmadan etkili soruşturma ve adil yargılamanın ortaya çıkabildiğinin söylenebilmesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve hakların kötüye kullanılması konularında amaca uygun davranılabilmesi, özellikle izin yetkisini kullanan organla karşıt düşüncelere sahip olanlara, düşünce ve ifade özgürlüğünün etkin biçimde sağlanabildiğinin söylenebilmesi, TCY'nın 301/4. maddesinin içeriği nedeniyle söz konusu değildir. Bu nedenle anılan düzenleme, ilgili sözleşme hükümleri ile çelişkili sonuçlara neden olduğundan Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırıdır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesindeki Adalet Bakanı'na soruşturma izin yetkisi tanınması yolundaki düzenleme, Anayasa'nın 138 nci maddesine de aykırıdır. Anayasa'nın 140/3 ncü maddesinde savcıların hak ve ödevlerinin, mahkemelerinin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerine göre yasa ile düzenleneceği ifade edilmiş, mahkemelerin bağımsızlığına yönelik ilkeler de Anayasa'nın 138 nci maddesinde gösterilmiştir. Anayasa'nın 140/6 nci maddesi uyarınca yargıçlar ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olsalar da, bir suç iddiası konusunda, maddi ceza hukuku kapsamında kalan bir yetkinin Adalet Bakanı

tarafından kullanılması, ancak bu yetkiyi kullandığı aşamadan sonra bir ceza soruşturmasının söz konusu olabilmesi, Anayasa'nın 138 nci maddesindeki düzenlemelere tamamen aykırıdır. Bağımsızlığın etkin olarak sağlanamadığı durumlarda, soruşturma ve yargılamada verilen karar, bu karar öncesinde ortaya çıkan izin işlemi ile büyük olasılıkla aynı veya paralel olabilmektedir. Uygulamada bu durum sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin red kararlarında maddenin amacı ortaya konulmuş ise de, devlet veya toplum yararını gözetmek yerine, toplum baskısının göğüslenemediği, iktidarın kişisel, siyasal veya diğer beklentilerini öne çekerek maddeyi amacı doğrultusunda kullanmadığı durumlarda, savcılıklerce etkili soruşturma, mahkemelerce de adil yargılama yapılamamakta, izin işlemindeki anlayışa koşut olarak süreç yürütülüp sonuçlandırılmaktadır. Bu nedenle düzenleme öngörülen amacı sağlamaktan uzaktır. Hrant Dink olay ve süreci, bu konuda en belirgin örnek olarak hukuk tarihindeki yerini almıştır. Bu süreçte iktidar ve Adalet Bakanlığınca yapılanlar, izin işleminin ötesine bile taşmış, siyasi iradenin bu işlemiyle aynı paralelde işlem yapan yönetim veya yargı alanındaki kamu görevlilerinin akibetleri ile, farklı davranışların akibetleri bile birbirinden çok farklı olmuş ve olay dosyanın dışına taşarak, bu kişilerin bile süreçten çok açıkça etkilendiklerini gösteren işlemleri ortaya çıkarmıştır. Bu da, maddenin konuluş amacının dışında, denetimsiz, keyfiliği öne çeken biçimde kullanıldığını, sonuçta yargı bağımsızlığının ve hukuk devletinin gözetilmediğini çok açıkça göstermektedir.

d- 02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin l/b ve 2 nci fıkraları, yine bu hükümler iptal edilince uygulanma yeteneği kalmayan bu maddenin tamamının iptali

6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin b fıkrası ve 2 nci fıkrasına bakıldığında, bu düzenlemelerde;

(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

.

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

.

karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkum olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

denilmekte olup, madde toplamda sekiz fıkradan oluşmaktadır.

Bu konuda Geçici 1/1 nci maddesinin tamamının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 12, 13, 19, 26, 28, 38, 138 ve 141 nci maddelerine aykırılığı istemiyle yapılan itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 12.9.2012 tarih ve 79/112 sayılı kararıyla esasa girilmeden, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir. Bu durum karşısında, Anayasa'nın 152/son

ve 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 maddesi bağlamında itiraz başvurusuna engel bir durum bulunmamaktadır.

Geçici 1 nci maddenin yukarıda belirtilen her iki fıkrası da, davada doğrudan uygulanabilecek kural niteliğinde olup açıkça Anayasa'ya aykırılık söz konusudur. Bu hükümler iptal edilince toplam sekiz fıkradan oluşan maddenin tamamının uygulama yeteneği ortadan kalkacağı için, maddenin tamamının iptali istemiyle itiraz başvurusu yapılmıştır.

Geçici 1 nci maddenin l/b ve buna bağlı olan 2 nci fıkraları açıkça Anayasa'nın 2 nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti kuralına aykırıdır. Şöyle ki, madde kapsamında, kovuşturma evresinde erteleme konusu olabilecek yöntemler gösterilmiş olup, bu yöntemlerin belirlenmesinde hukuksal ve demokratik toplum yönlerinden gereklilik durumu ortaya konulmamış, bu yöntemler yoluyla işlenen, hukuksal konusu ne olursa olsun her türlü suçun kapsama girdiği açıkça ifade edilmemiş, bu yönüyle belirsizlik ortaya çıkmıştır. Bu yön, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Madde ile takdire bağlanmadan, belirtilen yöntemler söz konusu olduğunda, kovuşturmanın ertelenmesi yoluna gidileceği öngörülmüş ancak, burada da belirsizlik yaratılmıştır. Yine her durumda mı erteleme yoluna gidileceği, yoksa beraat, düşme koşullarının oluşmadığı hallerde mi erteleme yoluna gidileceği açıkça ortaya konulmamıştır. Bu belirsizlik, hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Gerçi maddenin son fıkrasında erteleme hallerinde, ertelemeye konu kararın tekrre esasa alınamayacağı ifade edilmekte olup, bu durum mahkûmiyet koşullarının oluşması halinde kovuşturmanın ertelenmesine karar verileceğini işaret etmekte ise de, ilk fıkroda ve ikinci fıkroda bu konu açıkça ortaya konulmamıştır.

Beraat, düşme gibi kararlar, erteleme kararına göre sanığın daha lehine olduğundan, koşulları oluşmuş ise, o yollara gidilmesi, mahkûmiyet koşulları oluşması halinde ise erteleme yoluna gidilmesi gerekmesine rağmen, madde ile yaratılan belirsiz düzenleme, açıklandığı üzere Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca hukuk devleti kurallarına aykırıdır.

Erteleme kararı verildiğinde, bu karar etkili bir denetim yoluna yani, temyiz denetimine tabi değildir. Hele hele, her durumda erteleme kararı veriliyorsa, bir de dosyanın etkili bir denetim yolu öngörülmeden bu şekildeki bir denetim süresine tabi tutulması, kişinin masumiyet hakkını elinden alması boyutu dışında ayrıca hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Sadece mahkûmiyet koşullarının varlığı halinde erteleme yoluna gidilmesi durumunda, verilen kararın kendisi ve de ayrıca öngörülen denetim süresi boyunca da bu karara tabi olaylar etkili bir incelemeye tabi olmayacak, bunun için kişinin mutlaka ikinci bir suç işlemesi gerekecektir. Kişinin kovuşturmanın ertelenme süresi içinde ikinci bir suç işlememesi durumunda düşme kararı verilecek, bir suç işlenmesi durumunda ise o zaman erteleme kararı kaldırılacaktır. Bu süre içinde işlenen ikinci suçun bağlı olduğu zamanaşımı hatta zamanaşımına bağlı olmayan bir suçta olabileceği düşünüldüğünde, yine denetim süresi içinde veya hayatı boyunca failin de saptanamaması söz konusu olabileceği karşısında, ikinci suçun yargılamasının, ikinci suçun bağlı olduğu dava zamanaşımı kadar ya da zamanaşımına bağlı olmaması durumunda bu ikinci yargılamanın süresiz olabileceği düşünülürse, bu koşullarda bu madde uygulanamayacak, ilk kararlar için etkili bir denetim de ortaya çıkmadığı için, ilk karar kaldırılıp düşme veya başka bir karar da verilemeyecektir. Bu durumda, madde hukuken uygulanamaz bir sonuç yaratmış, belirsizlikle dolu çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır. Adeta süresiz erteme hali söz konusu olmuştur. Bu ise kişinin hukuksal durumunun mahkûm olmuş gibi sürekli askıda tutulmasına neden olmaktadır. Bu tablo hukuk devleti ilke ve kurallarıyla, yine bilinebilirlik, belirlilik

unsurları yönünden de hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin iptali, bu hükümler iptal edilince maddenin tamamının uygulama yeteneği ortadan kalkacağı için maddenin tamamının iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Belirtilen her iki fıkra, Anayasa'nın 5 nci maddesine aykırı olup, bu fıkraların uygulanması durumunda adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak, akibeti belirsiz ve sonuçlandırılmayacak işlemler ortaya çıkabilecektir. İşlenmiş bir ikinci suçun varlığı halinde ancak ilk karar veya olay nedeniyle verilecek kararın etkili denetimi söz konusu olabilecektir ki, ikinci suçun faili meçhul kalması durumunda verilen ilk karar ve sonucu ne olacaktır! Madde de bu sorunun yanıtı yer almamaktadır. Bu durum çok açıkça Anayasa'nın 5 nci maddesine aykırı bir durum ortaya çıkarmıştır.

Yapılan bu düzenleme Anayasa'nın, temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez olduğunu düzenleyen 12 nci maddesine de aykırıdır. Çünkü erteleme kararı etkili bir yasa yoluna tabi değildir. Kişinin temel haklar kapsamındaki etkili yasa yolu hakkı elinden alınmaktadır. Daha sonra etkili bir yasa yolunun söz konusu olabilmesi, faili meçhul kalmayacak ikinci bir suçun varlığına bağlıdır ki, bu yolun işlemesi de bilinmezliklerle doludur. Bu şekilde adil yargılama ve kararın etkili denetim hakkına dokunulduğu için, düzenleme Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırıdır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 15/2 nci maddesine de aykırıdır. Takdire bağlı olmadan erteleme hali yaratılıp, kişilerin temel haklarına dokunularak etkili olmayan bir yasa yolu ortaya çıkarıldığından, kişinin bu şekilde etkili bir yasa yolunu söz konusu edebilmesi için verilecek ilk kararla tabi tutulacağı deneme süresi içinde, bir başka suç veya Anayasa'nın 15/2 nci maddesinde belirtilen aynı yöntemleri kullanması halinde, verilecek yeni kararlar temyiz yolu ortaya çıkacak olup, bu şekilde kişinin aynı düşünce ve/kanaatlerini açıklamaktan dolayı suçlanması yoluna da gidilecektir. Etkili denetim yolunun ortaya çıkması, kişinin kendisini adeta aynı yöntemlerle suçlatıcı davranış sergilemesiyle olanaklı kılınmaktadır. Ayrıca kişi kendini ihbar etmek durumunda bırakılmakta, faili meçhul kalmayacak biçimde tüm eylemlerini adeta bir olağanüstü hal baskısı içinde, devlete ihbar yükümlülüğü altına sokulmaktadır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 36 ncı maddesine aykırıdır. Madde ile her durumda mı, yoksa mahkûmiyet koşulları oluştuğunda mı erteleme yoluna gidileceği açıkça ortaya konulmadan belirsizlik yaratılmıştır. Kaldı ki diğer durumlar bir tarafa, mahkûmiyet koşulları oluşan hallerde mutlaka erteleme yoluna gidileceğinden, esas hakkında bir karar verilmemekte, erteleme süresi içinde bu yasal düzenleme yoluyla, adil yargılama hakkı ihlal edilmekte, yargılama uzatılmakta, bu erteleme kararı etkili bir yargısal denetime tabi tutulmamakta, etkili bir yargısal denetim ancak, öngörülen denetim süresinin sonunda verilecek kararlar ortaya çıkabilmektedir ki, denetim süresi içinde işlendiği söylenen suçun faili meçhul kalıp kalmayacağı halinin bilinemezliği ve seçenekte gözetildiğinde, kişinin bir suç işleyip işlemediği kesin olarak ortaya konulamayacağından, yasa yoluyla etkili biçimde hak aranmayacak, bu şekilde adil yargılama hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle belirtilen her iki fıkra açıkça Anayasaya aykırı olduğundan iptali gerekmektedir. Bu fıkraların iptali durumunda maddenin uygulama yeteneği kalmayacağı içinde, maddenin bütünüyle iptal edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ :

1- Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere davada uygulanacak kural niteliğinde bulunan;

a- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son maddelerine aykırılığı,

b- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son maddelerine aykırılığı,

c- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 4 ncü fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son, 138 nci maddelerine aykırılığı,

d- 02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrasının ve bu maddenin 2 nci fıkrasının, yine anılan hükümler iptal edilince uygulanma yeteneği kalmayan bu maddenin tamamının Anayasa'nın 2, 5, 12, 15, 36 ncı maddelerine aykırılığı karşısında,

iptal edilmeleri istemiyle Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2- Anayasa'nın 152/1. maddesi koşulları çerçevesinde Anayasa Mahkemesine başvurulacak konularda Anayasa Mahkemesi kararının beklenilmesine,

3- Yargılama ekonomisi gözetilerek, sanığın atılı suçlama konusunda görevsizlik kararı tebliği ile savunmanın alınmasına, Anayasa'ya aykırılık iddiası ve incelemesi gözetilerek özgürlüğünün kısıtlanmaması için Türkiye'de bulunmayan sanık hakkında yakalama kararı çıkartılmamasına,

4- İddianame ve görevsizlik kararına konu edilen olaylar hakkında Eyüp Kaya, Yasir Asan, İbrahim Hakseven ve Mehmet Aydemir'in tanık sıfatıyla dinlenmelerine, bu nedenle bulundukları yerlerdeki asliye ceza mahkemelerine yazı yazılmasına,

5- Bu nedenle duruşmanın 17.9.2013 saat 11.00'a bırakılmasına karar verildi.""