

“ ...

#### *IV. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ*

*1-) 21.2.2014 günlü, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 10. maddesinde iptalini istediğimiz;*

*a-) İlk paragrafında geçen:*

*“... ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış...”*

*Sözcük grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Bu düzenleme ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin mevcut ikinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Anılan madde ile yürürlükten kaldırılan (10) numaralı alt bend 5271 sayılı CMK'nun “Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma” başlığını taşıyan 128. maddesinde yer alıyordu ve şu hükmü içeriyordu:*

*“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),”*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme, yâni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin mevcut ikinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, örgütlü suçlarla mücadele neredeyse olanaksız hâle getirilmekte ve böylece, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun fâili ya da fâilleri, 5271 sayılı CMK'nun 128. maddesi kapsamındaki 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 buldukları şirketlerdeki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma işlemine ilişkin yargılama tedbirinden bağışık tutulmaktadır. Dahası, 5271 sayılı Kanunun 128. maddesinin birinci fıkrasındaki önceki düzenlemeye göre, bu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin zilyetliğinde bulunması halinde dahî, elkoyma işlemi yapılabilecekti; 6526 sayılı Kanunun öngördüğü bu değişiklik ile, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu ile yargılanan şüpheli ya da sanıklar bakımından artık bu tedbire başvurulamayacaktır. Başka bir deyişle, suç işlemek amacıyla örgüt kuran fâil ya da fâiller, “taşınmazlara, haklara, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma işlemi” tedbirinden muaf tutulmakta, âdeta, bir nev'î ödüllendirilmektedir. Artık, 6526 sayılı Kanunun anılan düzenlemesiyle, yâni 5271 sayılı CMK'nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma / yönetme suçu bakımından taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma şeklindeki koruma tedbirine başvurulamayacaktır.*

*Şüphesiz, bu düzenleme karşısında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220. maddesinde tanımlanan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu ile etkin mücadele imkânı kalmamakta ve daha hafif bir suç işleyen şüpheli veya sanıklar bakımından taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma tedbirine başvurabilme imkânı tanınmışken (örneğin, hırsızlık suçu), daha ağır bir suç olan ve Kanunda daha ağır cezâî müeyyideye tâbi tutulan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunda şüpheli veya sanıklar bakımından anılan elkoyma tedbirine*

*başvurma yolunun kapatılması, öncelikle Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan “eşitlik” ilkesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır.*

*Zirâ, Anayasamızın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, “Herkes, ... kanun önünde eşit...” olduğuna göre, maddede sözü geçen “herkes” mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Başka bir deyişle, “Kanun önünde eşitlik” ilkesi, ceza yargılamasının süjesi olan (ya da olma ihtimâli bulunan) herkes için geçerlidir. 5271 sayılı CMK’nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının (a) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Türk Ceza Kanununda tanımlanan Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, Hırsızlık, Yağma, Güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, Hileli iflas, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, ihaleye fesat karıştırma, Edimin ifasına fesat karıştırma, Zimmet, İrtikap, rüşvet, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk suçları, (b) bendinin mevcut düzenlemesinde, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, (c) bendinin mevcut düzenlemesinde, Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, (d) bendinin mevcut düzenlemesinde, Kaçakçılıkla mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ile (e) bendinin mevcut düzenlemesinde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçların fâilleri bakımından “taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma tedbirine karar verebilmek” mümkün iken, “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri bakımından bu tedbirin uygulanmasından 6526 sayılı Kanunun 10. maddesindeki düzenleme ile vazgeçilmesi ve dolayısı ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılması, bu suçun fâilleri lehine, maddede sayılan diğer suçların fâillerinin ise aleyhine bir eşitsizlik yaratmaktadır. İşte, bu eşitsizlik, kanaatimizce, Anayasa’nın 10. maddesinde hükme bağlanan “Kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırıdır.*

*Bu aykırılık, Anayasa’nın, sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bu düzenleme, aynı zamanda, aynı maddenin “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, örgütlü suç fâilleri, artık, “taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma” tedbirinden kurtulmakta; dolayısı ile, bu kişiler yararına 6526 sayılı Kanun yoluyla bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın bu hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınmaz.” dediğine göre, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâillerine böylece imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.*

*Diğer yandan, yine Anayasa’nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri lehine bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128.*

*maddesinin mevcut ikinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin mevcut ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

*b-) İkinci paragrafının tamamı olan:*

*“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.”*

*Söz grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma kararı alınabilmesi, 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 bağlanmıştır.*

*Her ne kadar, 6526 sayılı Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrası ile 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “elde edildiğine dair” ibâresinden sonra gelmek üzere “somut delillere dayanan” ve “Elkonulabilir.” ibâresinden sonra gelmek üzere “Somut olarak belirlenen” ibâresine (kavramına) yer verilmiş ise de, bir suçtan elde edildiği şüphesi bulunan malvarlıklarından hangisinin bu suçtan veya bu suçtan kaynaklanan malvarlığından elde edildiğinin soruşturmanın hemen başında tesbit edilmesinin mümkün olamayacağı aşikâr olduğundan, mezkûr düzenlemenin suçtan kaynaklanan malvarlıklarının soruşturma süresince kaçırılmasına sebebiyet verecektir.*

*Diğer taraftan, soruşturmanın başında Cumhuriyet savcısının nitelendirmesine bağlı olması gereken bir malvarlığının suçtan elde edildiğine ilişkin nitelendirmenin yargılama-dışı (haricî) bir takım kurumlara verilmesi, soruşturmanın selâmetine zarar verecektir. Burada, Cumhuriyet savcısının yetkilerinin sınırlandırılması söz konusudur. Özellikle, soruşturmanın gizliliğinin tehlikeye girme riski bulunmaktadır. Ayrıca, el koyma işlemi için aldırılacak raporun beklenmesi sürecinde, bu malvarlıklarının soruşturma veya kovuşturma makamlarından kaçırılma ihtimâlinin bulunduğu gerçeği de, yadsınamaz bir vâkiâdır. Cumhuriyet savcısı, bu tarz bir incelemeye ihtiyaç duyması halinde, elkonulan malvarlıkları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırarak pekâlâ bunu tesbit edebilir. Bu aşamada, esâsen, elkoyma işleminden sonra 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 alınmasının daha isâbetli bir düzenleme olacağı açıktır.*

*Mülkiyet hakkının korunması ve suçla bağlantılı olmayan malvarlığının kapsam dışında bırakılması açısından -bir an için- rapor aldırılması koşulu olumlu bir uygulama gibi görünse de, aldırılacak bu raporların -özerk olsalar bile- yürütme organı ile bağlantılı bulunan 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 istenmesinin zorunlu kılınması, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine yer veren 2. maddesi delaletiyle "Kuvvetler ayrılığı" prensibine vurgu yapan Başlangıç Bölümünün 4. paragrafına açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının, kovuşturma aşamasında ise mahkemelerin bağımsız ve tarafsız bilirkişiler marifetiyle yaptırabileceği bir araştırma ve inceleme keyfiyeti, 6526 sayılı Kanununun 10. maddesindeki bu düzenleme ile yürütme organının -deyim yerinde ise, âdetâ- yürütme organının bir birimine bırakılmaktadır. Dava konusu yaptığımız bu maddede sözü edilen 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 sağlıklı rapor alınamaması veya yürütmeye yakın kişiler adına ayırım ve kollama girişimlerinde bulunmaları her zaman ihtimâl dâhilindedir. Böyle bir ihtimâlin varlığı dahî, yargı makamlarının yapacağı soruşturma veya kovuşturmaya gölge düşürmeye yetecektir. Zirâ, adı geçen kurumların, -az yukarıda belirtildiği gibi- yürütme organı ile bağlantılı olmaları nedeniyle, yargı mercilerinin görevlendireceği bağımsız ve tarafsız bilirkişi ya da bilirkişi kurulları kadar objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları beklenemez. O halde, bu düzenleme, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 138. maddesi hükmüne de aykırıdır; çünkü, anılan maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." demektedir. Anılan maddede, "Hâkimlerin, görevlerinde bağımsız" oldukları vurgulandığına (veya öyle olması gerektiğine göre), bağımsız ve tarafsız olması beklenemeyen Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumları gibi, yürütme organına bağımlı olan Kurumlardan alınacak raporlar da objektif ve tarafsız olamayacak ve dolayısı ile Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası hükmü olan "hâkimlerin görevlerinde bağımsız olmaları" ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır. Bağımsız ve tarafsız olmaları kendilerinden beklenemeyen bir kurumdan alınan rapora dayanarak karar verecek olan bir mahkemenin bağımsızlığından söz edebilmek, kanaatimizce, mümkün olamayacaktır.*

*Diğer yandan, dava konusu yaptığımız 6526 sayılı Kanununun 10. maddesinin ikinci paragrafında, 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 raporun en geç üç ay içinde hazırlanacağı ve özel sebepler zorunlu kıldığında bu sürenin talep üzerine iki ay daha uzatılabileceği hükme bağlanmaktadır.*

*Hemen belirtmek gerekir ki, 6526 sayılı Kanununun 10. maddesinde adı geçen kurumların ülkenin dört bir tarafından gelecek rapor hazırlama taleplerini kısa süreler içerisinde karşılayabilmeleri mümkün olamayacağından, suçtan elde edilen mal ve gelirler kolaylıkla elden çıkarılacak, kaçırılacaktır. Dahası, 5271 sayılı CMK'nun 157. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, "soruşturma evresindeki usûl işlemleri gizlidir." Herhangi bir soruşturma evresinde, kurumlar arasında yazışma gerektiren bir ortamda "soruşturmanın gizliliği" ilkesi haleldâr olacak, usûlî işlemler olumsuz etkilenecek ve böylece, güvenli bir soruşturma ortamı kaybolacaktır.*

*Anılan düzenlemede, söz konusu kurumlardan suçtan elde edilen değere ilişkin raporun alınmasından beş ay sonra (üç ay + iki ay = beş ay) elkoyma kararı verilmesi durumunda, bu koruma tedbirinin hiçbir anlamı kalmayacak ve uygulamada hiçbir surette sonuç almaya yönelik olamayacaktır. Kaldı ki, böylesi olumsuz bir durum, Türkiye Cumhuriyeti'ni, Kara Parayı Aklama ile ilgili olarak Uluslararası Sözleşmelere attığı imzalar karşısında da zora sokabilecektir. Böyle bir vâkiâ ise, suç olgusu ile etkin biçimde mücadeleyi amaç edinmesi gereken bir hukuk devletinde kabul edilebilir bir durum değildir. Bu itibarla, 6526 sayılı Kanununun 10. maddesinin iptalini talep ettiğimiz ikinci paragrafında yer alan 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 kaldırılması sürelerine ilişkin düzenleme Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine vurgu yapan 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.*

*Bütün bu nedenlerle, 6526 sayılı Kanununun 10. maddesinin iptalini talep ettiğimiz ikinci paragrafının ilk cümlesi Anayasa'nın Kuvvetler ayrılığı" prensibine değinen Başlangıç Bölümünün 4. paragrafına, "Hukuk devleti" ilkesini öngören 2. maddesine ve "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini düzenleyen 138. maddesine; rapor sürelerine ilişkin ikinci ve üçüncü cümleleri de, Anayasa'nın "Hukuk devleti" ilkesine vurgu yapan 2. maddesi hükmüne aykırıdır; iptalleri gerekir.*

*c-) Üçüncü paragrafının tamamı olan:*

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

*Söz gruplarının Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir.*

*Diğer yandan, yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de Ağır Ceza Mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*5271 sayılı CMK'nun 128. maddesinin dokuzuncu fıkrasının önceki halinde ise düzenleme aynen şöyle idi:*

*"Bu madde hükmüne göre elkoymaya ancak hâkim karar verebilir."*

*Görüldüğü gibi, önceki mevcut düzenlemede, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, ancak hâkim kararıyla mümkün iken, şimdi, 6526 sayılı Kanununun 12. maddesinde öngörülen düzenleme ile soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca -az yukarıda belirtildiği gibi- alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar*

verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, tedbire karar verilebilmesi için de yine Ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.

Yine bu koruma tedbirine ağır ceza heyetinin oybirliğiyle karar vermesi, Ceza Muhakemesi Kurallarının alt-üst edilerek, tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “Ceza mahkemelerinin kuruluşu” başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır.” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Karar ve hükümlerde gerekli oy sayısı” başlıklı 224. maddesinin birinci fıkrasında da “Mahkemece karar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğuyla verilir.” denilmektedir. Bu hükümde geçen “oybirliği” ibâresi, ağır ceza mahkemesi gibi heyet halinde çalışan toplu mahkemelerde kararların ille de “oybirliği” ile alınacağı anlamına gelmemektedir; “oybirliği”nin sağlanamadığı ahvâlde kararlar, şüphesiz, “oyçokluğu” ile de alınabilecektir. Örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını heyet oy çokluğuyla, yâni bir başkan, bir üye (ya da başkan hariç iki üye) ile verebildiği halde, 6526 sayılı Kanunun 10. maddesi uyarınca 5271 sayılı CMK’nun 128. maddesinde yapılan yeni düzenleme ile şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma tedbirinde oybirliğinin aranması, yargılama ilkelerine tamamen aykırıdır. Tek bir hâkimin bir kişiye toplamda infaz edilecek 40 yıl hapis cezası verebildiği düşünüldüğünde (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.107/1-2) elkoyma niteliğindeki bir koruma tedbirinde oybirliği şartını aramak, isabetsizdir.

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibariyle, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) “Özgürlük Hâkimi”dir. Şimdi, bu kuraldan dönülmekte; görev ve yetki Ağır ceza mahkemesine verilmekte ve üstelik bu mahkemenin tedbir konusundaki kararının oybirliğine bağlanması öngörülmektedir. Anılan maddede öngörülen koruma tedbirine karar verme yetkisinin “hâkim” den alınarak “mahkeme”ye (ağır ceza mahkemesine) verilmesi, suçlarla etkin biçimde mücadele edilmesinde çok önemli bir handikaptır. Zirâ, suçla mücadele ile bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.

Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adlî kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire oyçokluğu ya da hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, bu tedbirler bakımından karar mercisinin Sulh Ceza Mahkemesi (ya da özgürlük hâkimi) dışında Ağır ceza mahkemesi olarak öngörülmesi ve kararların oybirliği şeklinde alınmasının zorunlu olarak görülmesi, Anayasamızın “Tabii (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” ile “Eşitlik İlkesi”ne ayrılık oluşturacaktır.

Bu cümleden olarak, “Tabii (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, “Tabii mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabii mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabii mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de “tabii hâkim” denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996,

sh.129). Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabiî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu “olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).

“Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi” yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).

Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kastedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir.” (KUNTER, a.g.e., sh.130).

Anayasamız, “Tabiî hâkim” ilkesini “Kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:

“Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”

Görüldüğü gibi, maddede “Tabiî hâkim” veya “tabiî mahkeme” ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa'nın 37. maddesinde “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin, aslında “tabiî hâkim ilkesi” olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).

“Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)” ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 10. maddesinin iptalini istediğimiz üçüncü paragrafında yer alan düzenlemenin (yâni, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmesine ve yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceğine; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına ilişkin düzenlemenin) Anayasa'nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Zirâ, görüldüğü gibi, Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, “kurulma”dan kastedilen şeyin, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi” olduğunu az yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, Ağır Ceza Mahkemeleri, bir başkan ve yeteri kadar üyeden müteşekkil toplu mahkemelerdir ve kâideten, kararlarını “oybirliği” ile alabileceği gibi, “oyçokluğu” ile de alabilir. Ağır Ceza Mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur.

*Oysa, Şimdi, 6526 sayılı Kanununun 10. maddesinin üçüncü paragrafı ile getirilen düzenlemede alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağının öngörülmesi, Ağır Ceza Mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.*

*Kaldı ki, mezkûr düzenleme ile bir yandan elkoyma tedbirine karar verilebilmesi ancak ağır ceza mahkemesi kararıyla mümkün olabilmesi ve yine bu fıkra uyarınca ancak oy birliğiyle karar verilebilmesi; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de yine ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı öngörülmüş iken, bir yandan da 6526 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen Geçici Madde 14 marifetiyle "6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmış" olması, tam bir çelişkidir. Diğer bir değişle, 6526 sayılı Kanun bir yandan, "elkoyma"ya ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabii hâkim ilkesinden vazgeçip, bu yetkiyi ağır ceza mahkemesine vermekle bir nevi özel yetkili mahkeme ihdâs etmekte, bir yandan da mevcut özel yetkili mahkemeleri kaldırmaktadır; bu itibarla, 6526 sayılı Kanun, ceza yargılaması konusunda getirdiği bu düzenlemeler ile, kanaatimizce, kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir.*

*Diğer yandan, mezkûr düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinde öngörülen "Kanun önünde eşitlik" ilkesini de açık bir biçimde ihlâl etmektedir. Şöyle ki;*

*Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, ... kanun önünde eşit..." olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Bu kimseler arasında Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanıp da, sözgelimi, haklarında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecek olanlar için anılan mahkemenin "oyçokluğu" ile karar alabilmesi mümkün iken, "taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma" ile ilgili tedbire "ağır ceza mahkemesi" tarafından ve üstelik de "oyçokluğu" yerine "oybirliği" ile karar alabilme zorunluluğunun getirilmesi, suç fâilleri, dolayısıyla kişiler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelmesine yol açacaktır. Suçu sâbit görülen bir sanığa, örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilirken "oyçokluğu"nun yeterli görülüp, "soruşturma ya da kovuşturma evresinde elkoyma" tedbirine karar verilirken "oybirliği"nin şartının dayatılması, "kanun önünde eşitlik" ilkesine tamamen aykırıdır.*

*Bu aykırılık, Anayasa'nın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa'nın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, haklarında "taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerine elkoyma" tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yahut da bu hakların zilyetleri yönünden karar verebilme merciini "hâkim"den alıp "ağır ceza mahkemesi"ne vermekle ve bu mahkemenin de karar verebilmesini "oybirliği" şartına bağlamakla, haklarında bu tedbire başvurulacak şüpheli ve sanıkların (ya da zilyetlerin) lehine, ama, haklarında, sözgelimi "ağırlaştırılmış hapis cezası" verilecek suç fâillerinin aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü*



*“Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınmaz.” dediğine göre, haklarında “elkoyma” tedbirine başvurulacak şüpheliler, sanıklar ve hatta zilyetler yönünden bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.*

*Diğer yandan, yine Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında “elkoyma” tedbirine başvurulacak kişiler yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinin dokuzuncu fıkrasının değiştirilmesine ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 10. maddesinin iptalini istediğimiz 5271 sayılı Kanunun 128. maddesinin dokuzuncu fıkrasını değiştiren düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümleri ile yine Anayasa'nın 37. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

2-) 21.2.2014 günlü 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 12. maddesinin iptalini istediğimiz,

a.) İlk paragrafında geçen:

*“... mevcut (8) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış...”*

Sözcük grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

*Bu düzenleme ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin mevcut altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Anılan madde ile yürürlükten kaldırılan (8) numaralı alt bend 5271 sayılı CMK'nun “İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” başlığını taşıyan 135. maddesinde yer alıyordu ve şu hükmü içeriyordu:*

*“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),”*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme, yâni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin mevcut altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, örgütlü suçlarla mücadele neredeyse olanaksız hâle getirilmekte, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun fâili ya da fâilleri, 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesi kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin yargılama tedbirinden bağışık tutulmaktadır. Başka bir deyişle, “suç işlemek amacıyla örgüt kuran fâil ya da fâiller, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbirinden muaf tutulmakta, âdeta, bir nev’î ödüllendirilmektedir. Artık, 6526 sayılı Kanunun anılan düzenlemesiyle, yâni 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma / yönetme suçu bakımından iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması koruma tedbirine başvurulamayacaktır.*

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun mevcut düzenlemesinde 135. maddesinde öngörülen (İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması), 139. maddesinde öngörülen (Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi) ve 140. maddesinde öngörülen (Teknik araçlarla izleme) maddelerine göre karar verilebilecek suçlar arasında “suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220)” suçu da bulunmaktadır. Artık, 6526 sayılı Kanun ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendi ile -az aşağıda (dilekçemizin (IV). bölümünün (4). maddesinde) açıklayacağımız üzere- 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma-yönetme suçu bakımından iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izleme koruma tedbirine başvurulamayacaktır.

*Burada iki önemli husus dikkati çekmektedir.*

Birincisi; suçlarla mücadele bakımından hemen hemen eşit değere sahip olan bu üç ayrı tedbirden neden sadece iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması ile teknik araçlarla izlenmesi yapılamamakta, ancak gizli soruşturmacı görevlendirilebilmektedir. Oysa, örgütlü suçlarla mücadele bakımından uygulamada esâsen beklenen, 5271 sayılı CMK'nun mevcut düzenlemesinde 135. maddesinde öngörülen (İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması), 139. maddesinde öngörülen (Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi) ve 140. maddesinde öngörülen (Teknik araçlarla izleme) maddelerine göre, yâni bu üç ayrı tedbire (İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması / Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi / Teknik araçlarla izleme) örgüt kurma / yönetme suçu yanında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 220/2-6-7. maddelerinde düzenlenen “örgüte üye olma, örgüt adına suç işleme ve örgüte yardım” suçları bakımından başvurulabilmesi yönünde bir düzenleme yapılması idi. Dolayısı ile, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin mevcut altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçlarıyla mücadele neredeyse imkânsız hâle getirilmiş olmaktadır.

İkinci önemli husus da şudur: 6526 sayılı Kanun ile “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” ile “teknik araçlarla izleme” koruma tedbirine başvurulabilecek suçlar arasında, 5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) alt bendinde sayılan suçlara ek olarak “nitelikli hırsızlık (TCK. 142. madde) ve yağma (TCK. 148, 149. maddeler)” suçları da eklenmiştir. Başka bir deyişle, suçla etkin mücadele bakımından bu tedbirle başvurulabilecek suçlara iki suç daha eklenmiştir. Bu uygulamadaki düşünce yerinde bir düşünce gibi gözükse de, CMK'nun 135. ve 140. maddelerine eklenen suçlar ile bu maddelerden çıkartılan suçlar birbiri ile tamamen çelişki (mübâyenet) içindedir. Zirâ, eklenen suçlar ile mevcut düzenlemede bulunan suçlardan çoğunun örgüt kapsamında işlendiği bilinmekte iken bu şekilde bir düzenleme yapılmasının nedeni anlaşılabilir değildir. Ancak net olarak anlaşılan husus şudur. Bu düzenleme ile suçla etkin mücadele imkânı kalmamış ve daha hafif bir suç işleyen şüpheli bakımından bu tedbirlere başvurabilme imkânı sağlanmışken, daha ağır suç işleyen şüpheli bakımından bu tedbirlere başvurabilme imkânı tanınmamıştır. Bu da Anayasamızın “eşitlik” ilkesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Zirâ, Anayasamızın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, “Herkes, ... kanun önünde eşit...” olduğuna göre, maddede sözü geçen “herkes” mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri

de girmektedir. Başka bir deyişle, “Kanun önünde eşitlik” ilkesi, ceza yargılamasının süjesi olan ya da olması muhtemel herkes için geçerlidir. 5271 sayılı CMK’nun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Türk Ceza Kanununda yer alan Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, fuhuş, ihaleye fesat karıştırma, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk suçları, (b) bendinin mevcut düzenlemesinde, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, (c) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, (d) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ile (e) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçların fâilleri bakımından “iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması” mümkün iken, “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri bakımından bu tedbirin uygulanmasından 6526 sayılı Kanunun 12. maddesindeki düzenleme ile vazgeçilmesi ve dolayısı ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılması, bu suçun fâilleri lehine, maddede sayılan diğer suçların fâillerinin ise aleyhine bir eşitsizlik yaratmaktadır. İşte, bu eşitsizlik, kanaatimizce, Anayasa’nın 10. maddesinde hükme bağlanan “Kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırıdır.

Bu aykırılık, Anayasa’nın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bu düzenleme, aynı zamanda, aynı maddenin “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, örgütlü suç fâilleri, artık, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” tedbirinden kurtulmakta; dolayısı ile, bu kişiler yararına 6526 sayılı Kanun yoluyla bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın bu hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınmaz.” dediğine göre, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâillerine böylece imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasa’nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri lehine bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme Anayasa’nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

b-) İkinci paragrafının tamamı olan:

*“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerinin 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.”*

*Söz grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphelerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, dinlenmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilmektedir.*

*Diğer yandan, yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*5271 sayılı CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrasının önceki halinde ise düzenleme aynen şöyle idi:*

*“MADDE 135. - (1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphelerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.”*

*Görüldüğü gibi, önceki düzenlemede, herhangi bir suç nedeniyle yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphelerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi ve kayda alınabilmesi hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün iken, şimdi, 6526 sayılı Kanunun 12. maddesinde öngörülen düzenleme ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, dinlenmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca -az yukarıda belirtildiği gibi- alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, tedbire karar verilebilmesi için de yine ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*Yâni, önceki düzenlemede anılan tedbire hükmedilebilmesi hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün iken, 6526 sayılı Kanunun*

12. maddesi ile getirilen yeni düzenlemede, “Hâkim’in yerini “Ağır Ceza Mahkemesi” almaktadır. Bununla da yetinilmemekte, bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince “oy birliğiyle” karar verileceği; İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de, yine ağır ceza mahkemesinin “oy birliğinin” aranacağı hükme bağlanmaktadır.

Yine bu koruma tedbirine ağır ceza heyetinin oybirliğiyle karar vermesi, Ceza Muhakemesi Kurallarının alt üst edilmesi demektir. Yukarıda, dilekçemizin (IV). Bölümünün (1). Maddesinde (c). bendinde yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “Ceza mahkemelerinin kuruluşu” başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır.” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Karar ve hükümlerde gerekli oy sayısı” başlıklı 224. maddesinin birinci fıkrasında da “Mahkemece karar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğuyla verilir.” denilmektedir. Bu hükümde geçen “oybirliği” ibâresi, ağır ceza mahkemesi gibi heyet halinde çalışan toplu mahkemelerde kararların ille de “oybirliği” ile alınacağı anlamına gelmemektedir; “oybirliği”nin sağlanamadığı ahvâlde kararlar, şüphesiz, “oyçokluğu” ile de alınabilecektir. Örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını heyet oy çokluğuyla, yani bir başkan, bir üye (ya da başkan hariç iki üye) ile verebildiği halde, 6526 sayılı Kanunun 12. maddesi uyarınca 5271 sayılı CMK’nun 135. maddesinde yapılan yeni düzenleme ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi tedbirlerinde oybirliği şartının aranması, yargılama ilkelerine tamamen aykırıdır. Tek bir hâkimin bir kişiye toplamda infaz edilecek 40 yıl hapis cezası verebildiği düşünüldüğünde (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.107/1-2) telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi niteliğindeki bir koruma tedbirinde oybirliği şartını aramak, doğru bir uygulama değildir.

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibariyle, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) “Özgürlük Hâkimi”dir. Şimdi, bu kuraldan dönülmekte; görev ve yetki ağır ceza mahkemesine verilmekte ve üstelik bu mahkemenin tedbir konusundaki kararının oybirliğine bağlanması öngörülmektedir. Anılan maddede öngörülen koruma tedbirine karar verme yetkisinin “Hâkim” den alınarak “Mahkeme”ye (Ağır Ceza Mahkemesine) verilmesi, suçlarla mücadele edilmesinde çok önemli bir handikaptır. Zirâ, suçla mücadele ile bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.

Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adli kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire oy çokluğu ya da hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, bu tedbirler bakımından karar mercii Sulh Ceza Mahkemesi (ya da özgürlük hâkimi) dışında Ağır Ceza Mahkemesi olarak öngörülmesi ve kararların oybirliği şeklinde alınmasının zorunlu olarak görülmesi, Anayasamızın “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” ile “Eşitlik İlkesi”ne aykırılık oluşturacaktır.

Bu cümleden olarak, “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, “Tabiî mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları,

*Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabiî mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabiî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de “tabiî hâkim” denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996, sh.129). Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabiî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu “olağanüstü (istisnâî) mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*“Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi” yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kasdedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir.” (KUNTER, a.g.e., sh.130).*

*Anayasamız, “Tabiî hâkim” ilkesini “kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:*

*“Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

*Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”*

*Görüldüğü gibi, maddede “Tabiî hâkim” veya “tabiî mahkeme” ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa'nın 37. maddesinde “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin aslında “tabiî hâkim ilkesi” olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).*

*“Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)” ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 12. maddesinin iptalini istediğimiz ikinci paragrafında yer alan düzenlemenin (yâni, 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, şüpheli veya sanığın Telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tesbiti, dinlenmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla mümkün olabilmesine ilişkin düzenleme ile yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceğine; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına ilişkin düzenlemenin),*

*Anayasa'nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.*

*Zirâ, görüldüğü gibi, Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, "kurulma"dan kasdedilen şeyin, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi" olduğunu az yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, Ağır Ceza Mahkemeleri, bir başkan ve iki üyeden müteşekkil toplu mahkemelerdir ve kaideten, bütün kararlarını "oybirliği" yanında "oyçokluğu" ile de alabilir. Ağır Ceza Mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur. Oysa, şimdi, 6526 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci paragrafı ile getirilen düzenlemede alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı öngörülmesi, ağır ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.*

*Kaldı ki, mezkûr düzenleme ile bir yandan şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tesbiti, dinlenmesi, kayda alınabilmesi ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, ancak ağır ceza mahkemesi (veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla) mümkün olabilmesi ve yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilebilmesi; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı öngörülmüş iken, bir yandan da 6526 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen Geçici Madde 14 marifetiyle "6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmış" olması, tam bir çelişkidir. Diğer bir deyişle, 6526 sayılı Kanun bir yandan, "iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması"na ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabii hâkim ilkesinden vazgeçip, bu yetkiyi ağır ceza mahkemesine vermekle, bir nevî "özel yetkili mahkeme" ihdâs etmekte, bir yandan da mevcut özel yetkili mahkemeleri kaldırmaktadır; bu itibarla, 6526 sayılı Kanun, ceza yargılaması konusunda getirdiği bu düzenlemeler ile, kanaatimizce, kendi içerisinde çelişmektedir.*

*Diğer yandan, mezkûr düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinde öngörülen "Kanun önünde eşitlik" ilkesini de açık bir biçimde ihlâl etmektedir. Şöyle ki;*

*Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, ... kanun önünde eşit..." olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Bu kimseler arasında Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanıp da, sözgelimi, haklarında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecek olanlar için anılan mahkemenin "oyçokluğu" ile karar alabilmesi mümkün iken, "iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması" ile ilgili tedbire "ağır ceza mahkemesi" tarafından ve de üstelik "oyçokluğu" yerine "oybirliği" ile karar alabilme zorunluluğunun getirilmesi, suç fâilleri, dolayısıyla kişiler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelmesine yol açacaktır. Suçu sâbit görülen bir sanığa, örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilirken "oyçokluğu" nun yeterli*

*görülüp, soruşturma ya da kovuşturma evresinde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine karar verilirken “oybirliği”nin dayatılması, “kanun önünde eşitlik” ilkesine tamamen aykırıdır.*

*Bu aykırılık, Anayasa’nın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa’nın “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, haklarında “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yönünden karar verebilme merciini “hâkim”den alıp ağır ceza mahkemesine vermekle ve bu mahkemenin de karar verebilmesini “oybirliği” şartına bağlamakla, haklarında bu tedbire başvurulacak şüpheli ve sanıkların lehine, ama, haklarında sözgelimi “ağırlaştırılmış hapis cezası” verilecek suç fâillerinin aleyhine 6526 sayılı Kanun yoluyla bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınamaz.” dediğine göre, haklarında “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yönünden böylece imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.*

*Diğer yandan, yine Anayasa’nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında “iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması” tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilmesine ilişkin olup iptalini talep ettiğimiz ikinci paragrafına ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 12. maddesinin iptalini istediğimiz 5271 sayılı Kanunun 135. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren ikinci paragrafının taamamına ilişkin düzenleme, Anayasa’nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümleri ile yine Anayasa’nın 37. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

*3-) 21.2.2014 günlü 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 13. maddesinin İkinci paragrafının İkinci ve Üçüncü cümlelerinde geçen:*

*“Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.”*

*Söz grubunun Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile, 5271 sayılı Kanunun 139. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir.*



*Diğer yandan, yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de, yine, ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinin birinci fıkrasının önceki halinde ise düzenleme aynen şöyle idi:*

*“Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı kararı ile kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir.”*

*Görüldüğü gibi, önceki mevcut düzenlemede, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilmeleri mümkün iken, şimdi, 6526 sayılı Kanunun 13. maddesinde öngörülen düzenleme ile soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca -az yukarıda belirtildiği gibi- alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; itiraz edilmesi hâlinde ise, tedbire karar verilebilmesi için, yine, ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*Yine (yukarıda 6526 sayılı Kanunun 10. ve 12. maddelerinin iptalini talep ettiğimiz benzer düzenlemelerinde dile getirdiğimiz ve dilekçemizin (IV). bölümünün (1). maddesinin (c) bendi ile (2). maddesinin (b). bendinde de açıkladığımız üzere), bu koruma tedbirine ağır ceza heyetinin oybirliğiyle karar vermesi, Ceza Muhakemesi Kurallarının alt-üst edilerek, tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun “Ceza mahkemelerinin kuruluşu” başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır.” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Karar ve hükümlerde gerekli oy sayısı” başlıklı 224. maddesinin birinci fıkrasında da “Mahkemece karar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğuyla verilir.” denilmektedir. Bu hükümde geçen “oybirliği” ibâresi, ağır ceza mahkemesi gibi heyet halinde çalışan toplu mahkemelerde kararların ille de “oybirliği” ile alınacağı anlamına gelmemektedir; “oybirliği”nin sağlanamadığı ahvâlde kararlar, şüphesiz, “oyçokluğu” ile de alınabilecektir. Örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını heyet oy çokluğuyla, yani bir başkan, bir üye (ya da başkan hariç, iki üye) ile verebildiği halde, 6526 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca 5271 sayılı CMK'nun 139. maddesinde yapılan yeni düzenleme ile kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesinde “oybirliği” şartının aranması, yargılama ilkelerine ve tekniğine tamamen aykırıdır. Tek bir hâkimin bir kişiye toplamda infaz edilecek 40 yıl hapis cezası verebildiği düşünüldüğünde (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.107/1-2) kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi niteliğindeki bir koruma tedbirinde oybirliğini aramak, isâbetli bir tercih değildir.*

*Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibarıyla, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) “Özgürlük Hâkimi”dir. Şimdi, bu kuraldan dönülmekte;*

*görev ve yetki Ağır Ceza Mahkemesine verilmekte ve üstelik bu mahkemenin tedbir konusundaki kararının oybirliğine bağlanması öngörülmektedir. Anılan maddede öngörülen koruma tedbirine karar verme yetkisinin “Hâkim” den alınarak “Mahkeme”ye (Ağır Ceza Mahkemesine) verilmesi, suçlarla mücadele edilmesinde çok önemli bir handikaptır. Zirâ, suçla mücadele ile bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.*

*Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adlî kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire oy çokluğu ya da hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi tedbiri bakımından karar merciinin Sulh Ceza Mahkemesi (ya da özgürlük hâkimi) dışında Ağır Ceza Mahkemesi olarak öngörülmesi ve kararların “oybirliği” şeklinde alınması mecburiyetinin getirilmesi, Anayasamızın “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” ile “Eşitlik İlkesi”ne ayrılık oluşturmaktadır.*

*Yukarıda, dava dilekçemizin (IV). Bölümünün (1). ve (2). maddelerinde de açıklamaya çalıştığımız gibi, bu bahiste de, “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, “tabiî mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyumsuzluğu yargılayacak olan mahkemenin o uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabiî mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabiî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de “tabiî hâkim” denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996, sh.129). Buna göre, bir uyumsuzluk, ancak uyumsuzluğun doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabiî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu, “olağanüstü (istisnâî) mahkemeler”in kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*“Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi” yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).*

*Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kastedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir.” (KUNTER, a.g.e., sh.130).*

*Anayasamız, “Tabiî hâkim” ilkesini “kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:*

*“Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

*Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”*

*Görüldüğü gibi, maddede “Tabiî hâkim” veya “tabiî mahkeme” ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa’nın 37. maddesinde “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin, aslında “tabiî hâkim ilkesi” olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).*

*“Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)” ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6526 sayılı Kanununun 13. maddesinin iptalini istediğimiz ikinci paragrafında yer alan düzenlemenin (yâni, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi tedbirinin ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmesine ve yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceğine; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına ilişkin düzenlemenin) Anayasa’nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.*

*Zirâ, görüldüğü gibi, Anayasa’nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, “kurulma”dan kasdedilen şeyin, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi” olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, ağır ceza mahkemeleri, bir başkan ve yeteri kadar üyeden müteşekkil toplu mahkemelerdir ve kâideten, kararlarını “oybirliği” ile alabileceği gibi, “oyçokluğu” ile de alabilir. Ağır ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur. Oysa, şimdi, 6526 sayılı Kanununun 13. maddesinin ikinci paragrafı ile getirilen düzenlemede alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına öngörülmesi, ağır ceza mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa’nın “Kanunî hâkim güvencesi” başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.*

*Kaldı ki, mezkûr düzenleme ile bir yandan kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi tedbirine karar verilebilmesi, ağır ceza mahkemesi kararıyla ve ancak oy birliğiyle karar verilebileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de yine ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı öngörülmüş iken, bir yandan da 6526 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen Geçici Madde 14 marifetiyle “6352 sayılı Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmış” olması, tam bir çelişkidir. Diğer bir deyişle, 6526 sayılı Kanun, bir yandan, “kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesine” ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabiî hâkim ilkesinden vazgeçip, bu yetkiyi ağır ceza mahkemesine vermekle bir nevi “özel yetkili mahkeme” ihdâs etmekte, bir yandan da mevcut özel yetkili mahkemeleri kaldırmaktadır. Bu itibarla, 6526 sayılı Kanun, ceza yargılaması konusunda getirdiği bu düzenlemeler ile kanaatimizce, kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir.*

*Diğer yandan, mezkûr düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinde öngörülen “Kanun önünde eşitlik” ilkesini de açık bir biçimde ihlâl etmektedir. Şöyle ki;*

Anayasamızın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, “Herkes, ... kanun önünde eşit...” olduğuna göre, maddede sözü geçen “herkes” mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Bu kimseler arasında Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanıp da, sözgelimi, haklarında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecek olanlar için anılan mahkemenin “oyçokluğu” ile karar alabilmesi mümkün iken, “kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi” ile ilgili tedbire “ağır ceza mahkemesi” tarafından ve üstelik de “oyçokluğu” yerine “oybirliği” ile karar alma zorunluluğunun getirilmesi, suç fâilleri, dolayısıyla kişiler arasında “kanun önünde eşitsizlik” husûle gelmesine yol açacaktır. Suçu sâbit görülen bir sanığa, örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilirken “oyçokluğu”nun yeterli görülüp, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilmesi tedbirine karar verilirken “oybirliği”nin şartının dayatılması, “kanun önünde eşitlik” ilkesine tamamen aykırıdır.

Bu aykırılık, Anayasa’nın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa’nın “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, haklarında “soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilme” tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yönünden karar verebilme merciini “hâkim”den alıp ağır ceza mahkemesine vermekle ve üstelik, bu mahkemenin de karar verebilmesini “oybirliği” şartına bağlamakla, haklarında bu tedbire başvurulacak şüpheli ve sanıklar lehine, ama, haklarında sözgelimi “ağırlaştırılmış hapis cezası” verilecek suç fâillerinin aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınamaz.” dediğine göre, haklarında “soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilme” tedbirine başvurulacak şüpheliler, sanıklar ve hatta zilyetler yönünden bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasa’nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında “kamu görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilme” tedbirine başvurulacak kişiler yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 139. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilmesine ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 13. maddesinin iptalini istediğimiz 5271 sayılı Kanunun 139. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren düzenleme de, Anayasa’nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümleri ile yine Anayasa’nın 37. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

4-) 21.2.2014 günlü 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 14. maddesinin iptalini istediğimiz ilk paragrafında geçen:

a-) “... mevcut (5) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış, ...”

Sözcük grubunun Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Anılan madde ile yürürlükten kaldırılan (5) numaralı alt bend, 5271 sayılı CMK’nun “Teknik araçlarla izleme” başlığını taşıyan 140. maddesinde yer alıyordu ve şu hükmü içeriyordu:

“Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220).”

Görüldüğü gibi, bu düzenleme, yâni 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, örgütlü suçlarla mücadele neredeyse olanaksız hâle getirilmekte, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun fâili ya da fâilleri, 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesinde öngörülen “teknik araçlarla izleme” kapsamında “şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesine, ses veya görüntü kaydının alınabilmesine” ilişkin yargılama tedbirinden bağımsız tutulmaktadır. Başka bir deyişle, “suç işlemek amacıyla örgüt şüpheli ya da sanıklar, kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydının alınabilmesi” tedbirinden muaf tutulmakta, âdeta, bir nev’î ödüllendirilmektedir. Artık, 6526 sayılı Kanunun anılan düzenlemesiyle, yâni 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurma / yönetme suçu bakımından “kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydının alınabilmesi” yolundaki koruma tedbirine, artık başvurulamayacaktır.

Şüphesiz, bu düzenleme ile suçla etkin mücadele imkânı kalmamakta ve daha hafif bir suç işleyen şüpheli veya sanıklar bakımından “kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydının alınabilmesi” tedbirine başvurabilme imkânı tanınmışken (örneğin, parada sahtecilik suçu), daha ağır bir suç işleyen (suç işlemek amacıyla örgüt kuran) şüpheli veya sanıklar bakımından anılan “kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydının alınabilmesi” tedbirine başvurma yolunun kapatılması, öncelikle Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan “eşitlik” ilkesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Zirâ, Anayasamızın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, “Herkes, ... kanun önünde eşit...” olduğuna göre, maddede sözü geçen “herkes” mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Başka bir deyişle, “Kanun önünde eşitlik” ilkesi, ceza yargılamasının süjesi olan (ya da olma ihtimâli bulunan) herkes için geçerlidir. 5271 sayılı CMK’nun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) alt bendinin mevcut düzenlemesinde, Türk Ceza Kanununda yer alan Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti, Kasten öldürme, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, parada sahtecilik, Fuhuş, ihaleye fesat karıştırma, Rüşvet, Suçtan kaynaklanan

*malvarlığı değerlerini aklama, Silahlı örgüt veya bu örgütlere silah sağlama, Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk, (b) bendinin mevcut düzenlemesinde, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları, (c) bendinin mevcut düzenlemesinde, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar, (d) bendinin mevcut düzenlemesinde, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçların fâilleri bakımından “Teknik araçlarla izleme” mümkün iken, “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri bakımından bu tedbirin uygulanmasından 6526 sayılı Kanunun 14. maddesindeki düzenleme ile vazgeçilmesi ve dolayısı ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılması, bu suçun fâilleri lehine, maddede sayılan diğer suçların fâillerinin ise aleyhine bir eşitsizlik yaratmaktadır. İşte, bu eşitsizlik, kanaatimizce, Anayasa'nın 10. maddesinde hükme bağlanan “Kanun önünde eşitlik” ilkesine aykırıdır.*

*Bu aykırılık, Anayasa'nın, sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 6526 sayılı Kanunun 14. maddesi ile öngörülen bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa'nın “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, örgütlü suç fâilleri, artık, “kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerlerinin teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydının alınabilmesi” tedbirinden kurtulmakta; dolayısı ile, bu kişiler yararına 6526 sayılı Kanun yoluyla bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın bu hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınmaz.” dediğine göre, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâillerine böylece imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.*

*Diğer yandan, yine Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile “suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri lehine bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin mevcut birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (10) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümlerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

*b-) İkinci paragrafının tamamı olan:*

*“(2) Teknik araçlarla izlemeye ağır ceza mahkemesi tarafından oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.”*

*Söz grubunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

*Bu düzenleme ile, 5271 sayılı Kanununun 140. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle, anılan maddede sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydı alınabilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir. Diğer yandan, yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de, yine, ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*5271 sayılı CMK'nun 140. maddesinin ikinci fıkrasının önceki halinde ise düzenleme aynen şöyle idi:*

*“Teknik araçlarla izlemeye hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulur.”*

*Görüldüğü gibi, önceki mevcut düzenlemede, 5271 sayılı CMK'nun 140. maddesinde sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmesine, ses veya görüntü kaydı alınabilmesine, aynı maddenin ikinci fıkrası hükmüne göre hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir iken, şimdi, 6526 sayılı Kanununun 14. maddesinde öngörülen düzenleme ile bu tedbire karar verilebilmesi, ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca -az yukarıda belirtildiği gibi- alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; itiraz edilmesi hâlinde ise, tedbire karar verilebilmesi için, yine, ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı hükme bağlanmaktadır.*

*Yine (yukarıda 6526 sayılı Kanununun 10., 12. ve 13. maddelerinin iptalini talep ettiğimiz benzer düzenlemelerinde dile getirdiğimiz ve dilekçemizin (IV). Bölümünün (1)., (2). ve (3). maddelerinde de açıkladığımız üzere), bu koruma tedbirine ağır ceza heyetinin oybirliğiyle karar vermesi, Ceza Muhakemesi Kurallarının tersine çevrilmesi anlamına gelmektedir. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun “Ceza mahkemelerinin kuruluşu” başlıklı 9. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Ağır ceza mahkemesinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Bu mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır.” 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Karar ve hükümlerde gerekli oy sayısı” başlıklı 224. maddesinin birinci fıkrasında da “Mahkemece karar ve hükümler oybirliği veya oyçokluğuyla verilir.” denilmektedir. Bu hükümde geçen “oybirliği” ibâresi, ağır ceza mahkemesi gibi heyet halinde çalışan toplu mahkemelerde kararların ille de “oybirliği” ile alınacağı anlamına gelmemektedir; “oybirliği”nin sağlanamadığı ahvâlde kararlar, şüphesiz, “oyçokluğu” ile de alınabilecektir. Örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını heyet oy çokluğuyla, yani bir başkan, bir üye (ya da iki üye) ile verebildiği halde, 6526 sayılı Kanununun 14. maddesi uyarınca 5271 sayılı CMK'nun 140. maddesinde yapılan yeni düzenleme ile anılan maddede sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmesine, ses veya görüntü kaydı alınabilmesine, yâni, “Teknik araçlarla izlenmesine” karar verilmesinde “oybirliği” şartının aranması, yargılama ilkelerine ve tekniğine tamamen aykırıdır. Tek bir hâkimin bir kişiye toplamda infaz edilecek 40 yıl hapis cezası verebildiği düşünüldüğünde (5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.107/1-2) 5271 sayılı CMK'nun 140. maddesinde sayılan suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık*

yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilmesi, ses veya görüntü kaydı alınabilmesi niteliğindeki bir koruma tedbirinde oybirliğini aramak, doğru bir düzenleme değildir.

Ceza muhakemesinde soruşturma evresinde tedbir kararlarıyla görevli ve yetkili mercii, esas itibarıyla, Sulh Ceza Hâkimi ya da (5 Temmuz 2012’de yürürlüğe giren 3. Yargı Paketi ile Türk hukukuna dâhil olan) “Özgürlük Hâkimi”dir. Şimdi, bu kuraldan dönülerek görev ve yetki Ağır Ceza Mahkemesine verilmekte ve üstelik bu mahkemenin tedbir konusundaki kararının oybirliğine bağlanması öngörülmektedir. Anılan maddede öngörülen koruma tedbirine karar verme yetkisinin “Hâkim” den alınarak “Mahkeme”ye (Ağır Ceza Mahkemesine) verilmesi, suçlarla mücadele edilmesinde çok önemli bir handikaptır. Zirâ, suçla mücadele ile bireyin hak ve özgürlüğü arasında dengeyi bozacak bir düzenleme, üstelik bu düzenlemenin alt yapısı dahî oluşturulmadan gerçekleştirilmesi halinde, yargı organının (erkinin) etkinliği azalacaktır.

Kaldı ki, sanık-şüpheli hakkında mahkûmiyete, beraate, tutuklamaya, adlî kontrole ve daha birçok karara / hükme / tedbire oy çokluğu ya da hâkim kararıyla (tek başına) karar verilebilirken, “teknik araçlarla izleme” tedbiri bakımından karar merciinin Sulh Ceza Mahkemesi (ya da özgürlük hâkimi) dışında Ağır Ceza Mahkemesi olarak öngörülmesi ve kararların “oybirliği” şeklinde alınması mecburiyetinin getirilmesi, Anayasamızın “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” ile “Eşitlik İlkesi”ne ayırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda 6526 sayılı Kanununun 10., 12. ve 13. maddelerinin iptalini talep ettiğimiz benzer düzenlemelerinde dile getirdiğimiz ve dilekçemizin (IV). Bölümünün (1)., (2). ve (3). maddelerinde de açıkladığımız üzere, bu bahiste de (Yüksek Mahkemenin hoşgörüsüne sığınarak), “Tabiî (Kanunî, Olağan) Hâkim İlkesi” üzerinde kısaca durmak istiyoruz: Yüksek mâlûmları olduğu üzere, “tabiî mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyumsuzluğu yargılayacak olan mahkemenin o uyumsuzluğun doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir (Ergun ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Beşinci Baskı, Ankara, 1998, sh.95). Yâni, tabiî mahkeme (yahut olağan mahkeme), yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir (Kemal GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, sh.844). Kısacası, tabiî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hâkimine de “tabiî hâkim” denir (Nurullah KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, Kazancı Yayınları, Sekizinci Baskı, 1996, sh.129). Buna göre, bir uyumsuzluk, ancak uyumsuzluğun doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece, tabiî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yâni kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır. “Tabiî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu, “olağanüstü (istisnai) mahkemeler”in kurulmasının yasaklanmasıdır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).

“Tabiî hâkim (olağan hâkim) ilkesi” yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zirâ, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, evvelâ yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise, mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü, o kişileri yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hâkimler sırf onlar için atanmamıştır (GÖZLER, a.g.e., sh.845).



*Burada önemle belirtmek gerekir ki, tabiî hâkim ilkesi ve kezâ Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkeme kurulmasını yasaklamaktadır. "Kurulma"dan kastedilen şey, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir." (KUNTER, a.g.e., sh.130).*

*Anayasamız, "Tabiî hâkim" ilkesini, "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:*

*"Hiç kimse kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

*Bir kimseyi kanunen tabî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."*

*Görüldüğü gibi, maddede "Tabiî hâkim" veya "tabiî mahkeme" ifadesi geçmemektedir. Ancak, Anayasa'nın 37. maddesinde "kanunî hâkim güvencesi" adı altında düzenlenen şeyin aslında "tabiî hâkim ilkesi" olduğu söylenebilir (GÖZLER, a.g.e., sh.846).*

*"Tabiî hâkim (doğal yargıç, kanunî, olağan hâkim)" ilkesi hakkında buraya kadar yapılan açıklamalardan sonra somut olayımıza baktığımızda, 6526 sayılı Kanununun 14. maddesinin iptalini istediğimiz ikinci paragrafında yer alan düzenlemenin (yâni, "teknik araçlarla izleme" tedbirinin ancak, ağır ceza mahkemesinin kararıyla mümkün olabilmesine ve yine bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceğine; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına ilişkin düzenlemenin) Anayasa'nın yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız 37. maddesi hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.*

*Zirâ, görüldüğü gibi, Anayasa'nın 37. maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. Burada, "kurulma"dan kastedilen şeyin, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi yanında, çalışmalarının düzenlenmesi" olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bilindiği üzere, Ağır Ceza Mahkemeleri, bir başkan ve yeteri kadar üyeden müteşekkil toplu mahkemelerdir ve kâideten, kararlarını "oybirliği" ile alabileceği gibi, "oyçokluğu" ile de alabilir. Ağır Ceza Mahkemelerinin çalışma ve karar verme esâsı budur. Oysa, şimdi, 6526 sayılı Kanununun 14. maddesinin ikinci paragrafı ile getirilen düzenlemede alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verileceği; İtiraz edilmesi hâlinde bu tedbire karar verilebilmesi için de ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağına öngörülmesi, Ağır Ceza Mahkemelerinin çalışma ve karar verme yöntemine açık bir müdahale niteliği taşımaktadır. Öyle ise, mezkûr düzenleme Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığını taşıyan 37. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükmüne açıkça aykırı bir düzenleme olup, kanaatimizce, iptali gerekmektedir.*

*Kaldı ki, mezkûr düzenleme ile bir yandan "teknik araçlarla izleme" tedbirine ağır ceza mahkemesi kararıyla ve ancak oy birliğiyle karar verilebileceği; İtiraz edilmesi hâlinde, bu tedbire karar verilebilmesi için de yine ağır ceza mahkemesinin oy birliğinin aranacağı öngörülmüş iken, bir yandan da 6526 sayılı Kanununun 1. maddesiyle 12.4.1991 gün ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa eklenen Geçici Madde 14 marifetiyle "6352 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca görevlerine devam eden ağır ceza mahkemeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen ağır ceza mahkemeleri kaldırılmış" olması tam bir çelişkidir. Diğer bir deyişle, 6526 sayılı Kanun, bir yandan, "teknik araçlarla izleme" ilişkin tedbir konusunda karar vermeye yetkili mercii olan tabiî hâkim ilkesinden vazgeçip, bu yetkiyi ağır ceza mahkemesine*

vermekle, bir anlamda “özel yetkili mahkeme” ihdâs etmekte, bir yandan da mevcut özel yetkili mahkemeleri kaldırmaktadır. Bu itibarla, 6526 sayılı Kanun, ceza yargılaması konusunda getirdiği bu düzenlemeler ile, kanaatimizce, kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir.

Diğer yandan, mezkûr düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinde öngörülen “Kanun önünde eşitlik” ilkesini de açık bir biçimde ihlâl etmektedir. Şöyle ki;

Anayasamızın “Kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, “Herkes, ... kanun önünde eşit...” olduğuna göre, maddede sözü geçen “herkes” mefhumunun içine ceza yargılamasının süjesi olan şüpheliler / sanıklar / suç fâilleri de girmektedir. Bu kişiler arasında Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanıp da, sözgelimi, haklarında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilecek olanlar için anılan mahkemenin “oyçokluğu” ile karar alabilmesi mümkün iken, “teknik araçlarla izleme” ile ilgili tedbire “ağır ceza mahkemesi” tarafından ve üstelik de “oybirliği” ile karar alma zorunluluğunun getirilmesi, suç fâilleri arasında “kanun önünde eşitsizlik” husûle gelmesine yol açacaktır. Suçu sâbit görülen bir sanığa, örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmedilirken “oyçokluğu”nun yeterli görülüp, “teknik araçlarla izleme” tedbirine karar verilirken “oybirliği”nin şartının dayatılması, “kanun önünde eşitlik” ilkesine tamamen aykırıdır.

Bu aykırılık, Anayasa’nın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; bu düzenleme aynı zamanda, Anayasa’nın “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, anılan düzenleme ile, haklarında “teknik araçlarla izleme” tedbirine başvurulacak şüpheli ya da sanıklar yönünden karar verebilme merciini “hâkim”den alıp ağır ceza mahkemesine vermekle ve üstelik, bu mahkemenin de karar verebilmesini “oybirliği” şartına bağlamakla, haklarında bu tedbire başvurulacak şüpheli ve sanıklar lehine, ama, haklarında sözgelimi “ağırlaştırılmış hapis cezası” verilecek suç fâillerinin aleyhine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınmaktadır. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü “Hiçbir kişiye ... imtiyaz tanınmaz.” dediğine göre, haklarında “teknik araçlarla izleme” tedbirine başvurulacak şüpheliler ve sanıklar yönünden bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasa’nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, “Devlet organları” kavramı içerisine “Yasama organı” da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz bu hükmü ile haklarında “teknik araçlarla izleme” tedbirine başvurulacak kişiler yönünden lehe bir düzenleme getirdiğinden, “Kanun önünde eşitlik” ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 139. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilmesine ilişkin düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de açıkça aykırıdır.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 14. maddesinin iptalini istediğimiz 5271 sayılı Kanunun 140. maddesinin ikinci fıkrasını değiştiren düzenleme, Anayasa’nın 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci (son) fıkraları hükümleri ile yine Anayasa’nın 37. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

5-) 21.2.2014 günlü 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 17. maddesinin tamamı olan:

“MADDE 17- 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“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.”

Hükmünün Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Anayasa’nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 27. maddesinde geçici bir hukukî koruma tedbiri olan “yürütmenin durdurulması” kararı verilebilmesi için “idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması” ve “uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara neden olacak nitelikte bulunması” şartlarının “birlikte” gerçekleşmesi gerekmektedir.

Zirâ, 2577 sayılı Kanunun 2.7.2012 gün ve 6352 sayılı Kanunla değişik 27.maddesinin ikinci fıkrasında aynen şu hüküm yer almaktadır: “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. 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.”

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “Yargı Yolu” başlığını taşıyan 125. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında ise;

“İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız 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 sınırlandırabilir.”

hükümlerine yer verilmiştir.

Söz konusu Anayasa hükmünde, “hangi şartlarda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği ve hangi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceği” açıkça ortaya konulmuştur. Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, daha önce de kanun koyucu tarafından bazı uyuşmazlıklar hakkında yasaklanmış ya da kısıtlanmıştır.

*Bu noktada, yapılan başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında yaptığı değerlendirmeler ve verdiği kararlar önem taşımaktadır.*

*Bu kararlardan birisi, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanununun 13. maddesi ile yapılan düzenlemedir. Bu maddeye göre, anılan Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi yasaklanmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde, amacın kamu düzenini sağlamak olduğu belirtildiğinden, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinde kısıtlama sebepleri arasında gösterilen kamu düzeninin bozulması / sağlanması kriteri açısından da değerlendirme yapmıştır.*

*Anayasa Mahkemesi, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "Bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idarî makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idarî yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2010 tarih ve Esas:2008/77, Karar:2010/77 sayılı Kararı).*

*Anayasa Mahkemesi'ne göre, iptal davasının koşullarını belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallar içinde kalmak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir. İptal davası ya da yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesinin zamanına ve şartlarına ilişkin düzenlemeler, idarî yargılama usûlü ile ilgili kurallardandır.*

*Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir. Mahkemelerin nihaî karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler, yargılama usûlüne ilişkin kurallardır.*

*"Yürütmeyi durdurma" ile ilgili kurallar, Anayasa'nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa'nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, diğer yargılama usûlü kuralları gibi kanun koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilirler (Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve Esas:1990/20, Karar:1991/17 sayılı Kararı).*

*Ancak, Devletin, hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması, hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 2. maddesi gereğidir. Anayasa Mahkemesine göre 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.*

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sözleşmeye taraf olan devletlerin, genel olarak yargılama usûlüne ilişkin kuralları belirlemede takdir yetkilerinin bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında, hak ihlâli iddiasında bulunan kişiye etkili bir hukukî başvuru yolunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için yargılama sürecinde mahkemeye tanınmış olan yetkiler ve başvurana tanınan usûlî haklar konusunda belli kriterler aramaktadır. Bu kriterlerden birisi, Jabari-Türkiye kararınının 48. paragrafında belirtilen, hak ihlâli iddiasının esâsını karara bağlama hususunda yetkili olan mahkemenin, yargılamanın her aşamasında ihlâlin önlenmesi için gerekli önlemleri almaya da yetkili olması*

gerektiğidir. Bahsedilen davada, İran vatandaşı olan davacının, sınır-dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç-hukuktaki düzenlemede (açıkça hukuka aykırılık ve telâfisi güç zararın birlikte gerçekleşmesi) aranan şartları taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. AİHM, iç-hukukta “yürütmenin durdurulması” benzeri geçici tedbirler için aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesine uygun olması gerektiğini, bu kapsamda uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi bulunan ulusal otoritenin, geçici tedbiri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini belirtmektedir (Jabari-Turkey, 11 Temmuz 2000, paragraf:48, <http://hudoc.echr.coe.int>).

Aynı görüş, anılan Mahkemece, M.M.S. –Belçika –Yunanistan dosyasında da dile getirilmiş ve geçici nitelikteki tedbirler için iç hukukta aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesinde belirtilen, uyuşmazlık hakkında karar verecek etkili başvuru mercii bulunması ilkesine aykırı olmaması gerektiği ifade edilmiştir (21 Ocak 2011 tarihli, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece Kararı, paragraf 387, 388, <http://hudoc.echr.coe.int>).

Yine başka bir kararda ise, hak ihlâline sebep olduğu iddia edilen işlemin, ne zaman ortadan kaldırıldığı ya da etkisiz hâle getirildiğinin önemine ve mahkemenin ya da idarî otoritenin bu konudaki hızının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır (6 Haziran 2013 tarihli CASE OF MOHAMMED v. AUSTRIA Kararı).

Bu kararlar dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin kanun koyucunun hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlamasının, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüşü ile AİHM’nin ihlâlê neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvuru yapılan iç hukuktaki mercii, uyuşmazlığın her aşamasında ihlâlî önleyecek karar verebilme yetkisinin olması gerektiğine ilişkin tespiti, nihai amaç açısından örtüşmektedir.

Bu itibarla, idarî yargı mercilerince, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran bu Kanun hükmü (6526 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz 17. maddesi), öncelikle Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen “hukuk devleti” ilkesi; 13. maddesinde belirtilen “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması”na ilişkin hükümler; 36. maddesinde düzenlenen “Hak arama hürriyeti” ve 125. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı” hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Buna göre, 6526 sayılı Kanununun iptalini talep ettiğimiz 17. maddesindeki Anayasa’ya aykırılıkları üç ana-başlık altında toplamak mümkündür.

**1. Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan “Hukuk Devleti” İlkesine Aykırılık:**

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin aynı zamanda bir “Hukuk Devleti” olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbi olduğu devlettir. Nitekim, Anayasa’nın 125. maddesinde de “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmüne yer verilerek, kişilerin idarî yargıya başvuru hakları anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Şüphesiz, idarî yargının en önemli araçlarından biri, iptal davasıdır. İdarî yargı alanında iptal davaları ile birlikte en etkili kurum olan “yürütmenin durdurulması” müessesesine Anayasa’nın 125. maddesinde yer verilmiş olup; idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı

*olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hükme bağlanarak, hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Mahkemenin yargılama yaparken, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği bir işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verememesi durumu, açıkça hukuka aykırı olan işlemin hukuk âleminde varlığını bir süre daha devam ettirmesine yol açacaktır. Bu durumun “hukukun üstünlüğü” ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün değildir.*

*2. Anayasa'nın 36. maddesinde ifadesini bulan “Hak arama Özgürlüğü”ne Aykırılık:*

*Öte yandan, 6526 sayılı Kanununun 17. maddesinde öngörülen hüküm, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü”nü sınırlayan bir hüküm içerdiği gibi, naklen atama, görevlendirme gibi idarî kararlar açıkça hukuka aykırı olsa ve telâfisi güç veya imkânsız zararların meydana geleceği anlaşılabilirse bile, yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilemesi durumunda, idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan kararların, hukuk âleminde bir süre daha varlığını sürdürmesine yol açacaktır. Böyle bir durumun, başka bir deyişle, hukuka aykırı kararların hukuk âleminde yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin, kamu düzenine ve kamu yararına da aykırı olacağı kuşkusuzdur.*

*Atama ve görevlendirme işlemlerinin, diğer kanunlara göre tesis edilen idarî işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zirâ, genellikle her idarî işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idarî işlemler aleyhine idarî yargı mercilerinde açılacak iptal davalarında, Anayasa'da ve 2577 sayılı Kanunda sayılan şartların varlığının mahkemece tespit edilmesi halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir.*

*Âdil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” denilmektedir.*

*Anılan madde ile güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, 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 mâruz kaldığı haksız bir işlem veya uygulamaya 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, âdil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.*

*Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin “olmazsa olmaz” koşuludur. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü*

*hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile millî güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.*

*Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması, iptal davasıdır. İptal davasında, idarî işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütülmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işlem ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idarî işlemin iptal kararına kadar mevcûdiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu itibarla, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idarî işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak, hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla “yürütmenin durdurulması” kurumu öngörülmüştür.*

*Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini arttırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yetkinin mahkeme açısından sınırlandırılması, davanın kesin karar verilinceye kadar yapısının tümlüğüne, yargılamanın her evresini kapsayan işlem ve kararlar üzerinde mahkemenin tek belirleyici olması ilkesine de aykırıdır.*

*Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler, dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.*

*İdarî yargıda açılan davalarda yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin, kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Yürütmenin durdurulmasının sınırlanması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdiri içerisinde ise de, bu yetki sınırsız değildir. Kanun koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılabilmesi için önemli, genel kabul görmüş, somut nedenlerin varlığı gerekir.*

*6526 sayılı Kanununun 17. maddesi uyarınca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra getirilen düzenleme ile bazı davalar için idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilememesi, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idarî yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.*

*Devletin her türlü işleminde hukuka bağlılık esasına dayanan ve bunu yargı denetimi yolu ile gerçekleştiren “Hukuk devleti” ilkesi, bugün ulaştığı noktada, kişiye tanıdığı, sınırları genişletilmiş özgürlüklerle onun haklarını öne çıkararak, devleti ise bu hakları korumakla yükümlü tutan bir nitelik kazanmıştır. Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “hak arama özgürlüğü” ile 138. ve 139. maddelerinde düzenlenen “Mahkemelerin bağımsızlığı” ve “Hâkimlik ve savcılık teminatı”, “Hukuk devleti” ilkesinin doğal bir sonucu olduğu kadar, onu gerçekleştirmenin de aracıdır.*

*İdarî yargı yerlerince yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu yetkinin, uyumsuzluğun herhangi bir aşamasında kullanılmasını engelleyen bir kanun hükmü, aynı zamanda yargı yetkisinin kullanılmasını da kısıtlar ve*

*hâkimin vicdanî kanaatine göre karar verme olanağını ortadan kaldırır. Bu nedenle de böyle bir kanun hükmü, “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa’ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.” şeklinde ifadesini bulan Anayasa’nın 138. maddesine aykırı düşer.*

*Anayasa’nın 125. maddesinin gerekçesinde, yönetimde hukuka uygunluğu sağlamanın en etkin yolunun yargısal denetim olduğu belirtilmiştir. Devletin tüm işlemlerinde hukuka uygunluğunun sağlanması, eksiksiz bir yargı denetimine bağlı tutulmasını gerekli kılar. Yargı yetkisinin etkinliği, “karar verme” aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, “yürütmeyi durdurma” önlemi bu “eksiksiz kullanma” kapsamında yer alır.*

*“Dava” kavramı içinde “yürütmenin durdurulması kavramı” da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı, ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü ve “yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması”yla bağdaşamaz (Anayasa Mahkemesi’nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı Kararı).*

*Diğer yandan, dava kurumu içinde, yürütmenin durdurulması müessesesi vardır. İkisini birbirinden ayırmak davayı parçalamak, dava olmaktan çıkarmaktır. İdarî yargının yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır; yargı, gerekli görürse bu yetkisini kullanır. Hukukta yürütmenin durdurulması kurumu bulunduğça, bunu kimi uyuşmazlıklar için var sayıp geçerli görmek, kimi konular için yok sayıp geçersiz görmek, yasal bir çelişkidir. Yine, son (nihâî) kararı vermeye yetkili olan organdan, ilk kararı aynı dava için geri almak, hukuk içinde yeri güç bulunur bir tutumdur (Anayasa Mahkemesi’nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı Kararı).*

### **3. Anayasa’nın “Yargı yolu” başlığını taşıyan 125. maddesine aykırılık:**

*Anayasa’nın 125. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında, hangi koşullarda yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ve hangi durumlarda kanunla sınırlandırılabilirliği açıkça belirtilmiştir. Anılan maddenin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.*

*Anayasa’nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin gerekçede de “... idarî işlemler için verilecek yürütmenin durdurulması kararlarına istisnâî olarak sınır getirilebileceği de maddede düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde veya milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile idarî işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kanunda öngörülebilecektir.” denilmektedir.*

*Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında “açık” olduğu belirtilen yargı yolu, getirilen istisnalarla daraltılmaktadır. Anayasa’nın 125. maddesinde kamu düzeni ölçütü gerekçesiyle öngörülen sınırlamanın, önerilen maddeye “olur” verdiği sanısı “sınırlama-hukuk” ilişkisinin yaşama geçirilmesindeki özenle bağdaşmamaktadır. Sözcüklere sıkı sıkıya*



*bağlılık, hukukun özünü yadsımaktır. Anayasa'nın sınırlamadan söz etmesi, kimi sınırlama nedenlerini sayması karşısında, bu nedenlerin varlığının ayrıntılı ve somut biçimde gösterilmesi gerekir. Nedenlerin somutlaştırılmaması halinde, kamu düzeni bahâne edilerek başka sınırlamalar getirilmesine de yol açabilir. Kaldı ki, kamu düzeni idarenin bir kararıyla da bozulabilir. Kamu düzeni hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozular. Kamu düzeninin kesin karara değin askıda kalmasından ya da tartışılmasından daha iyisi, bir yargı kararıyla durumun belirlenmesidir. Sonucu belirleyecek mahkemenin, hukukî bir önlem olan yürütmenin durdurulmasından yasaklanması, ilgili konuda o mahkemenin, mahkeme olmaktan çıkarılması anlamına gelmektedir.*

*6526 sayılı Kanununun 17. maddesi ile getirilen düzenlemede, hangi gerekçelerle atama, görevlendirme gibi işlemlerde savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörüldüğü, bunun hak arama hürriyetine etkisi belirtilmemektedir. Bununla birlikte, "uygulamakla etkisi tükenecek işlemler" diye ifade edilen dava türlerinin hiç birisi kanun metninde sayılmayıp, tamamen mahkemenin takdir ve değerlendirmesine bırakılmış iken, sadece atama/görevlendirme işlemleri için bu tanımın Kanunda yapılması da uygun değildir. Bu nedenle, yargı yeri, gereken incelemeyi yaparak, şartları varsa, yürütmenin durdurulması kararını, uyuşmazlığın her aşamasında verebilmelidir. Bu husus aynı zamanda, yargı bağımsızlığı ve etkili hukuksal koruma ilkelerinin de bir gereğidir. Hâkimin "karar verme" yetkisinin varlığından tam olarak söz edilebilmesi için, görülmekte olan davada yürütmenin durdurulması kararı da dâhil olmak üzere, lüzümlü olan tüm kararların verilebilmesi gerekir. Yürütmenin durdurulması için gereken koşulların varlığını takdir edebilecek durumda olan da, kuşkusuz, hâkimdir. Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." kuralı da, yargı yetkisinin etkinliğini ve bu yetkinin serbest ve noksansız olarak kullanılacağını göstermektedir.*

*Yüksek malûmları olduğu üzere, idare, her türlü eylem ve işlemlerini re'sen yerine getirebilme ve bunu sağlamak için gerektiğinde kamu gücünü kullanabilme ayrıcalığına sahiptir. İdarî işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhlerine dava açılması idarî işlemlerin yürütmesini durdurmaz. İdarenin, hukuka aykırı işlemlerinin, dava konusu edilmiş olsalar dahî yürürlüğünü sürdürmeleri ve açılan davaların çok uzaması sonucu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kolayca tehlikeye girebileceği endişesi nedeniyle idare hukukuna özgü bir yargı işlemi olan "yürütmenin durdurulması" müessesesi kabul edilmiştir.*

*Bir davanın görülmesi sırasında yürütmenin durdurulması koşullarının bulunup bulunmadığını takdir etme konusu tamamen hukukî bir konudur. Yargı yerinin "ne olursa olsun yürütmeyi durdurma kararı vereceğini", böylece "idarenin güç duruma düşeceğini" sanmak yanlıştır. Kaldı ki, dava açılınca iptal ya da red kararıyla en geniş yetkiyi kullanacak mahkemenin, dar yetki olan yürütmeyi durdurma kararı veremeyeceğini benimsemek, yetkileri sınırlayıp bölmekten öte, güvensizlik anlamında bir değerlendirmedir.*

*Dava, her evresinde, izlenen her yöntem ve kullanılacak her yolla bir bütündür. Yürütmenin durdurulmasını sınırlama, hak arama özgürlüğünün daraltılmasının ötesinde, yarım bir hak olarak, özgürlük olmaktan çıkarılmaktadır. İstem haklı olması durumunda karşı tarafın savunması alınuncaya kadar haktan yoksun bırakılması, kanun yoluyla haksızlık yapılması anlamına gelmektedir. Haksız, hukuksuz işlem yapan idareye verilen yetki yerine, yargının yetkisinin sınırlandırılması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmaz.*

*Yürütmenin durdurulmasını ilk aşamada yasaklayan bir yargısal denetim, biçimsel olarak vardır. Yokluk halindeki idarî işlemler bile, yürütmenin durdurulması aşamasına kadar,*

*hukuksal sonuçlar doğurmaya devam edecektir. Örneğin, sınıfının dışında, başka bir ülkede, derecesinin çok altında bir göreve atanma / görevlendirme halinde dahî, kişi, mahkemece hukuka aykırılığı saptanıp yürütmesi durdurulamayan işlemin sonucu olarak gidip görevine başlayacaktır. Mevcut halde, -söz gelimi- talebi olmayan memuru yurtdışı bir görevde ya da memuru işçinin yapacağı işte görevlendirme, zabıt kâtibini gece bekçisi yapma gibi, gelecek uygulamalara karşı dahî koruyabilecek bir hukuk normu olmayacaktır. Mahkemece savunma alınıp karar verilene kadar geçecek 45 ilâ 60 günlük sürede, açıkça hukuka aykırılık hâli devam edecektir. Bu süre geçtikten sonra verilecek bir kararın, yeni atananlar bakımından da başka sorunlara yol açacağı aşîkârdır. Bu nedenle, evrensel, demokratik ölçütlere aykırı bu yöndeki düzenlemeler, hakkın özüne dokunduklarından hukuka aykırıdır.*

*Bu bakımdan, kimi idarî işlemlerin özelliğinden söz ederek, bu işlemlerde hâkimin yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılması / kaldırılması, yürütmenin durdurulması kararının yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası ve yargısal denetimin vazgeçilmez bir aracı olması nedenleriyle, Anayasa'nın 125. maddesi hükmüne aykırı düşer.*

*Mahkemenin yürütmeyi durdurma kararı verebilme yetkisi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası olduğundan, bu yetkinin kullanılmasını önleyen bir kanun, belirli bir olay için dahî olsa, "yargı yetkisinin kullanılmasını sınırlayıcı" bir kanundur ve hâkimin vicdanî kanısına göre karar verme olanağını kısıtlar. Hak arama özgürlüğünü, yasal yargı yolunu bazı kararların zamanında alınamaması şeklinde daraltmak, mahkemelere güvensizlik duyuracak doğrultuda yetki kısıntısına gitmek, Anayasamızın aynı kuralına aykırı düşmektedir.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, söz konusu düzenleme Anayasal dayanaktan yoksundur ve açıklamaya çalıştığımız sebeplerle Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine açıkça aykırıdır.*

6-) 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesinin tamamı olan:

*"MADDE 18- 2577 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına aşağıdaki cümleler eklenmiş ve (4) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

*"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."*

*"4. Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir."*

*Hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:*

a-) 6526 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasa'ya aykırılığı:

2577 sayılı Kanunda yapılan değişikliğin gerekçesi, verilen bir önergede; kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak idarî yargı merciielerince verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının yerine getirilme usûlü ile bu kapsamdakilerin mâlî haklarının korunmasına ilişkin olduğu belirtilmiştir.

Günümüz modern hukuk devletinde, kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan idarenin, hukuk kurallarıyla bağlı kalmasının sağlanmasında; bağımsız yargı organlarınca denetimi büyük öneme sahiptir. Yargı denetimi, yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, yönetenlerin ise hukuka uygun davranması için zorunlu kabul edilmektedir. Bu nedenle, hukuk devletinde yargı denetiminden vazgeçilemez.

Ancak, hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarınca denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idarî yargı organlarınca verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür.

Modern bir hukuk devletinde en üst sözleşme niteliğindeki Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Anayasa kurallarının gereği olarak, mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin ve aynen yerine getirilmesi; doğru, haklı gibi niteliklere sahip olması koşulu aranmaksızın, yalnızca yargı kararı oldukları için zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen bir yargı kararının yerine getirilmemesi, söz konusu hukukî düzenlemeleri kâğıt üzerinde bırakacak ve değersiz kılacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 11. maddesinde; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile âdil yargılanma hakkına sahip olduğu, 125. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, beşinci ve altıncı fıkralarında; idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç ve imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile kanunla yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceği, 138. maddesinin son fıkrasında ise; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan, iç hukukumuzda da bağlayıcılığı kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. maddesinde; herkesin medenî hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanmasını bir yargı yerinden isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Başta, Anayasa ve AİHS olmak üzere kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin

*işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması vazgeçilmez bir öneme sahiptir.*

*Kuşkusuz, yargı kararlarının uygulanması, etkin bir yargısal korumanın, hukuk devletinin ve hukukî güvenlik ilkesinin de temel göstergelerindedir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 36. maddesi ile AİHS'nin 6. maddesinde güvence altına alınan âdil yargılanma hakkına, yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlama yükümlülüğünün de dâhil olduğunda kuşku bulunmamaktadır.*

*Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 gün ve E.2012/22, K.2012/133 sayılı Kararında da vurgulandığı gibi; 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.*

*Yüksek Mahkeme anılan kararında; Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasındaki, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirmesini geciktiremez." hükmü uyarınca, kamu görevlilerinin de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olup, bu konuda seçim haklarının bulunmadığı; kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemlerinin suç oluşturduğu; bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mahkeme kararlarını uygulayıp uygulamama konusunda seçim hakkı bulunmayan kamu görevlilerinin, yargı kararlarını kasten yerine getirmeme eylemlerinin, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.*

*Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde ye alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri; 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu vurgulanmıştır.*

*Türk hukuk doktrininde, hukuk devleti tanımlarının ortak noktasını, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesi oluşturmaktadır. Ayrıca, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkili araçlarından birisi, idarenin işlemlerine karşı açılan iptal davaları olduğu kabul edilmekte olup; gerçek bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.*

*Ülkemizde yargı kararlarının, özellikle idarî yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmasında, yükümlülüğün davada haksız çıkan davalı konumunda olan idareye ait olması, öte yandan iptal hükmü verilen tasarrufun idare içinde yer alan ve hiyerarşik olarak en üstte bulunan ve bir kısmı siyasî nitelikli kamu görevlilerinin bizzat ya da direktifleri ile*

*gerçekleştirilmesi nedenleriyle sorunlar yaşandığı da açıktır. Ayrıca, tesis edilen işlem ile iptal kararının verildiği zaman aralığı da, hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlemin hukuk âleminde hiç varlık kazanmamış gibi önceki durumun sağlanmasını güçleştiren önemli bir faktör olabilmektedir. Ancak, yargı kararlarının çok açık imkânsızlık halleri dışında uygulanmaması, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan Kararında da vurgulandığı gibi, Anayasal bir emrin ihlâli olarak -tartışmasız- suçtur. Cezaî anlamda olduğu gibi, disiplin ve mâlî yönlerden de sorumluluk gerektirmektedir.*

*Bu açıklamalar ışığında dava konusu olaya baktığımızda, 6256 sayılı Kanununun 18. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümlelerin yürürlüğe girmesiyle birlikte; kamu görevlileri hakkında tesis edilen 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 halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık ve derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği kurala bağlanmıştır.*

*Bu değişikliklerle; hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, İdare Mahkemesince verilen kararın uygulanma imkânı da kalmayacaktır. Uygulamada, idare tarafından genelde boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemeyle, yargı kararlarının uygulanması şekli düzeyde kalacaktır. Bu nedenle, getirilen düzenleme, yukarıda yer verilen Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin temel nitelikleri ile 138. maddesinde öngörülen "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*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. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.*

*6256 sayılı Kanununun 18. maddesi ile getirilen değişikliğe göre, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değişikliği, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasına aykırı bir şekilde bir kısım koşullara bağlanmıştır.*

*Buna göre, mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık ve derecesine uygun başka bir kadroya atanma suretiyle yerine getirileceği öngörülmüştür.*

*Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirmesini geciktiremez." hükmüne yer verilmiştir.*

*Oysa, 6256 sayılı Kanununun 18. maddesi ile yapılan değişiklikte bu kuraldan sapılmakta, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu yönündeki Anayasal düzenlemenin dışına çıkılmakta, yeni koşullar ileri sürülerek mahkeme kararlarının değiştirilmesinin veya uygulanmamasının önü açılmaktadır.*

*Yine, Anayasa'nın 125. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Örneğin, bir memurun atama işlemine karşı açtığı davada mahkemece verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulü veya iptal kararının doğal sonucu, ilgilinin önceki görevine dönmesidir. İlgilinin eski görevine dönme sonucunu doğurmayacak şekilde düzenleme yapılması, yargı kararının bertaraf edilmesi sonucunu doğurur ve bu durum, kamu görevlisinin açtığı davadan elde edeceği hukukî kazanımdan yararlanamaması anlamına gelir. 6526 sayılı Kanunun 18. maddesiyle yapılan kanun değişikliğiyle, dava açılmasının bir anlamı kalmayacak; dolayısıyla, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenleme de işlevsiz hâle gelecektir.*

*İlgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, işlemden önceki görevden alınmalarının hukuka aykırı olduğunu ispat etmek ve yargı kararı sonucunda söz konusu görevlerine dönebilmelerini sağlamaktır. Danıştay içtihatları ve idare hukuku ilkelerine göre, iptal davalarının doğurduğu hukukî sonuç da, iptal edilen işlemin hukuk âleminde doğmamış olması ve hiç tesis edilmemiş gibi kabul edilmesidir. İdarî işlemin mevcut olmadığını kabul ettiğimizde, idarece yapılacak işlem de, ilgilinin eski görevine aynen ve geciktirilmeksizin iade edilmesi olacaktır.*

*Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki hüküm de bunu emretmektedir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organının da, birtakım düzenlemelerle, mahkeme kararlarını değiştirecek mâhiyette ve yargı kararının uygulanmasının bertaraf edilmesini doğuracak şekilde yasal düzenleme yapması, Anayasa'nın 125. maddesi ile 138. maddesinin son fıkrasına açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

*6526 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen ikinci cümle olan "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." cümlesinin Anayasa'ya aykırılığına gelince:*

*Bu düzenleme ile, 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 olmaması hâlinde aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilen herhangi bir kamu görevlisinin, eski kadrosu ile yeni atandığı kadro arasında malî hakları bakımından arada bir fark bulunması durumunda, bu farkın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usûl ve esaslar çerçevesinde ödeneceği hükme bağlanmaktadır.*

*Şüphesiz, az yukarıda, dava dilekçemizin (6) numaralı madde başlığı altında, 6526 sayılı Kanunun 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen birinci cümlesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, iş bu ikinci cümle için de aynen geçerlidir. Zirâ, 6526 sayılı Kanunun 18. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen birinci cümle ile ikinci cümle arasında -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; ikinci cümle olmaksızın birinci cümle başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, birinci cümlelerin varlığı söz konusu olmaksızın, ikinci cümle başlıbaşına varlığını sürdüremez. Öyle ise, dava konusu yaptığımız 6526 sayılı Kanunun 18. maddesinin*

*ikinci paragrafında yer alan birinci cümle hakkında az yukarıda ileri sürdüğümüz Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, aynı paragrafın ikinci cümlesi için de aynen geçerli olacaktır.*

*Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:*

*"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."*

*Dava konusu yapılan 6526 sayılı Kanun hükümlerinden, dava dilekçemizin iş bu bölümünde Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri tasrih olunan 18. maddesinin ikinci paragrafının birinci cümlesi olan "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." hükmünün iptali, 6526 sayılı Kanunun 18. maddesinin ikinci paragrafının ikinci cümlesi olan "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." hükmünün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 6526 sayılı Kanunun 18. maddesinin birinci cümlesinin iptal başvurmuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kabiliyeti kalmayan ikinci cümlesinin de iptaline karar verilmesi gerekecektir.*

*Bütün bu nedenlerle, 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesinin ikinci paragrafı ile 2577 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen her iki cümlelerin öngördüğü düzenlemeler Anayasal dayanaktan yoksundur ve açıklamaya çalıştığımız sebeplerle Anayasa'nın 2., 125. maddeleri ile 138. maddesinin dördüncü (son) fıkrası hükümlerine açıkça aykırıdır.*

*b-) 6526 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesi ile değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı:*

*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 4. fıkrasında; "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." hükmüne yer verilmekte iken; 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin 4. fıkrası, "Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir." şeklinde değiştirilmektedir.*

*Kamu görevlilerinin tamamen hizmet dışındaki kusurlu tutum ve davranışları, onların kişisel kusuru sayılmakta ve idarenin sorumluluğuna yol açmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmî sıfatlarından kesin bir biçimde ayrılan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlarını oluşturmakta olup, bu durumda idarenin değil, fakat kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarına yol açmaktadır (Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s.374).*

*Bununla birlikte, kamu görevlilerinin hizmet içinde ve hatta hizmetle ilgili bazı kusurlu davranışları, gerek öğretilde, gerekse yargı içtihatlarında kişisel kusur olarak nitelendirilmektedir (GÜNDAY, a.g.e., sh.374).*

*Bu kusurlu davranışlardan biri de, yargı kararlarına uymamadır. Yargı kararlarına uymamanın ilgili kamu görevlisinin kişisel kusuru olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 24.9.1979 gün ve E:1978/7, K:1979/2 sayılı Kararında, Danıştay'ca verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının bu kararları uygulama durumunda bulunan bakan ya da öteki kamu görevlilerince uygulanmamasının kişisel kusuru oluşturacağı belirtilmiştir.*

*2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 4. fıkrasında da yukarıda belirtilen içtihat benimsenmiş ve bu nedenle yargı kararını kasten yerine getirmeyerek kişisel kusur işleyen kamu görevlisine karşı da tazminat davası açılması öngörülmüş iken, yargısal içtihatlarla tamamen aykırı biçimde, "Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi halinde de tazminat davası ancak idare aleyhine açılabilir." şekline dönüşmüştür.*

*Zirâ, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere; 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. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının gereğidir.*

*Esâsen, AIHM'in "Süzer" kararında, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin mal ve mülkiyetin korunmasıyla ilgili 1. protokolünün 1. maddesini ihlal ettiğine karar vererek, demokratik bir toplumda yargı kararlarının uygulanmamasının söz konusu olamayacağı, bunun tek istisnasının hukukî veya fiilî olanaksızlık olduğu belirtilmiştir ([http://www.suzer.com.tr/press/Turkiye\\_24102012.jpg](http://www.suzer.com.tr/press/Turkiye_24102012.jpg)).*

*Ayrıca, bu yönde yapılacak bir düzenleme, kamu görevlilerinin keyfi olarak mahkeme kararlarını yerine getirmemelerini önleyici, dolayısıyla hukuk devleti ilkesi için gerekliliği açık olan bir koruma mekanizmasının kaldırılması anlamına da gelmektedir. Dolayısı ile, 6526 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasını değiştiren düzenleme, mahkeme kararlarını süresi içerisinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine karşı dava açılabilmesini engellemek suretiyle, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk devleti" ilkesinin varlığı için gerekli olan ve kamu görevlileri tarafından mahkeme kararlarının keyfi olarak yerine getirmemelerinin önündeki koruma mekanizmasından da vazgeçilmesine yol açacaktır.*

*6526 sayılı Kanunun 18. maddesi ile yapılan değişikliğin hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğunun göstergesi, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, 2577 sayılı*



*Kanun'un 28. maddesinin 4. fıkrasında yer alan; "... kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir." ibâresinin, Anayasa'nın 129. maddesine aykırı olduğu savıyla iptali istemiyle yaptığı başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nce verilen ve aşağıda belirtilen Kararıdır.*

*Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin başvuru kararında; "Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanmalarından kaynaklanan zararlar nedeniyle kendilerine tazminat davası açılmayacağı belirtilmiştir, Anayasa'da bunun istisnasının da düzenlenmediği, ancak, itiraz konusu ibare ile Anayasa'nın bu hükmünün aksine kamu görevlisine karşı dava açma hakkının tanındığı, bu nedenle, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür."*

*Başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi ise; 27.9.2012 tarihli ve E:2012/22, K:2012/133 sayılı kararında (11.12.2013 tarihli ve 28494 sayılı Resmi Gazete), hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanmasının, hukuk devleti ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan hukuka bağlı idare anlayışının gereği olduğuna vurgu yaparak, kamu görevlilerinin de mahkeme kararlarını yerine getirmek zorunda olduğu ve bu konuda seçim hakları bulunmadığını; kaldı ki, mahkeme kararlarını kasten yerine getirmeyen memur ve diğer kamu görevlilerinin eylemlerinin suç oluşturduğunu belirtmiştir.*

*Mahkeme, "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." gerekçesine de yer vererek 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 4. fıkrasında yer alan; "...kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir." ibâresini Anayasaya aykırı bulmamıştır.*

*Sonuç olarak, 6526 sayılı Kanununun 18. maddesi ile 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik Anayasal dayanaktan mahrumdur ve Anayasa'nın 2. maddesindeki "hukuk devleti" ilkesi başta olmak üzere, yargısal içtihatlarla bütünüyle aykırı olup, kamu görevlileri tarafından mahkeme kararlarının keyfî olarak yerine getirmemelerinin önündeki koruyucu mekanizmayı da tamamen ortadan kaldırmaktadır.*

#### **V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ**

*Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 10., 12., 13., 14., 17. ve 18. maddelerinin iptallerini talep ettiğimiz hükümleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir.*

*Zirâ, 6526 sayılı Kanunun öngördüğü düzenlemeler ile Türk Ceza Kanununda tanımlanan "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" suçu bakımından artık, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 128. maddesinde düzenlenen "Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma" tedbirine; 135. maddesinde düzenlenen "Telekomünikasyon yoluyla iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması" tedbirine; 140. maddesinde düzenlenen "Teknik araçlarla izleme" tedbirine başvurulamayacaktır. 6526 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte 5271 sayılı CMK'nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendinin;*

135. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin mevcut (8) numaralı alt bendinin; 140. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin mevcut (5) numaralı alt bendinin yürürlükten kaldırılmasıyla, örgütlü suçlarla mücadele nerede ise imkânsız hâle gelmektedir. Başka bir deyişle, “suç işlemek amacıyla örgüt kuran” fâiller, 5271 sayılı CMK’nun 128., 135. ve 140. maddelerinde öngörülen koruma tedbirlerinden muaf tutulmakta ve -âdetâ- ödüllendirilmektedir.

Şüphesiz, ceza muhakemesi alanında getirilen bu düzenlemeler ile, Türk Ceza Kanununun 220. maddesinde tanımlanan “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçu ile etkin mücadele imkânı kalmamakta ve daha hafif bir suç işleyen şüpheli veya sanıklar için -örneğin, “Hırsızlık” suç- anılan koruma tedbirine başvurabilme imkânı devam etmekte iken, daha ağır bir suç olan ve TCK’nda daha ağır bir cezayı gerektiren “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” suçunun fâilleri için aynı koruma tedbirlerinin uygulanabilme imkânı ortadan kalkmaktadır.

Diğer yandan, 6526 sayılı Kanunla 5271 sayılı CMK.nun 128., 135., 139. ve 140. maddelerine getirilen yeni düzenlemelerle, anılan maddelerde öngörülen koruma tedbirlerine karar verebilme yetkisi “hâkimlerden ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısından” alınarak, “ağır ceza mahkemeleri”ne verilmekte; bununla da yetinilmeyerek, ceza muhakemesi hukukunun bütün ilke ve uygulamalarıyla tamamen tezat teşkil eder biçimde, ağır ceza mahkemelerinin bu tedbirlere karar verilebilmeleri “oybirliği” koşuluna bağlanmaktadır. Kezâ, itiraz üzerine bu tedbirlere karar verilebilmesi için de “oybirliği” şartının aranacağı hükme bağlanmaktadır.

Böylesi bir uygulama, muhakeme (yargılama) ilkelerine, tekniğine ve tatbikâtına tamamen aykırıdır. Bunun yanında, böyle bir düzenleme, suçlarla mücadele edilmesinde çok önemli bir handikap oluşturmakta olup, suçla mücadelede bireyin hak ve özgürlüğü arasındaki dengeyi bozucu nitelikte ve yargı organının gücünü ve etkinliğini azaltacak mâhiyettir. 6526 sayılı Kanunla, bir yandan özel yetkili mahkemeler kaldırılırken, bir yandan da koruma tedbirlerine karar verebilme yetkisi tabî hâkim ilkesinden uzaklaşarak hâkim ve Cumhuriyet savcılarının elinden alınıp ağır ceza mahkemelerine verilmekte; yâni, bu tedbirler açısından -bir anlamda- yeni “özel yetkili mahkemeler” kurulmaktadır. Böylesi bir düzenleme, 6526 sayılı Kanunun öngördüğü düzenlemeler bakımından kendi içerisinde çelişkiye düştüğünü göstermektedir.

Ayrıca, 6526 sayılı Kanunla 5271 sayılı CMK.nun 128. maddesinde yapılan bir değişiklikle, elkoyma kararı alınabilmesi, 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 bağlanmıştır. Böylesi bir düzenleme ile, soruşturmanın bir evresi (suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınmasına yönelik yargılama faaliyeti) yürütme organına yakın ve bu nedenle objektif, tarafsız ve bağımsız olmaları kendilerinden beklenilemeyen yargılama-dışı bir takım kurumlara bırakılması, soruşturmanın selâmetine zarar verici mâhiyettir. Burada, Cumhuriyet savcısının yetki alanı sınırlandırılmakta ve özellikle 5271 sayılı CMK.nun 157/1. maddesinde hükme bağlanan “Soruşturmanın gizliliği” prensibi haleldâr olmaktadır. Kaldı ki, elkoyma tedbiri için alınılacak raporun beklenmesi sürecinde, soruşturma konusu malvarlıklarının soruşturma / kovuşturma makamlarından kaçırılma ihtimâli her zaman için söz konusudur.

Bütün bunların yanında, 6526 sayılı Kanunla getirilen düzenlemede, ilgili kurumlardan rapor alınmasının en geç üç ay içinde hazırlanacağı, özel sebepler zorunlu kıldığında bu

sürenin iki ay daha uzatılabileceği yolunda süreler öngörülmesi, adı geçen kurumların Türkiye'nin her tarafından gelecek rapor taleplerini kısa sürelerde hazırlayamayacakları vâkiâsı nazara alındığında, suçtan elde edilen malvarlıklarının kolayca elden çıkartılması sonucunu doğurabilecektir. Dahası, soruşturma evresinde, kurumlar-arası yazışma gerektiren süreçte, "soruşturmanın gizliliği" ilkesi zedelenecek ve böylece güvenli ve sağlıklı bir ortam sağlanamayacaktır.

Diğer yandan, 6526 sayılı Kanununun 17. maddesi ile 2577 sayılı Kanununun 27. maddesine getirilen yeni düzenleme, yargılamanın herhangi bir aşamasında "yürütmenin durdurulması" kararı verilmesini ortadan kaldırmaktadır. Mahkemenin, yargılama sırasında açıkça hukuka aykırı olduğunu tesbit ettiği bir işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verememesi, hukuka aykırı olan işlemin hukuk âleminde varlığını bir süre daha sürdürmesine sebebiyet verecektir. Bu durum ise, "hukukun üstünlüğü" ilkesinin tamamen çiğnenmesi anlamına gelmektedir.

Öte yandan, 6526 sayılı Kanununun 17. maddesinde öngörülen hüküm, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü"nü sınırlayan bir hüküm içerdiği gibi, naklen atama, görevlendirme gibi idarî kararlar, açıkça hukuka aykırı olsa ve telâfisi güç veya imkânsız zararların meydana geleceği anlaşılrsa bile, yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilmesi durumunda, idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan kararların, hukuk âleminde bir süre daha varlığını sürdürmesine yol açacaktır. Böyle bir durumun, başka bir deyişle, hukuka aykırı kararların hukuk âleminde yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin, kamu düzenine ve kamu yararına da aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Atama ve görevlendirme işlemlerinin, diğer kanunlara göre tesis edilen idarî işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zirâ, genellikle her idarî işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idarî işlemler aleyhine idarî yargı mercilerinde açılacak iptal davalarında, Anayasa ve 2577 sayılı Kanunda sayılan şartların varlığının mahkemece tespit edilmesi halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir. 6526 sayılı Kanununun 17. maddesi uyarınca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra getirilen düzenleme ile bazı davalar için idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilememesi, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idarî yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.

6526 sayılı Kanununun 17. maddesi ile getirilen düzenlemede, hangi gerekçelerle atama, görevlendirme gibi işlemlerde savunma alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörüldüğü, bunun hak arama hürriyetine etkisi belirtilmemektedir. Bununla birlikte, 'uygulamakla etkisi tükenecek işlemler' diye ifade edilen dava türlerinin hiç birisi kanun metninde sayılmayıp, mahkemenin takdir ve değerlendirmesine bırakılmış iken, Kanunda sadece atama / görevlendirme işlemleri için bu tanımın yapılması da uygun değildir. Bu nedenle, yargı yeri, gereken incelemeyi yaparak, şartları varsa, yürütmenin durdurulması kararını, uyuşmazlığın her aşamasında verebilmelidir. Bu husus aynı zamanda, yargı bağımsızlığı ve etkili hukuksal koruma ilkelerinin de bir gereğidir. Yürütmenin durdurulmasını sınırlama, hak arama özgürlüğünün daraltılmasının ötesinde, yarım bir hak olarak, özgürlük olmaktan çıkarılmaktadır. İstem haklı olması durumunda savunma alınıncaya kadar haktan yoksun bırakılması, kanun yoluyla haksızlık yapılması anlamına gelmektedir.

*Nitekim, mahkemece savunma alınıp karar verilene kadar geçecek sürede, açıkça hukuka aykırılık hâli devam edecektir. Süre geçtikten sonra verilecek bir kararın, yeni atananlar bakımından da başka sorunlara yol açacağı aşikârdır. Bu nedenle, evrensel, demokratik ölçütlere aykırı bu yöndeki düzenlemeler, hakkın özüne dokunduklarından hukuka aykırıdır.*

*Öte yandan, 6256 sayılı Kanununun 18. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümlelerin yürürlüğe girmesiyle birlikte; kamu görevlileri hakkında tesis edilen 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 halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık ve derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.*

*Bu değişikliklerle; hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, İdare Mahkemesince verilen kararın uygulanma imkânı da kalmayacaktır. Uygulamada, idare tarafından genelde boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda bu düzenlemeyle, yargı kararlarının uygulanması şekli düzeyde kalacaktır.*

*Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında; "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirmesini geciktiremez." hükmüne yer verilmiştir. Yapılan değişikliklerle bu kuraldan sapılmakta, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu yönündeki Anayasal düzenlemenin dışına çıkılmakta, yeni koşullar ileri sürülerek mahkeme kararlarının değiştirilmesinin veya uygulanmamasının yolu açılmaktadır. Böylece, dava yoluna gidilmesinin bir anlamı kalmayacak; dolayısıyla, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenleme de işlevsiz hâle gelecektir.*

*Diğer yandan, 6526 sayılı Kanununun 18. maddesi uyarınca 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasını değiştiren düzenleme, mahkeme kararlarını süresi içerisinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine karşı dava açılabilmesini engellemek suretiyle, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk devleti" ilkesinin varlığı için gerekli olan ve kamu görevlileri tarafından mahkeme kararlarının keyfi olarak yerine getirmemelerinin önündeki koruma mekanizmasından da vazgeçilmesine yol açacaktır.*

*Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen hükümler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu hükümlerin uygulanması halinde, "kuvvetler ayrılığı" ilkesi, "Hukuk devleti" ilkesi, "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" prensibi, "Hak arama hürriyeti", "Kanunî hâkim güvencesi", "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "Hâkimlik ve savcılık teminatı" konularında Anayasa'nın öngördüğü bütün kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı çok açık ve kesindir.*

*Dava konusu hükümler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu hükümler yönünden "Yürürlüğü*

*Durdurma” Kararı verilmeyip, sadece iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.*

*Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa’ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken “hukukun üstünlüğü” ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden, telâfisi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.*

*Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, Anayasa’ya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen hükümlerin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.*

## **VI. SONUÇ VE İSTEM**

*21.2.2014 günlü 6526 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un,*

*1-) 10. maddesinin birinci paragrafında geçen “ikinci fıkrasının (a) bendinin (10) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış” sözcük grubu, Anayasa’nın 10. maddesine; ikinci paragrafının birinci cümlesi, Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 4. paragrafı ile 2. ve 138. maddelerine; ikinci paragrafının ikinci ve üçüncü cümleleri, Anayasa’nın 2. maddesine; üçüncü paragrafının birinci ve ikinci cümleleri, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine,*

*2-) 12. maddesinin birinci paragrafında geçen, “... mevcut (8) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış...” sözcük grubu, Anayasa’nın 10. maddesine; 5271 sayılı Kanunun 135. maddesinin birinci fıkrasını değiştiren ikinci paragrafınının tamamı, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine,*

*3-) 13. maddesinin ikinci paragrafının ikinci ve üçüncü cümleleri, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine,*

*4-) 14. maddesinin birinci paragrafında yer alan “mevcut (5) numaralı alt bendi yürürlükten kaldırılmış” sözcük grubu, Anayasa’nın 10. maddesine; ikinci paragrafının tamamı, Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine,*

*5-) 17. maddesinin 2577 sayılı Kanununun 27. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlelerin tamamı, Anayasa’nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine,*

*6-) 18. maddesinin 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen cümleler, Anayasa’nın 2., 125. ve 138. maddelerine; 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yapılan değişikliğe ilişkin cümlelerin tamamı, Anayasa’nın 2. maddesine,*

*aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkemeniz tarafından re’sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,*

*karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz.”*

“5271 sayılı CMK.nın 6526 sayılı Kanununun 12. maddesi ile değişik 135/1. maddesinde herhangi bir suç nedeniyle yapılan soruşturma veya kovuşturmada ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgileri değerlendirilebileceğinin belirtildiği, CMK.nın 135/6. maddesinde ise dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin yalnızca katalog suçlar bakımından başvurulabileceğinin düzenlendiği, buna göre mahkememizce talep edilen iletişimin tespitinde suç sınırlamasının bulunmadığı anlaşılmıştır.

Kaldı ki; Yargılamaya konu nitelikli hırsızlık suçu (TCK.nın 142. maddesi) 21/2/2014 tarih 6526 sayılı Kanununun 12. maddesi ile CMK.nın 135/6. maddesindeki katalog suçlar arasına eklenmiştir.

CMK.nın 135. maddesinde soruşturma ve kovuşturma aşamaları yönünden bir ayırım yapılmaksızın şüpheli veya sanığın iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ağır ceza mahkemelerinin oy birliği ile karar verebileceği belirtilmiştir. Düzenleme gerekçe gösterilerek iletişimin tespitine ilişkin talep yerine getirilmediği gibi mahkememizce de CMK.nın 135/7. maddesi kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi yönünden gerekli karar alınamamıştır.

Anayasanın 36. maddesi gereğince açılan dava hakkında yargılama yapma ve hüküm vermek zorunda olan mahkememiz maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için incelenmesi gereken bir delili temin edemez ve bu nedenle karar veremez hale gelmiştir. Bu durum sanığın savunma ve adil yargılanma hakkının da ihlalidir.

CMK.nın 135/2. maddesine göre iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin talepte tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya raporun ekli olmasının istendiği, buna göre mahkememizin yargılama ve hüküm vermede görevli ve yetkili olduğu bir davada yetkisiz ve görevsiz başka bir mahkemeden talepte bulunma usulü getirilmekle yürürlükteki mevzuata aykırı olarak yetkisiz ve görevsiz bir mahkemenin yargılama konusu davada görevli ve yetkili hale getirildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Görevli mahkemenin yargılama konusu suç ile ilgili olarak, vicdani kanaatin oluşması için gerekli olduğunu öngörerek toplanmasına karar verdiği bir delilin, toplanmasının gerekli olup olmadığına görevsiz ve yetkisiz bir mahkemenin karar vermesi görevli ve yetkili mahkemenin delilleri taktir yetkisini ortadan kaldırmıştır. İletişimin tespiti, süresi ve şekli başka bir mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Bu suretle yargılama konusu suç ile ilgili olarak delillerin CMK.nın 217. maddesi gereğince o davaya bakmakla görevli ve yetkili mahkemenin kanaatinden ve takdirinden çıkarılmasına neden olunmuştur. Yargılama yapmak ve hüküm vermek zorunda olan mahkemenin başka bir mahkemeden talepte bulunması şeklindeki düzenlemenin Anayasa, yürürlükteki diğer mevzuat, evrensel hukuk normların, teoride ve uygulamada bir benzeri bulunmamaktadır. Yapılan düzenleme hakim delilleri vicdani kanaati ile serbestçe takdir etme yetkisini düzenleyen Anayasanın 138/1. maddesine açıkça aykırıdır.

CMK.nın 135. maddesinde belirtilen iletişimin tespiti tedbirinin şüpheli veya sanık tarafından kullanılan telefonlar için uygulanabileceği açıktır. Düzenlemede tanık veya şikayetçiye yönelik bir tedbirden bahsedilmediği, tanık veya şikayetçi yönünden iletişimin tespiti Cumhuriyet savcısı veya mahkemelerin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi

*çerçevesindedir. Yüksek Yargıtay'ın bu yönde birçok kararı da mevcuttur. Şikâyetçi veya tanığın iletişimin tespitine karar verebilen mahkemenin, şüpheli veya sanığın iletişimin tespitine karar verememesi çelişkidir. Sulh Ceza ve Asliye Ceza Mahkemesine verilmeyen bir yetkinin yargulamada yetki ve görevi olmayan Ağır Ceza Mahkemesine verilmesi ayrıca Anayasanın 37. maddesinde belirtilen kanuni hakim güvencesine de aykırıdır.*

*Anayasanın 138. maddesine göre idare, mahkeme kararlarına uymak ve gereğini yapmakla yükümlüdür. Düzenlemenin gerekçe gösterilerek istenilen hususun idare tarafından yerine getirilmemesi Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

*İletişimin tespitine ağır ceza mahkemesince karar verilmesi ve mahkememizde bu hususta talepte bulunması şeklindeki düzenleme Anayasanın 141. maddesinde belirtilen davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine de aykırıdır.*

*e- Yürürlüğün durdurulması;*

*Anayasanın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiş, Anayasa yargısı, yasanın üstün gücüne karşı Anayasal denge aracı olarak getirilmiştir. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma yetkisinin kullanılmasına bağlıdır.*

*Anayasanın 152. maddesinde itiraz yoluna başvurulması halinde mahkemenin davayı Anayasa Mahkemesi'nin kararına kadar geriye bırakması, iptal kararının gerekçesi yazılmadan açıklanamaması ve geriye yürümemesi nedeni ile yürürlüğün durdurulmaması halinde mahkememizce deliller toplanamayacak ve yargılamanın uzaması nedeniyle adil yargılanma hakkı etkilenecektir.*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasının 1. cümlesinde geçen "ağır ceza mahkemesi" ibaresi ile 135. maddesinin 1. fıkrasındaki "Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." cümlelerinin 1982 Anayasası'nın 2, 11, 36, 37, 138, 141. maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, hak arama hürriyeti, kanuni hakim güvencesi, mahkemelerin bağımsızlığı, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkelerine açıkça aykırı olması ve telafisi imkansız zararlar doğurması nedeni ile yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.*

*f- Sonuç;*

*Açıklanan nedenlerle; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasının 1. cümlesinde geçen "ağır ceza mahkemesi" ibaresi ile 135. maddesinin 1. fıkrasındaki "Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." cümlelerinin 1982 Anayasası'nın 2, 11, 36, 37, 138, 141. maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, hak arama hürriyeti, kanuni hakim güvencesi, mahkemelerin bağımsızlığı, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkelerine aykırı olması nedeniyle YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI VE İPTALİ talep olunur."*

**Esas Sayısı : 2014/84**  
**Karar Sayısı : 2014/86**



*“İstanbul 56. Asliye Ceza Mahkemesinin 2013/550 esas sayılı dava dosyasında 5607 sayılı Yasaya ve 4733 sayılı Yasaya aykırılık suçlarından sanıklar İlyas Can, Ömer ve Mustafa Can haklarında yapılan açık yargılamada verilen ara kararı uyarınca; 5271 sayılı CMK.nun 135/1. maddesi kapsamında iletişimin içeriğine müdahale edilmeksizin iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik olarak yeterli somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması sebebiyle yargılamanın bulunduğu aşama itibariyle başka suretle delil elde edilme imkanının olmadığından “kaçak ve bandrolsüz olduğu iddia edilen puronun alıcısı olan ve hakkında ek kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilen Ali İhsan Şenay’ın kullandığı 0 532 247 20 18 nolu telefon hattı ile puroyu gönderen kişinin kullandığını belirttiği 0 532 764 15 36 nolu telefon hattı arasında 01/10/2011-10/12/2011 tarihleri arasında yapılan karşılıklı görüşme kayıtlarının istenmesine yani iletişim tespitine karar verilmiş ve verilen karar yerine getirilmek üzere 01/04/2013 tarihinde Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilmiştir.*

*Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 11/04/2013 tarih ve 29234571-401.01.04-2014.189308 sayılı yazılarıyla iletişim tespitine yönelik bu karara itiraz etmiştir. 6526 sayılı Yasa ile değişik 5271 sayılı CMK.nun 135/1. maddesi kapsamında istenen iletişimin tespiti kararına yönelik itirazın 6526 sayılı Yasa ile CMK. 135. maddesinde yapılan değişiklik dikkate alınarak yerinde olduğu anlaşılmış ise de; mahkememizce yapılan değerlendirmede 6455 sayılı Yasa ile 5271 sayılı CMK.nun 135/1. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.*

*1- 06/03/2014 günü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası CMK.nun 135/1. maddesi kapsamında bir suç sebebiyle telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti açısından soruşturma ve kovuşturma aşamalarında arasında ayırım yapılmaksızın karar mercii olarak “ağır ceza mahkemeleri” yetkili kılınmış ve ağır ceza mahkemesinin bu kararı oy birliği ile alabileceği öngörülmüştür. Bu yasal düzenlemeden önce hakim kararı ile iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması mümkün iken yapılan değişiklik ile bu görev ağır ceza mahkemelerine verilmiştir.*

*Anayasamızın “Mahkemelerin Bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinde belirtildiği üzere “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”*

*Mahkemede görülmekte olan davada Cumhuriyet Savcısı tarafından iddianame ile kamu davası açılarak kovuşturmayaya başlandığı, bu aşamadan sonra mahkemenin yargılamasını Anayasanın 138. maddesi uyarınca bağımsız şekilde yerine getirmesi gerektiği açıktır. Ancak kovuşturma başladıktan sonra ceza yargılamasının amacı olan görünür değil gerçek adaletin sağlanması amacıyla her türlü yasal delilin toplanarak oluşacak vicdani kanaate göre karar verilmesi gerektiği halde Anayasaya göre bağımsız olan mahkemenin kovuşturma aşamasında vicdani kanaatinin oluşması için gerekli gördüğü iletişimin tespiti delilini kendisi doğrudan karar alamayacak, gerekli gördüğü bu delilin temin edilmesi hususunda bir karar alınması için ağır ceza mahkemesinden talepte bulunacak, ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile alacağı karar doğrultusunda bu talebi yerinde görülürse iletişimin*

**Esas Sayısı : 2014/98**  
**Karar Sayısı : 2014/92**

*tespitine yönelik delil temin edilerek vicdani kanaatin oluşması sağlanacaktır. Bu delil toplama usulünün ise Anayasanın 138. maddesinin 2. fıkrasındaki “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” hükmüne aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.*

*2- Bunun yanında ağır ceza mahkemesi telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararını ancak oy birliği ile alabilecektir.*

*Ancak ağır ceza mahkemesi 5235 sayılı Yasanın 12. maddesi uyarınca görevli olduğu suçlarda Anayasamıza ve ceza hükmü içeren kanunlarımıza göre verilebilecek en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmederken oy çokluğu ile karar verebilecek iken, yapılan soruşturma ve kovuşturmada sadece bir delil olan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararını oy birliği ile vermesi bir çelişki doğurmakta olup ağır ceza mahkemelerinde yargılanan herkes hakkında oy birliği ile karar verilmesini isteyebilecektir.*

*Ayrıca kişi hürriyetini doğrudan doğruya etkileyen tutuklama kararı tek hakim ile verilebilecek iken telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararını ağır ceza mahkemesinde oy birliği ile verilecek olması da çelişki doğurmaktadır. Bu nedenle telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararını ağır ceza mahkemesini oy birliği alacak olmasının Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ve 36. maddesinde adil yargılama hükümlerine aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.*

*SONUÇ : Sonuç olarak yukarıda açıklanan nedenlerle 6526 sayılı Yasa ile değişik 5271 sayılı Kanunun 135. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesindeki “ağır ceza mahkemesi” ve 5. cümlesindeki “ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle” ve 6. cümlesindeki “oy birliği” cümlelerinin Anayasanın 10, 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle iptaline karar verilmesi,*

*Kararla birlikte dava dosyası örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine,*

*Mahkememizin 2013/550 esas sayılı dava dosyasının 27/03/2014 tarihli duruşmasında verilen 2 nolu ara kararı doğrultusunda yazılan 2013/550 esas 01/04/2014 tarihli İletişimin Tespitine Yönelik müzekkerenin Anayasa Mahkemesi 'ne yapılan başvuru sonucunun dönüşüne kadar yerine getirilmemesine, dönüşünden sonra verilecek olan karar doğrultusunda itiraz hususunun karara bağlanacağından karardan bir örneğinin Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı 'na bilgi amacıyla gönderilmesine,*

*Yüksek takdirlerinize arz olunur.”*

*“A) İLGİLİ YASA MADDELERİ:*

06/03/2014 tarih ve 28933 sayılı Mükerrer Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK.nın 21/02/2013 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasında; “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhal mahkemenin onayına sunar ve mahkeme kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.” hükmü getirilmiştir.

1) 5271 sayılı CMK.nın 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesi'nin (1.) fıkrasının (1.) cümlesindeki yasal düzenlemeye göre, iletişim tespiti kararlarını kovuşturma aşamasında da, kovuşturmayı yürüten ve yargılamayı yapan mahkeme veremeyecek, bu kararların verilmesi için kovuşturmayı yürüten mahkemenin, iletişimin tespitinin istendiği anda nöbetçi olan ağır ceza mahkemesinden talepte bulunması gerekecektir. Mahkememizdeki yargılamada olduğu gibi, asliye ceza mahkemeleri yahut sulh ceza mahkemelerinde, ihtiyaç duyulması halinde iletişimin tespitine ilişkin kararın nöbetçi ağır ceza mahkemesinden talep edilmesi gerekmektedir. Oysa ki; aynı yasal düzenlemede gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısına dahi bu yetki verilmiş iken, yargılamayı yürüten mahkemenin elinden bu yetki alınmış, böylelikle açık bir adaletsizlik meydana getirilmiştir. Yargılama görev ve yetkisi ile yargılama sürecindeki tüm kararları verme yetkisinin, yargılamayı yürüten mahkemeye ait olduğu, bu yetkinin başka bir mahkeme ve makam ile paylaşılamayacağı ve devredilemeyeceği ortada iken, bu yetkinin yargılamayı sürdüren mahkemeden alınarak, yargılama görev ve yetkisi bulunmayan başka bir mahkemeye vermek, yargılamayı yürüten mahkemeyi adeta yargılama yapabilmek için başka bir mahkemenin iznine ve takdirine bağlı hale getirmektir ki, bu durum Anayasa'mız ile korunan kanuni hakim güvencesine ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı olup, adalet duygularını zedeleyen bu düzenlemenin demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, bu yönü 5271 sayılı CMK.nın 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasının (1.) cümlesi olan, “Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir.” düzenlemesindeki “...ve kovuşturmada...” ibaresinin varlığı nedeniyle, düzenlemenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 9, 11, 37, 138. maddelerine aykırı olup, adalet duygularını zedeleyen bu düzenlemenin demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaati ile 6216 sayılı Yasa'nın 40. maddesine göre Yüksek Anayasa Mahkemesi'ne iptal /itiraz yoluna başvurusunda bulunması yoluna gidilmesi gereği hasıl olmuştur.

2) 5271 sayılı CMK.nın 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasının (4.) ve (5.) cümlelerindeki yasal düzenlemeye göre; iletişimin tespiti kararlarının ağır ceza mahkemesince oy birliği ile alınması gerekmekte, itiraz

üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranmaktadır. Ağır ceza mahkemesinin örneğin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gibi hukuk sistemimizdeki en ağır cezayı dahi oy çokluğu ile alabildiği hukuk sistemimizde, örneğin sadece iletişimin tespitinden ibaret kararı dahi ancak oy birliği ile alabileceği şeklindeki uygulama birbiri ile mukayese edildiğinde hukuk mantığına sığmayacak şekilde bir dengesizlik bulunduğu, bu durumun yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ceza yargılamasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı, düzenlemenin ayrıca hakim takdirini kısıtlar nitelikte olup, hakimnin takdir hakkını kullanırken bir tazyik oluşturduğu ve yargı bağımsızlığına aykırılık oluşturduğu, bu yönleri ile 5271 sayılı CMK.nın 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasının (4.) ve (5.) cümlelerindeki; "Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." düzenlemesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 9, 10, 11, 37, 38, 138. maddelerine aykırı olup, adalet duygularını zedeleyen bu düzenlemelerin demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaati ile 6216 sayılı Yasa'nın 40. maddesine göre Yüksek Anayasa Mahkemesi'ne iptal /itiraz yoluna başvurusunda bulunması yoluna gidilmesi gereği hasıl olmuştur.

**SONUÇ VE İSTEM :**

Yukarıda arz ve izah edilen gerekçelerle ;

1) 5271 sayılı CMK.nın 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasının (1.) cümlesindeki "...ve kovuşturmada..." ibaresinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 9, 11, 37, 138. maddelerine aykırılığı nedeniyle İPTALİNE ;

2) 5271 sayılı CMK.nın 6526 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değişik 135. maddesinin (1.) fıkrasının "...Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır" şeklindeki (4 ve (5). cümlelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 9, 10, 11, 37, 38, 138. maddelerine aykırılığı nedeniyle İPTALİNE,

Karar verilmesi arz ve talep olunur."

*“İptal istemine konu 5271 sayılı CMK.nun 135. maddesi*

*Madde 135- (1) (Değişik fıkra: 21/02/2014-6526 S.K./12. md) 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.*

*Dayanılan Anayasa maddeleri*

*Anayasanın 138. maddesi “- Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*

*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*

*Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.*

*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*

*Anayasa'nın 140. maddesi “-Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür.*

*Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.*

*Hakim 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 hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.*

*Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.*

*Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.*

*Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler Bunlar, hakimler ve savcılara ait esaslar dairesinde*

**Esas Sayısı : 2014/105**  
**Karar Sayısı : 2014/105**

*sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar.*

*Anayasanın 142. maddesi “-Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklinde düzenleme içermektedir.*

*Anayasa'ya Aykırılık Nedeni:*

*Yukarıda belirtilen Anayasa maddeleri 5235 sayılı Yasanın 8, 9, 10 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı CMK.nun 206 ve 217. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde mahkemelerin bağımsız olarak, gerek taraftarın ileri sürdüğü deliller ve gerekse mahkemenin gerekli gördüğü tüm delilleri değerlendirerek karar vereceği, delillerin ileri sürülmesi ve toplanması aşamasında başka bir mahkemenin emir, talimat olur veya kararına bağlı olmayacağı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanımlar şahsi haklardan kaynaklanan ve 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasasının Anayasaya aykırı olmayan öngördüğü şartlar ve sınırlandırmalar dahilinde serbestçe ve özgürce yapacağı yargılama ve toplayacağı delillerle karara ulaşacağı yönündeki yasal düzenlemelere rağmen yargılama yetkisini sınırlayan ve başka mahkemenin kararına zorunlu kılan itiraza konu yasa maddesinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkememizce, iptali için başvuruda bulunma zorunluluğu doğmuştur.*

**SONUÇ ve İSTEM**

*Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 152. maddesi gereğince Anayasa'nın adil ve bağımsız yargılama ilkesi yönünden aykırı olduğu görüşüyle, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, iptali istenen maddenin doğrudan olaya uygulanması söz konusu olmamakla yargılamaya devam olunarak iletişimin tespiti yönünden Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar beklenmesine dair mahkememiz ara kararı dikkate alınarak,*

*Anayasaya aykırı 5271 sayılı CMK.nun 135. maddesinin 1. fıkrasının iptali talep olunur.”*

*“A) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2'nci Maddesine Aykırılık;*

*İptali istenen Yasa maddesinin ‘Hukuk Devleti İlkesi’ne aykırı olduğu düşünülmektedir. Çünkü Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan 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, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakta yükümlüdür.*

*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de, evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan ‘re’sen araştırma ilkesi’dir. Zira ceza yargılamasının amacı kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemek, suç işleyeni, fiilin ağırlığına ve kusurluluk derecesine göre cezalandırılmak, verilecek ceza ile suça eğilimli olanların suç işlemesini önleyip toplumu korumak, masum kişiler var ise onları aklamak ve lekelenmeme hakkını temin etmektir.*

*İşte bu nedenlerle, re’sen araştırma ilkesini sınırlayan, Mahkemenin delil toplama ve araştırma yapma yetkisini kısıtlayan mezkur düzenlemenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir.*

*B) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu Maddesine Aykırılık;*

*İptali istenen Yasa maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu maddesinde yer alan “yargı yetkisi” kuralına aykırı olduğu düşünülmektedir. Çünkü, davada ortaya çıkan bir ihtilafın çözümü veya yargılamanın neticelenmesi için gerekli olan bir işlemin yapılması, o uyuşmazlık yönünden yargılama görevi bulunmayan başka bir merciin inisiyatif ve takdirine bırakılamaz. Yargı merci, ihtilafın çözümü veya maddi gerçeğin ortaya çıkması için gerekli gördüğü işlem ve kararları yasal çerçevede her zaman yapabilmelidir. Bu, tutuklama tedbiri gibi yargılamanın nasıl sonuçlanacağına etki etmeyecek bir tedbir işleminden ibaret olmayıp bu tedbir işlemleri gibi başka bir merciin inisiyatif ve takdirine bırakılamayacak kadar önemli ve yargılamanın nasıl sonuçlanacağına doğrudan doğruya etkilidir. Bu nedenle yargılamanın kaderi, yargılama görevi bulunmayan ve görevli yargı mercii kadar yargılama konusu ihtilafa hâkim olmayan, duruşma yapmayan ve delillere doğrudan temas etmeyen başka bir yargı mercinin inisiyatif ve takdirine bırakılamaz. Aksi düşünce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'nci maddesinde düzenlenen ‘adli yargılanma hakkı’na da zarar verir.*

*İşte bu nedenlerle, yargı yetkisini sınırlayan, Mahkemenin delil toplama ve araştırma yapma yetkisini kısıtlayan mezkur düzenlemenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu maddesinde yer alan yargı yetkisi kuralına aykırı olduğu düşünülmektedir.*

*C) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'nci Maddesine Aykırılık;*

*İptali istenen Yasa maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'inci maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Çünkü, hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Önüne gelen bir davaya bakmakta olan ve Anayasadan aldığı*

**Esas Sayısı : 2014/106**  
**Karar Sayısı : 2014/106**

*yargı yetkisini kullanan mahkemeye, ihtilafın çözümü için bu mahkemenin gerekli gördüğü bir delilin toplanıp toplanmayacağını, hangi delillerle sınırlı olarak yargılama yapıp karar verileceğini başka bir merciin inisiyatif ve kararı belirleyemez. Aksi durumda, bir yargı merciinin başka bir yargı merciine müdahalesi ve talimatı söz konusu olur ve mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı zarar görür.*

*İşte bu nedenlerle, yargı bağımsızlığına zarar veren mezkur düzenlemenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 138'inci maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.*

#### **TALEP**

*Mahkememizde görülmekte olan davada uygulama yeri bulan ve Mahkememizce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu düşünülen 5271 sayılı Yasa'nın 135'inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...kovuşturmada" ibaresinin İPTALİNE,*

*Karar verilmesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9'uncu maddesine göre Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanan bağımsız Erciş Asliye Ceza Mahkemesi tarafından arz ve talep olunur."*



“...Mahkememizin yukarıda numarası belirtilen esas sayılı dosyasında delillerin değerlendirilmesi ve suçun oluşup oluşmadığının tespiti amacıyla sanığın/müştekinin telefonunun olay sırasında ve öncesinde hangi numaralar ile ve hangi imei numaralı telefon aracılığı ile ve baz istasyonu bilgilerini de gösterecek şekilde yazı yazılmış ise de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından verilen cevabi yazıda talep CMK 135/1. madde kapsamında olup ağır ceza mahkemesinin kararı doğrultusunda talebin yerine getirilebileceği belirtilmiştir. Söz konusu madde incelendiğinde Anayasaya ve diğer ceza mevzuatındaki kanunlara aykırı olduğu kanaatine varılmış ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvuru yapmak gerekmiştir.

Ceza mahkemeleri, yargılama yaparken öncelikle yargılama usulüne uymak ve kanunlar çerçevesinde yapmak durumundadır. Bunun için öncelikle temel kural 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun uygulanmasıdır. Bu kanunda hüküm bulunmadığı takdirde genel ceza prensipleri uyarınca ilgili mevzuat kapsamında yargılama yapılır. Delil toplama konusunda ise, eğer soruşturma aşamasında yeterli delil elde edilmemişse ya da delil toplanmamışsa; mahkeme tarafından bu kere kendiliğinden delil toplanması sözkonusudur.

Bunun için gerek sanığın, gerek müştekinin sabit ya da cep telefonunu geçmiş tarihte ve özellikle suç tarihinde hangi baz istasyonundan ya da kiminle görüşme arama kaydı gerektirebilir. Mahkemeler kovuşturma aşamasında CMK madde 192 - “(1) Mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmayı yönetir ve sanığı sorguya çeker; delillerin ikame edilmesini sağlar. (2) Duruşmada ilgili olanlardan biri duruşmanın yönetimine ilişkin olarak mahkeme başkanı tarafından emrolunan bir tedbirin hukuken kabul edilemeyeceğini öne sürerse mahkeme, bu hususta bir karar verir.” hükmü kapsamında öncelikle delillerin getirtilmesini sağlar. Hatta buna zorunludur.

Ancak mevzuatımızda delil inceleme kapsamında sayılan CMK 135/1. maddede yapılan bir değişiklik bu hükmün uygulanmasını nerede ise imkansız hale getirmiştir. Çünkü anılan maddede soruşturma aşamasında savcılık tarafından yapılan soruşturmada özellikle delillerin toplanması ve değerlendirilmesi için iletişim bilgilerinin tespiti kapsamında bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemede özellikle şüpheli konumundaki kişinin o sıradaki ya da sonraki tarihler kapsamında görüşme kayıtlarının değerlendirilmesi için iletişimin tespiti kararının alınması hükmünü getirmiştir. Bunun için önceki düzenleme sulh ceza hakiminin kararını yeterli görse de sonraki düzenlemede ağır ceza mahkemesinden oybirliği ile alınacak bir karar düzenlemesi getirmiştir. Bu durum kanun koyucunun amacı doğrultusunda düzenlenmiştir ve uygulanmaktadır. Ancak düzenleme yapılırken sadece dinlemeler değil, bunların ötesinde dinleme ve kayıt altına almalar dışında; delil toplama niteliğinde sayılabilecek sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespitini de mahkeme kararına bağlamıştır. Bu durum özellikle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespiti yönünden delil toplamada sıkıntılara yol açmaktadır. Ayrıca bu durum soruşturma aşamasının da ötesine geçerek kovuşturma aşamasını da genişletilmiş olup, tek hakimli mahkemelerin böyle bir delil toplamasının nerede ise imkansız hale gelebilecek şekilde ceza sistematğine aykırı olacak düzeyde ağır ceza mahkemesinin oybirliği ile alınacak kararına bağlı tutulmuştur.

Oysa mahkemeler Anayasamızda da belirlendiği üzere bağımsızdır. Bir karar alırken ya da bir delil toplarken başka bir mahkemenin vesayetine girmiş gibi izin alarak karar veremezler. Söz konusu ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilmedikçe delil toplanması da mümkün olmayabilir. Üst dereceli mahkemeler ancak itiraz niteliğinde ya da temyiz niteliğinde karar incelemesi sözkonusudur. Bunun dışında mahkemelerin bağımsızlığını yok edercesine delil toplanması için izin şartı getirilmesi hem 2005 yılından itibaren köklü

*kanunlarla değiştirilen yeni ceza sistematığına hem de Anayasaya ayrı olduğu düşüncesini oluşturmuştur.*

*Anayasamızın 11. maddesinde de belirtildiği üzere kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. Yine 37. maddede “Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.” hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü en basitinden bir sulh ceza mahkemesi kovuşturma yaparken istenen bir iletişimin tesbiti kararı için ağır ceza mahkemesinden izin istenecek ve doğal olarak sanık sulh ceza mahkemesi yerine ağır ceza mahkemesinde de yargılanmış olacaktır.*

*Yine Anayasanın 138. maddesinde belirtilen “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.” hükmüne aykırı olacak şekilde ağır ceza mahkemesinin izni ve kararı dolaylı olarak emir yada talimat anlamına gelir.*

#### *İLGİLİ MEVZUAT DÜZENLEMELERİ*

##### *IX. YARGI YETKİSİ*

*Madde 9- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.*

##### *XI. ANAYASANIN BAĞLAYICILIĞI VE ÜSTÜNLÜĞÜ*

*Madde 11- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*

##### *B. KANUNİ HAKİM GÜVENCESİ*

*Madde 37- Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.*

*Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*

##### *A- MAHKEMELERİN BAĞIMSIZLIĞI*

*Madde 138- Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.*

*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*

##### *B- YARGITAY*

*Madde 154- Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*

*TALEP :*

*Yukarıda belirtilen gerekçelerle;*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135/1. maddesinde 6526 sayılı Kanunun 12. maddesi ile değişik “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) (Ek fıkra: 21/02/2014-6526 S.K./12. md) Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir,” hükmündeki*

*1. Fıkradaki “ve kovuşturmada” “veya sanığın” “Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir.” sözcükleri ile 2. fıkranın tamamının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesi talep olunur.”*

“1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde yer bulan “Hukuk Devleti” ilkesinin bir unsuru olan 37. maddesinde kanuni hakim güvencesi başlığı altında “Tabii Mahkeme İlkesi” düzenlenmiş olup 1. fıkrada “Hiç kimse kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz”, 2. fıkrada “Bir kimseyi kanunen tabii olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağan üstü merciler kurulamaz”, denilerek “tabii hakim ilkesi” düzenlenmiş olup; tabii Hakim ilkesi ceza yargılamasına konu bir olaydan önce o hususta yargılama görev ve yetkisine sahip mahkemenin belirlenmiş olmasını bir güvence olarak ifade etmektedir ki bu husus hukuk devletinin zorunlu bir unsurudur. Yapılan yasa değişikliğine dair 6526 sayılı Yasanın 12. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde “... Ve kovuşturmada” devamı “... Ağır ceza mahkemesi” 2. cümlesinde “ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir” 1. fıkranın son cümlesinde “itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.” denilmekle bu şekilde düzenleme ile yargılamanın zorunlu bir unsuru olan bir kısım delillerin toplanılmasının bir başka merciin veya mahkemenin takdirine bırakılması yargılama görev ve yetkisinin de kısmen devri ve bu hususta olağanüstü yetkiye sahip mercii ihdası anlamına gelmekle ve olayla ilgili yargılama görev ve yetkisine sahip olan mahkemenin olayın açıklığa kavuşturulması için ara karar almasının ve idari merciilerin yine Anayasanın 138/4. fıkrası gereği mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları düzenlemesini de dolayısı ile ihlal etmekte, mahkemenin gerekli gördüğü delilleri toplayıp vicdani kanı oluşturması da böylece - somut olayda olduğu gibi bir başka merciin olumsuz kararı ile- engellenmiş olmakla aşağıdaki şekilde Anayasa Mahkemesine iptal istemi ile başvurmak gerekmiştir.

**GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:** Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere;

1- 6526 sayılı Yasanın 12. maddesinin 1. fıkrasının ilk cümlesinde .. “ve kovuşturmada” devamı “ağır ceza mahkemesi” 2. cümlesinde “ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir” 1. fıkranın son cümlesinde “itiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.” şeklindeki düzenlemenin Anayasanın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti” 37/2. maddesine aykırılık teşkil etmekle “tabii hakim ilkesi” ve dolayısı ile de yukarıda açıklandığı şekilde 138/4. maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine ulaşılmakla düzenlemenin iptali için Anayasa Mahkemesine BAŞVURUDA BULUNULMASINA,

2- Dosyamızın Uyap sisteminden taranarak ve ayrıca onaylı tam bir fotokopisinin başvuru kararına EKLENMESİNE,

3- Anayasa Mahkemesine başvuru sonucunun BEKLENİLMESİNE,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu karar verildi.”

*“... II. İPTAL GEREKÇESİ*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinde yapılan değişiklik ile “Kovuşturma” safhasında dahi olsa Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesi uyarınca verilecek İletişimin Tespiti Kararlarında Ağır Ceza Mahkemelerinin yetkili kılınması Anayasanın 138. maddesinde teminat altına alınan “Mahkemelerin Bağımsızlığı” ilkesine aykırıdır.*

*Zira bir suçta bakmakla yetkili ve görevli mahkeme bu suçla ilgili yürüteceği yargılamada delilleri toplama ve serbestçe değerlendirme yetkisine de sahiptir. Yargılama sonucunda kararı verecek olan mahkemenin kararına etki edebilecek bir delili bizzat temin etme hak ve yetkisinden mahrum olduğunu düşünmek , o delilin yetkisine bırakıldığı merci bir başka yargı makamı ve hatta üst merci dahi olsa mahkemenin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmaz.*

*Yeni düzenleme ile davanın çözümü kararı verecek olan mahkemenin değil o karara etki edebilecek yegane delillerle ilgili takdir yetkisi bulunan merciiye bırakılmış gibidir. Bu mercinin takdir yetkisinin kullanılmasında değişiklik gösterebilecek olumlu ya da olumsuz tavrının davaya bakacak ve kararı verecek mahkemenin yargılamayı öncelikle hukuka, hakkaniyete ve maddi gerçeğe uygun adil çözümü ortaya çıkarabilmesi imkansızdır.*

*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun tamamında bir yargılamayla ilgili soruşturma safhasında alınacak tedbirlerin ve kararların makam ve mercileri gösterilmiş, kovuşturma aşamasında ise istisnalar hariç (CMK 22 ve devamı maddelerinde düzenlenen Hakimın Reddi müessesesi gibi) tek yetkili olarak yargılamayı yürüten mahkeme belirlenmiştir.*

*Yasal değişiklikle ortaya çıkan durumun Anayasaya uygunluğu kabul edilecek olursa gerek ceza yargılama usulünde gerekse hukuk yargılama usulünde yasa koyucunun daha başka düzenlemeler yaparak bir yargılamayı yürüten mahkemece verilebilecek yargılamayı sonlandırmaya matuf birçok kararı, örneğin ; Sanığın cezai ehliyetinin tespiti, keşif, hakimın delillerle bizzat temas etmesini gerektiren özel hüküm sebepleri ile ilgili tedbir kararları gibi vs kararları bir diğer yargı mercinin yetkisine bırakması olasılığını gözardı etmemek gerekecektir. Böyle bir olasılıkta bu durumdaki bir mahkemenin yargıcı ve fiziki yapısıyla var olduğu söylenebilecek ise de; yargılamayı kendi karar ve insiyatifi ile yürüttüğünü ve neticelendirdiğini söyleyebilmenin ya da bağımsızlık bir yana mahkemenin gerçekte varlığından bile söz etmenin imkansızlığı ortadadır.*

*III. YASA METİNLERİ:*

*A- İTİRAZA KONU YASA KURALI : 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 6526 sayılı Yasanın 12. maddesi ile değişik 135. maddesi*

*Madde 135- (1) (Değişik fıkra: 21/02/2014-6526 S.K./12. md) 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*

**Esas Sayısı : 2014/111**  
**Karar Sayısı : 2014/110**

*savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi içinde oy birliği aranır.*

**B- DAYANILAN VE İLGİLİ GÖRÜLEN ANAYASA KURALLARI :**

*2709 sayılı Anayasası'nın 138. maddesi;*

*Madde 138- Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*

*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*

*Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.*

*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*

**SONUÇ VE İSTEM :** *5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 06/03/2014 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Yasanın 12. maddesi ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin “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.” şeklindeki hükmünde yer alan ve iletişimin tespitini kovuşturma aşamasında dahi Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisine bırakan “...VE KOVUŞTURMADA ...” hükmünün Anayasanın 138. maddesinde teminat altına alınan Mahkemelerin Bağımsızlığı hükümlerine aykırı olduğu nedenle İPTALİNE karar verilmesi talep olunur.”*

“... tarafından, müvekkilinin, Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Dairesi Başkanlığı emrinde şube müdürü olarak görev yapmakta iken Ankara II Emniyet Müdürlüğü emrine naklen atanmasına ilişkin 14.01.2014 tarih ve 500017 sayılı Emniyet Genel Müdürlüğü işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açmış olduğu davada Ankara 2. İdare Mahkemesi'nin 28.03.2014 tarih ve E:2014/97 sayılı kararı ile işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesine rağmen, eski görev yerinde durumuna uygun boş kadro bulunmadığı gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca tekrar Ankara İl Emniyet Müdürlüğü emrine atanmasına ilişkin 30.04.2014 tarihli işlemin iptali istemiyle Emniyet Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada; dava konusu işlemin tesisine dayanak teşkil eden 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına 6526 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle eklenen “Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekaleten 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 halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir.” cümlesinin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiası ciddi görülerek, bu iddiaya ilişkin olarak dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü;

Anayasanın 152. maddesinde, “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükmümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.” kuralı yer almaktadır.

Günümüz modern hukuk devletinde, kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan idarenin, hukuk kurallarıyla bağlı kalmasının sağlanmasında; bağımsız yargı organlarının denetimi büyük öneme sahiptir. Yargı denetimi, yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, yönetenlerin ise hukuka uygun davranması için zorunlu kabul edilmektedir. Bu nedenle, hukuk devletinde yargı denetiminden vazgeçilemez.

Ancak, hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarının denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idari yargı organlarının verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür.

Modern bir hukuk devletinde en üst sözleşme niteliğindeki Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Anayasa kurallarının gereği olarak, mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin ve aynen yerine getirilmesi; doğru, haklı gibi niteliklere sahip olması koşulu aranmaksızın, yalnızca yargı kararı oldukları için zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen bir

yargı kararının yerine getirilmemesi, söz konusu hukuki düzenlemeleri kağıt üzerinde bırakacak ve değersiz kalacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 11. maddesinde; Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu, 125. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, beşinci ve altıncı fıkralarında; idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile kanunla yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceği, 138. maddesinin son fıkrasında ise; yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Başta, Anayasa olmak üzere kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Kuşkusuz, yargı kararlarının uygulanması, etkin bir yargısal korumanın, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de temel göstergelerindendir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkına, yargı kararlarının yerine getirilmesini sağlama yükümlülüğünün de dahil olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 gün ve E.2012/22, K.2012/133 sayılı kararında da vurgulandığı gibi; 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.

Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu vurgulanmıştır.

Türk hukuk doktrininde, hukuk devleti tanımlarının ortak noktasını, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesi oluşturmaktadır. Ayrıca, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkili araçlarından birisi, idarenin işlemlerine karşı açılan iptal davaları



*olduğu kabul edilmekte olup; gerçek bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, “hukuk devleti” ilkesinin doğal bir sonucudur.*

*Bu açıklamalar ışığında dava konusu olaya baktığımızda, 6256 sayılı Kanununun 18. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümlelerin yürürlüğe girmesiyle birlikte; kamu görevlileri hakkında tesis edilen 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 halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık ve derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirileceği kurala bağlanmıştır.*

*Bu değişikliklerle; hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, İdare Mahkemesince verilen kararın uygulanma imkanı da kalmayacaktır. Uygulamada, idare tarafından genelde boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemeyle, yargı kararlarının uygulanması şekli düzeyde kalacaktır. Bu nedenle, getirilen düzenleme, yukarıda yer verilen Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan “hukuk devleti” ilkesinin temel nitelikleri ile 138. maddesinde öngörülen “mahkemelerin bağımsızlığı” ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*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. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, “hukuk devleti” ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan “hukuka bağlı idare” anlayışının bir gereğidir.*

*6256 sayılı Kanununun 18. maddesi ile getirilen değişikliğe göre, kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekaleten atama, yer değişikliği, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasına aykırı bir şekilde bir kısım koşullara bağlanmıştır.*

*Buna göre, mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması halinde bu kadroya, boş olmaması halinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık ve derecesine uygun başka bir kadroya atanma suretiyle yerine getirileceği öngörülmüştür.*

*Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında, “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirmesini geciktiremez.” hükmüne yer verilmiştir.*

*Oysa, 6256 sayılı Kanununun 18. maddesi ile yapılan değişiklikte bu kuraldan sapılmakta, mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin zorunlu olduğu yönündeki Anayasal düzenlemenin dışına çıkılmakta, yeni koşullar ileri sürülerek mahkeme kararlarının değiştirilmesinin veya uygulanmamasının önü açılmaktadır.*

*Yine, Anayasa'nın 125. maddesinde; idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Örneğin, bir memurun atama işlemine karşı açtığı davada*

*mahkemece verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulü veya iptal kararının doğal sonucu, ilgilinin önceki görevine dönmektedir. İlgilinin eski görevine dönme sonucunu doğurmayacak şekilde düzenleme yapılması, yargı kararının bertaraf edilmesi sonucunu doğurur ve bu durum, kamu görevlisinin açtığı davadan elde edeceği hukuki kazanımdan yararlanamaması anlamına gelir. 6526 sayılı Kanununun 18. maddesiyle yapılan kanun değişikliğiyle, dava açılmasının bir anlamı kalmayacak; dolayısıyla, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenleme de işlevsiz hale gelecektir.*

*İlgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, işlemden önceki görevden alınmalarının hukuka aykırı olduğunu ispat etmek ve yargı kararı sonucunda söz konusu görevlerine dönebilmelerini sağlamaktır. Danıştay içtihatları ve idare hukuku ilkelerine göre, iptal davalarının doğurduğu hukuki sonuç da, iptal edilen işlemin hukuk alanında doğmamış olması ve hiç tesis edilmemiş gibi kabul edilmesidir. İdari işlemin mevcut olmadığını kabul ettiğimizde, idarece yapılacak işlem de, ilgilinin eski görevine aynen ve geciktirilmeksizin iade edilmesi olacaktır.*

*Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki hüküm de bunu emretmektedir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organının da, birtakım düzenlemelerle, mahkeme kararlarını değiştirecek mahiyette ve yargı kararının uygulanmasının bertaraf edilmesini doğuracak şekilde yasal düzenleme yapması, Anayasa'nın 125. maddesi ile 138. maddesinin son fıkrasına açıkça aykırılık oluşturmaktadır.*

*Söz konusu yasal düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yönünden değerlendirmesine gelince;*

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kişi hak ve hürriyetlerinin etkili bir hukuki korumaya tabi tutulabilmesi için taraf devletlere hem pozitif, hem de negatif yükümlülükler yüklemektedir. Bu kapsamda, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında adalete erişimin önündeki engellerin kaldırılması, devletlerin pozitif yükümlülüklerindedir. Adalete erişim hakkı, mahkemeye başvurma hakkının sağlanması, mahkemece makul sürede karar verilmesi ve verilecek kararın devlet organları tarafından aynen uygulanmasını gerektirmektedir.*

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adalete erişim hakkı ile 13. maddesinde düzenlenen ulusal bir makama başvurma hakkı, kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerinin esasını inceleyip karara bağlayabilecek ve ihlalin tespiti halinde uygun bir giderim yolu sağlayabilecek bir iç hukuk yolunun varlığını zorunlu kılmaktadır.*

*Mahkeme, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin denetim yaparken, Sözleşme'nin amacının kişi haklarını teorik olarak saymak olmadığı, somut ve etkili olarak korumak olduğunu belirtmektedir. Bu korumayı sağlayabilmek için Mahkeme, adil yargılanma hakkı açısından, devletin bir dizi hukuki eylemi, mahkemelerin yetkisi dışına çıkarması, mahkemenin denetim yetkisini kısıtlaması veya bazı kişi kategorilerini her türlü sorumluluktan muaf tutması, mahkeme kararlarını şeklen uygulaması veya hiç uygulamaması gibi tasarrufların, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi ile çeliştiğini ifade etmektedir.*

*Mahkeme, iç hukukta öngörülen müesseselerin, ileri sürülen ihlalin meydana gelmesini ya da devam etmesini engelleyemediği ya da daha önce meydana gelmiş olan ihlaller için, uygun bir telafi imkânı sağlayamadığı kanaatine varırsa, 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir.*

*Yine, mahkemeye başvuru hakkının kanunla kısıtlanması, yargı yetkisinin bazı dava türlerinde sınırlı olması, örneğin yürütmenin durdurulması gibi tedbir kararlarının verilememesi, mahkemenin uyuşmazlığın esasına ilişkin hüküm kuramaması, mahkemece kanunda öngörülen sürede süreli ve acil işlere karar verilememesi, hükmün aynen veya hiç infaz edilmemesi hallerinde de mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmektedir*

*Bu kapsamda, AİHM tarafından Türkiye aleyhine verilen Süzer Holding kararında yapılan tespitler önemlidir.*

*Anılan davada, Süzer Holding yetkilileri tarafından haklarında verilmiş olan 2 Danıştay kararının Anayasa'nın 138. maddesi hükmü uyarınca uygulanması amacıyla TMSF ve BDDK'ya başvuru yapılmıştır.*

*Başvuranlar, Bayındırbank ve Kentbank'ın birleştirilmiş aktif ve pasiflerinin ayrıştırılarak Kentbank'ın mal varlığının kendilerine iade edilmesini ve kendi bankaları hakkında konan bankacılık işlemlerinden men yasağının kaldırılmasını talep etmiştir.*

*BDDK tarafından, Kentbank'ın tüzel kişiliğinin Ticaret sicilinden terkin edilmek suretiyle sona ermesi nedeniyle, Danıştay kararlarının uygulanmasının hukuken ve fiilen mümkün olmadığına karar verilmiş, buna karşı açılan davalarda Danıştay 13. Dairesi'nin, Anayasanın 138. maddesinde ve 2577 sayılı Kanununun 28. maddesi uyarınca, idarenin mahkeme kararlarına mutlak uyma ve iptal edilen işlemde önceki halin vakit geçirilmeden yeniden iadesine ilişkin yükümlüğünü tekrarlamakla birlikte, bazı durumlarda, somut davada olduğu gibi yargı kararlarının icrasının mümkün olamayabileceğini ve Kentbank'ın hukuki ve mali durumunu TMSF'ye devrinden önceki haline getirmenin gerçekçi hiçbir yolunun bulunmadığını kabul etmiştir. Genel Kurul, 26 Haziran 2008 tarihinde oy çokluğuyla başvuranların istemlerini haklı bulan iki karar almıştır.*

*Gereğede; idare hukukunun temel ilkelerine atıfta bulunulduktan sonra; Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri tarafından verilen kararlarının gereklerinin idarece yerine getirilmesi temel bir kuraldır. Dosyadaki bütün bilgi ve belgeler incelendiğinde, (...) TMSF'ye devredilen Kentbank'ın devir kararının iptal edilmesi üzerine devir kararının alındığı tarihteki hukuki ve mali yapısının tekrar tesis edilmesi ve bankanın o zamanki durumu ile davacılara iade edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakla birlikte, iptal kararının bir gereği olarak ve başkaca bir hukuki engel yoksa davalı idarenin, davacılara Bankalar Kanunu hükümleri çerçevesinde tekrar bankacılık faaliyetinde bulunabilecek koşulları sağlaması ve bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni tanınmak suretiyle banka kurmalarına izin vermesi gerekir... kararı verilmiştir.*

*Bu kararın uygulanmaması üzerine yapılan başvuru sonucu, AİHM, Anayasanın 138. ve İYUK 28. madde hükümlerini zikrettikten sonra Türk hukuku ilkelerine ve Danıştay'ın yerleşik içtihadına göre, bir idari işleme karşı açılan iptal davasının amacının, bireysel hakların ihlalini tespit etmek ve bu işlemde kaynaklanabilecek zararı tazmin etmek değil, işlemin hukuka aykırı olup olmadığını saptamak olduğu, hâkimin görevinin, iptal edilen kararın yerine yeni karar almadan itiraz konusu kararı iptal etmekle sınırlı olduğu, yargı kararı*

*gereğince kendiliğinden yeni bir karar veya tedbir alma görevinin idareye ait olduğu, diğer taraftan, iptal edilmiş bir idari işlem ve aynı şekilde bu işleme dayanarak alınmış diğer tüm kararlar ve tedbirler, alındıkları tarihinden itibaren kayıtsız şartsız hükümsüzdür. Dolayısıyla iptal kararı geniş bir etkiye sahiptir. İdare, verilen iptal kararını uygulamak için karara konu işlemin etkilerini ortadan kaldırmaya ve eski halin yeniden tesisine çabalamalıdır.*

*Bu bağlamda; verilen iptal kararının, sadece hüküm fıkrasının değil, aynı zamanda gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu belirtmek gerekir. Dolayısıyla, hakkında böyle bir karar verilen idare, iptal kararını uygularken, mahkeme tarafından tespit edilmiş gerekçe ve değerlendirmelere uygun olarak hüküm fıkrasında ortaya konulan hedefe ulaşmak için gerekli tüm kararları ve tedbirleri almakla yükümlüdür. İdare, hiçbir durumda hakkında verilen kararları değiştiremez, uygulanmasını geciktiremez veya reddedemez. İdare bu amaçla, örneğin, yeni kararlar veya yeni idari tedbirler alarak veya uygulanmasını bir idari kurumun iznine bağlı kılarak bir kararın uygulanmasını dolaylı olarak engelleyemez veya geciktiremez. İlgili idare, yargı kararının tebliğ edilmesini takiben 30 gün içinde, idari bir karar almak veya eyleme geçmek suretiyle, ilgili bütün tedbirleri alarak kararı yerine getirmek zorundadır. Bu bağlamda, bir kararı uygulamasının fiili olarak imkânsız olduğuna karar vermesi, idareyi hiçbir şekilde yükümlülüklerinden kurtaramaz.*

*Uygulamada, bir iptal kararını icra etmenin fiilen veya hukuken imkânsız olduğu (özellikle aynen iade bağlamında verilen kararlar söz konusu olduğunda) olağanüstü koşullarda bile, idarenin uygulama yükümlülüğü hiçbir şekilde ortadan kalkmamaktadır. Böylesi engellerin mevcut olduğu durumlarda ise, uygulama biçiminde gidilebilecek değişiklikler düşünülmeli, ilgilinin yeniden yargıya başvurmasına gerek kalmadan, en tatmin edici alternatif çözüm belirlenmelidir. Örneğin, idare, “hukukî” nitelikte bir engel ileri sürmek için, bu engelin “aşılabilir” olduğunu ispat etmek zorundadır. Söz konusu idare, hukukî veya fiilî imkânsızlıklar nedeniyle olsun, her halükarda kararı uygulamak için elinden gelen her gayreti gösterdiğini ve engellerin aşılabilir olduğunu ispatlamak zorundadır; idare, bunun ardından ilgiliye en uygun alternatif çözümü önererek söz konusu karara uyma iradesinde olduğunu açıkça ortaya koymalıdır.*

*Bir kararın “uygulanma biçimi” hususu, ilgilinin uğradığı maddi veya manevi zararın “tazmin” edilmesi hususuyla karıştırılmamalıdır. Bununla birlikte, Danıştay’ın yerleşik içtihadına göre, iptal kararının uygulanmamasından dolayı tazminat ödenmesi, idarenin söz konusu kararı uygulamasından doğan anayasal yükümlülüğünden kurtulması anlamına gelmemektedir.*

*Başvuranlar, 7 Ocak 2005 tarihinde yaptıkları ilk başvurularında, Danıştay 10. Dairesi tarafından verilen ve kendilerinin haklı olduklarına hükmedilen bir dizi yargı kararının idare tarafından uygulanmaması nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler. AİHM, Taraf Devletin ulusal hukuk düzeninin kesinleşmiş ve bağlayıcı bir yargı kararının taraflardan birinin zararına olduğu halde infaz edilmemesine izin vermesi durumunda 6. maddenin teminat altına aldığı mahkemeye erişim hakkının bir yanlısamadan ibaret kalacağını vurgulamaktadır. Hangi yargı makamı verirse versin, bir yargı kararı veya hükmün infaz edilmesi, 6. madde anlamında davanın tamamlayıcı unsuru olarak değerlendirilmelidir.*

*Bu ilke, sonucu vatandaşın medeni hakları için belirleyici olacak bir idari dava mevzu bahis olduğunda daha da önem kazanmaktadır. İptal davası açan bir kişi somut başvuruda, üstelik devletin en üst idari yargı makamı nezdinde sadece itiraz konusu işlemin*

*ortadan kaldırılmasını değil, aynı zamanda ve özellikle etkilerinin kaldırılmasını hedeflemektedir. Oysa davaya taraf vatandaşın etkin korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması, idarenin kendisi hakkında verilebilecek nihai yargı kararlarına uymasını gerektirmektedir. Şayet idare, yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyorsa, dahası onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda vatandaşın davanın safahatı süresince yararlandığı, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar her türlü varlık nedenini kaybetmektedir.*

*İnfaz usulleri ve idari sistemi ne kadar karmaşık olursa olsun, Devlet, Sözleşme gereğince, herkesin kendi lehine verilmiş, uygulanması zorunlu ve bağlayıcı yargı kararlarının makul bir sürede uygulanması hakkını teminat altına alma yükümlülüğü altındadır. Aynı şekilde hiçbir devlet makamu, örneğin bir yargı kararıyla tespit edilen bir borcun ödenmemesine mali veya diğer kaynakların eksikliğini bahane gösteremez.*

*Bir başvuranın devlet hakkında kesinleşmiş bir yargı kararı aldırıldığı andan itibaren, ilk yükümlülüğün uygulanması amacıyla yetkili kuruma karşı yeniden dava açmak zorunda kalması AİHM için kabul edilemez bir durumdur. Bu durum, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası açısından belirleyici bir unsurdur.*

*Bu bağlamda; AİHM, ilk olarak bir yargı kararının uygulama zorunluluğunun kararın hüküm fıkrasıyla sınırlı olmadığını hatırlatmaktadır. Kararın esasına da aynı anda saygı gösterilmeli ve uygulanmalıdır.*

*Yukarıdaki hususlar ışığında AİHM, sorumlu Devletin bugüne kadar aleyhine verilmiş, kesinleşmiş ve infaz edilebilir idari yargı kararlarının infazını sağlamak için gerekli tedbirleri almamakla başvuranların mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiği ve dolayısıyla Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasını etkili sonuçları bakımından konusuz bıraktığı sonucuna varmıştır.*

*AİHM, ihlal tespit edilen bir kararın davalı Devlete bu ihlale son verme ve eski hali olabildiğince tesis edecek biçimde sonuçlarını ortadan kaldırma hukuki sorumluluğunu yüklediğini hatırlatmaktadır.*

*Yukarıda yer verilen AİHM kararına göre; idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı açık olan yargı yolu ile sağlanacak sonucun, idari işlemle ihlal olunan menfaatin tam karşılığı olması gerekir. Her ne kadar, idari eylem ve işlemler dolayısıyla doğan zararın para ile tazmini de mümkün ise de, AİHM' ne göre mahkeme kararının uygulanmasının fiilen ve hukuken imkansız olması halinde ancak tazminat ödenebilir. Zarar karşılığı tazminat ödenmesi, Devletin mahkeme kararını uygulaması sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.*

*Adalet erişim hakkı, mahkemece verilecek kararın devlet organları tarafından aynen uygulanmasını gerektirmektedir. Mahkeme, iç hukukta öngörülen müesseselerin, ileri sürülen ihlalin meydana gelmesini ya da devam etmesini engelleyemediği ya da daha önce meydana gelmiş olan ihlaller için, uygun bir telafi imkanı sağlayamadığı kanaatine varırsa, 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir.*

*Bu nedenle; AİHM, verilen iptal kararının, sadece hüküm fıkrasının değil, aynı zamanda gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla, haklarında böyle bir karar verilen idare, iptal kararını uygularken, mahkeme tarafından tespit edilmiş gerekçe ve değerlendirmelere uygun olarak hüküm fıkrasında ortaya konulan hedefe ulaşmak için gerekli tüm kararları ve tedbirleri almakla yükümlüdür.*

*Şayet idare, yargı kararını uygulamayı reddediyor veya ihmal ediyorsa, dahası onu uygulamayı geciktiriyorsa, bu durumda vatandaşın davanın safahatı süresince yararlandığı, Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörülen teminatlar her türlü varlık nedenini kaybetmektedir. AİHM'ne göre, İnfaz usulleri ve idari sistemi ne kadar karmaşık olursa olsun, Devlet, Sözleşme gereğince, herkesin kendi lehine verilmiş, uygulanması zorunlu ve bağlayıcı yargı kararlarının makul bir sürede uygulanması hakkını teminat altına alma yükümlülüğü altındadır.*

*Bu değerlendirmeler dikkate alındığında, 2577 sayılı Kanununun 28. maddesine 21/02/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanununun 18. maddesi ile eklenen; 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. cümlesi AİHS'nin 6. maddesi ile 13. maddesine aykırıdır.*

*2577 sayılı Kanununun 28. maddesine eklenen ek cümle mahkemece verilecek kararın infaz edilmemesi veya aynen uygulanmamasını düzenlemekte olup, idari yargıda açılacak dava kazanılsa bile kişiler bu hüküm gereğince eski görevine iade edilmeyeceğinden, iptal davası etkili iç hukuk yolu olmaktan çıkmaktadır.*

*AİHM, mahkeme kararlarının gerekçelerinin bile idare açısından bağlayıcı olduğunu belirtmesine karşın, 28. maddeye yapılan ekleme ile hükmün bile uygulanmamasının yolu açılmıştır.*

*Dolayısıyla, düzenlemeye konu idare mahkemesi kararının uygulanmamasına imkan veren hüküm, hem adalete erişim hakkının düzenlendiği AİHS'nin 6., hem de etkili iç hukuk yolunun düzenlendiği 13. maddesine aykırıdır.*

*Bütün bu nedenlerle; 21.2.2014 günlü ve 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesinin ikinci paragrafı ile 2577 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen birinci cümleinin öngördüğü düzenlemenin Anayasal dayanaktan yoksun olduğu ve Anayasa'nın 2., 125. maddeleri ile 138. maddesinin dördüncü (son) fıkrası hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. maddelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.*

*Açıklanan nedenlerle; dava konusu işleme dayanak teşkil eden ve 21.2.2014 günlü ve 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesinin ikinci paragrafı ile 2577 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen birinci cümleinin, Anayasa'nın 2., 125 ve 138. maddelerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, söz konusu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, başvurunun Anayasa Mahkemesince kabul edilmesinden başlayarak 5 ay süre ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararının beklenmesine, davanın esasının başvuru hakkında Anayasa Mahkemesince bir karar verilmesinden veya yasal süre geçtikten sonra incelenmesine, kararın bir örneğinin de taraflara tebliğine, 27/05/2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."*

*“Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, hukuk devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan bütün işlem ve eylemlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bütün etkinlikleri yargı denetimine bağlı olan Devlet demektir.*

*Ceza yargılaması hukukunda kabul edilen genel ilkelerin her biri hukuk devleti ilkesinin bünyesinde yer alan ayrılmaz, uygulamada hukuk devletini somutlaştıran, hayata geçiren, yaşatan, en ufak ayrıntıda varlığını gösteren unsurlarındandır. Ceza yargılaması hukuku ilkelerinin doğruluğu tarihi tecrübelerle akli vicdani sonuçlarla kabul edildiğinden iddia ve savunma haklarının hukuk devleti ilkesinin uygulamaya yansımalarıdır. Bu itibarla ceza yargılamasında hukuk devleti ilkesinin somutlaşması, yargılama ilkelerine bağlılıkla sağlanabilir. Yargılama hukuku ilkeleri ihlali doğrudan hukuk devleti ilkesinin ihlali olarak kabul edilmesi zorunludur.*

*Somut olayda dolandırıcılık suçu bakımından TCK 157. maddesine göre delilleri toplamaya ve hüküm vermeye Asliye Ceza Mahkemesi yetkili kılınmasına karşı iptali istenen yasa hükmü ile yargılama, delil toplama yetkisinin engellenip zorlaştırılması, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarının dahi ağır ceza mahkemelerinde oy çokluğu ile alınması mümkün olduğu halde telefon konuşma kayıtları bakımından oy birliği koşulu ile karar verilmek kaydıyla ağır ceza mahkemelerine yetki aktarımı yapılması suretiyle gereksiz yere hırsızlık ve dolandırıcılık suçu failleri için özel istisna oluşturulması ceza yargılaması hukukunun kesintisizliğine, yüze karşılık ilkesine, yargılama konusu eylemin tüm boyutlarıyla gerçekliğini araştırma inceleme ve verilecek sonuç kararda değerlendirme yetkisi olan hakime delil niteliğindeki telefon konuşma kayıtlarının celbi yetkisinin tanınmaması yargılama içi çelişki ve yargılama engeli oluşturularak aynı olay ve konuda yargılama yetkisinin parçalanmasına karar verecek hakime bir başka hakim heyetinin izniyle delil toplama yetkisi tanınması yargılamanın akli mantiki gerekçe ve akışına uygun olmadığı, hakim bağımsız karar verme yetkisini tanıyan Anayasanın 140/2. maddesinin ihlali anlamına geldiği, tek hakime kişinin ikametinde yatak odasında arama kararı verme yetkisi tanındığı halde telefon konuşma kayıtlarının getirilmesi yetkisinin tanınmaması da ayrı bir çelişki oluşturduğu, hakim delil toplama yetkisinin bulunduğu ilkesine, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle adil yargılanma ile iddia ve savunma dokunulmazlığı hakkında faydalanmasını düzenleyen Anayasanın 36. maddesine, gereksiz yere suç işleyen sanığı korumaya yönelik olduğu dolayısıyla mağdur haklarını koruma ilkesine açıkça aykırıdır. Bunun yanında tek hakimli ceza mahkemelerinde sanığa uzun süreli hapis cezası verme yetkisi tanındığı halde sanığın cep telefon bilgilerini celp etme yetkisinin verilmemesi kanun içi çelişki olduğu gibi Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ilkesine aykırıdır.*

**KARAR:**

*Yukarıda açıklanan nedenlerle 6526 sayılı Yasanın 12. maddesiyle değişik 5271 sayılı CMK'nun 135/1. maddesinin görülmekte olan ceza davasının esası hakkında karar verme yükümlülüğü bulunan hakim delil toplama hak ve yetkisini sınırladığı, sınırlamanın ceza yargılaması ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi Anayasamızın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine, Anayasamızın 36. maddesinde düzenlenen herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına Anayasanın 140/2. maddesinde düzenlenen hakimlerin bağımsız delil toplama ve karar verme engeli olarak değerlendirildiğinden konu hakkında karar verilmek üzere onaylı dosya örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasanın 152. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kararının beklenmesine karar verildi.”*

“ ...

*Mahkememizin yukarıda esas sayısı yazılı dava dosyasının yapılan yargılaması sırasında 06.05.2014 günlü oturum ara kararı uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan sanık ... kullandığı ... nolu, sanık ... kullandığı .... nolu ve sanık ... kullandığı ... nolu cep telefonu hatlarının suç tarihindeki görüşme arama kayıtlarının istenmesine karar verilmiş; TİB'in 23/05/2014 gün ve 29234571-401.01.04-2014.250193 sayılı yazıları ile, 'İlgi sayılı yazınızla, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 135 inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında, kovuşturma aşamasında sanığa ait hedef numaranın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespitine karar verildiği görülmüştür.*

*CMK'nın 135 inci maddesinin birinci fıkrası, 06.03.2014 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle, "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." şeklinde değiştirilmiştir.*

*Yapılan değişiklikle, 07.03.2014 tarihinden itibaren, bir suç dolayısıyla yapılan telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti açısından, soruşturma ve kovuşturma aşamaları arasında ayırım yapılmaksızın, karar mercii olarak "ağır ceza mahkemeleri" görevli kılınmıştır.*

*CMK 135 inci maddesindeki amir hükme rağmen, Mahkemenizce, sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespitine karar verildiği görülmüştür.*

*Açıklanan nedenlerle, Kanunun emredici hükmüne aykırı olduğu değerlendirilen ilgi sayılı kararınızın, itirazımız değerlendirilmek suretiyle CMK'nın 268 ve devamı maddeleri uyarınca düzeltilmesi, itiraz yerinde görülmediği takdirde dilekçe ve eklerinin itirazı incelemeye yetkili mercie gönderilmesi ve sonucun Başkanlığımıza bildirilmesi arz ve talep olunur.' belirtilerek istenen görüşme kayıtları gönderilmemiştir.*

*TİB'in itirazının dayanağını oluşturan ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini düzenleyen 5271 sayılı CMK'nun 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla değişik 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrası, '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.* ' şeklinde;

*6526 sayılı Kanun değişikliğinden önceki hali ise, 'Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.'* şeklindedir.

*Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere; 5271 sayılı CMK'nun 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla değişik 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrası ile, soruşturma ve kovuşturma evresinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespitine ilişkin karar vermeye tartışma ve yoruma yer bırakmayacak şekilde ağır ceza mahkemeleri görevli ve yetkili kılınmıştır.*

*5271 sayılı CMK'nun 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla değişik 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrasındaki 'Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.' şeklindeki düzenlemenin aykırı olduğu düşünülen 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 'Cumhuriyetin Nitelikleri' kenar başlıklı 2'nci, 'Yargı Yetkisi' kenar başlıklı 9'uncu ve 'Mahkemelerin Bağımsızlığı' kenar başlıklı 138. maddeleri şöyledir:*

*'Madde 2- 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.'*

*'Madde 9- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.'*

*'Madde 138- Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.'*

*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*

*Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.*

*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.'*

*Bilindiği üzere;*

*Anayasa'nın 2. maddesindeki Cumhuriyet'in niteliklerinden biri, belkide en önemli niteliği olan ve en yaygın biçimde, 'Faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan,*

*vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlayan, yönetimde keyfiliğin egemen olmamasını sağlayan ve kendisini hukukla sınırlayan devlet' olarak tanımlanan 'Hukuk Devleti' ilkesi, Yüce Anayasa Mahkemesi'nin 25 Mayıs 1976 tarih ve 1976/28 K. Sayılı kararında: "Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir" şeklinde tanımlanmıştır.*

*Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği pek çok kararında hukuk devletini şu şekilde tanımlamıştır:*

*"Her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir"*

*- Devletin faaliyetlerinde hukuk kurallarıyla bağlı olması,*

*- Hukuk önünde eşitlik ve devletin tarafsızlığı,*

*- Temel hakların güvence altına alınması,*

*- Devletin yargısal denetimi, hakim ve yargı bağımsızlığı hukuk devletinin temel ilkeleri olarak kabul edilmektedir.*

*- Devletin faaliyetlerinde hukuk kurallarıyla bağlı olması, hukuk önünde eşitlik ve devletin tarafsızlığı, temel hakların güvence altına alınması ancak ve ancak Devletin yargısal denetimi, hakim ve yargı bağımsızlığı ile mümkündür.*

*Hiç bir devlet organı, makam ya da kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında yargıçlara ve mahkemelere müdahale edememesi anlamına gelen yargı bağımsızlığı ilkesi, aynı zamanda güçler ayrılığının özünü oluşturur.*

*Yasama Organına Karşı Bağımsızlık, yürütme organına karşı bağımsızlık ve çevreye karşı bağımsızlık yargı bağımsızlığının temel unsurlarından bazılarıdır. Ancak, bir yargıcın kararını verirken hür olabilmesi için yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız olması yetmez, aynı zamanda kendi içinde bulunduğu yargı organına karşı da bağımsız olması gerekir. Yani yargı bağımsızlığının bir başka önemli unsuru da yargı organına karşı bağımsızlık, başka bir anlatımla mahkemelerin diğer mahkemelere karşı bağımsızlığıdır.*

*Bu kısa açıklamalar ışığında 5271 sayılı CMK'nun 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrasındaki 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla yapılan 'Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.' şeklindeki değişiklik ve düzenleme incelendiğinde;*

*6526 sayılı Kanun hükümleri ile, daha önce bu tür tüm talep ve tedbirlerle ilgili karar verme mercii olan, soruşturma evresinde 'Hakim' ve kovuşturma evresinde 'Mahkeme'*

*anlayışından vazgeçilerek, hukuk sistemimizde ve ceza yargılamasında daha önce eşi benzeri görülmemiş bir düzenlemeye yer verilerek, asliye ceza mahkemeleri ile sulh ceza mahkemelerinin, hatta hukuk mahkemelerinin adeta ağır ceza mahkemelerinin birer dairesine dönüştürüldüğü ve bu mahkemeye bağımlı hale getirildiği; öte yandan, amacı, bağımsız ceza mahkemeleri aracılığı ile maddi gerçeği hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde araştırmak ve ortaya çıkarmak olan ceza mahkemesinin, tarafların leh ve aleyhine olabilecek her türlü delili toplama ve serbestçe takdir edip değerlendirme yetkisini büyük ölçüde zedelediği gibi 'ağırlaştırılmış müebbet hapis' cezasına 'oy çokluğu' ile karar verme yetkisi olan ağır ceza mahkemeleri için de bu tedbirlerle ilgili taleplerin karara bağlanmasında 'oybirliği' esası getirilerek bir hukuk garabeti yaratıldığı; dolayısıyla ilk bakışta kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması amacıyla yapıldığı izlenimi veren bu düzenlemelerle esasen 'yargı bağımsızlığı' ve 'hukuk devleti' ilkesine büyük bir darbe vurulduğu düşünüldüğünden, sözü edilen Kanun hükmünün 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 9 ve 138. maddelerine aykırı olan 5271 sayılı CMK'nun 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrasındaki 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla yapılan 'Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.' şeklindeki değişiklik ve düzenlememin iptali için Anayasası'nın 152/1. maddesinin Mahkememize verdiği yetkiye dayanılarak Yüce Anayasa Mahkemesi'ne başvurma zorunluluğu doğmuştur.*

*SONUÇ: 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152/2. maddesi uyarınca Mahkememizin başvurusu Yüce Mahkemenizce incelenerek, 5271 sayılı CMK'nun 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanunla değişik 'İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması' kenar başlıklı 135. maddesinin 1. fıkrasındaki 'Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır.' şeklindeki düzenlemenin İPTALİNE karar verilmesi ve sonucunun Mahkememize bildirilmesi saygıyla arz olunur."*

*“a) Anayasa ’nın 2. maddesine aykırılık:*

*Mahkememizce iptali istenen kanun maddesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesinin 2008/38 E, 2010/39 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi hukuk devletinde yasa koyucu yetkisini kullanırken Anayasanın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmalıdır. Yine Anayasa Mahkemesinin 1963/126 E, 1963/243 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi hukuk devletinin özünü devlet organlarının hukuka bağlılığı oluşturmaktadır. Hukuk Devleti insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran, bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan, bütün faaliyetlerinde hukuka uygun davranan devlettir.*

*Hukuk devletinde kişilerin kendi haklarını kendilerinin almasının önüne geçilmesi ve kişisel ölçü alma duygularının önlenmesi için suçlarla orantılı cezalar kanunlarda düzenlenmekte ve ceza adaletinde caydırıcılık ilkesi amaçlanmaktadır. Bunun için usul kanunlarının da hukuka uygun yöntemlerle delil toplamayı amaçladığı izahattan varestedir.*

*Yukarıda açıkça izah edildiği zikredilen düzenleme hem bağımsız olan bir ceza mahkemesinin karar verebilmesini bir başka mahkemenin (Ağır Ceza Mahkemesinin) kararına bağlı kıldığından, hem ceza adalet sistemindeki delil serbestisi ve delillerin serbetçe takdir edilmesi ilkelerine aykırı olduğundan, hem suç ve suçlu ile mücadeleyi zorlaştırdığından hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*

*Bir hukuk devletinde devletin görevi en adil hukuk düzenini kurmaktır. Suç işleyen kişilerin eylemleri ile orantılı yaptırımlara tabi tutulmaları hukuk devleti ilkesinin de bir sonucudur. Ceza Muhakemesi Kanununun 160 vd. maddelerine göre delilleri toplama görevi Cumhuriyet Savcısının, delilleri takdir etme görevi de hakimindir. Mevcut bu düzenleme ile Cumhuriyet Savcısının delil toplaması imkanı elinden alındığı gibi kasten öldürme, cinsel saldırı, nitelikli dolandırıcılık, yağma, uyuşturucu ticareti gibi ağır cezalar gerektiren suçlarla ilgili davaları gören Ağır Ceza Mahkemeleri soruşturma işlemlerine boğulmaktadır. Bu hususunda hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu açıktır.*

*Öte yandan soruşturma işlemlerini yürütmek üzere kamu davalarına bakma görevi sona erdirilen Sulh Ceza Mahkemeleri ve Hakimlikleri ile ilgili 6541 sayılı Kanunla yapılan düzenlemede mevcut iptali istenen yasa maddesi ile çelişki arz etmiştir. Çünkü bir yandan Sulh Ceza Mahkemeleri sadece soruşturma ve idari yaptırım gibi işlemlerle ilgili olarak görevlendirilirken diğer yandan Ağır Ceza Mahkemeleri mevcut esasa ilişkin davaları yanında soruşturma işlemlerine bakmakla görevlendirilmektedir. Bu durumda bu düzenleme bu yönüyle de hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*

*b) Anayasa ’nın 9. ve 138. maddelerine aykırılık:*

*Anayasa ’nın 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağına hükmedilmiştir. 138. Maddede ise, yasama ve yürütme organı ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, mahkeme kararlarının hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir.*

*Anayasa Mahkemesi ’nin 2007/78 E, 2010/120 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi, yargı kararlarının uygulanmasını engellemek amacıyla yapılan düzenlemeler yetki saptırması ve amaç ögesi bakımından hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Mahkeme kararlarının uygulanmaması, yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir.*

*Yasama organının yargı kararını etkisiz bırakacak düzenlemeler yapması Anayasa'nın başlangıç kısmı ile 7, 8 ve 9. maddelerine aykırıdır.*

*Yine Anayasa Mahkemesinin 1985/1 E. 1986/4 K. sayılı kararında da, yasama organına verilen düzenleme yetkisinin kamu yararını ortadan kaldırmak ve engellemek şeklinde kullanılamayacağına hükmedilmiştir.*

*Mahkememizce iptal konusu yapılan düzenleme ile (dosya içerisinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Erzurum Çocuk Mahkemesine hitaben yazdığı 23/05/2014 tarihli cevap yazısından da anlaşılacağı gibi) görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak diğer ceza mahkemeleri de arama kayıtlarına ihtiyaç duyduğunda Ağır Ceza Mahkemesinde talepte bulunmaktadır. Oysaki mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi bir mahkemenin diğer bir mahkemedenden de bağımsız olmasını gerektirmektedir. Bir ceza mahkemesi hakiminin tam olarak vicdani kanaate varmak için ihtiyaç duyduğu geçmişe dönük telefon kayıtlarını (HTS) ya da telefon dinleme işlemini bir başka mahkemenin izni ile yapabilecek olması yargı yetkisinin mahkemelere ait olması ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkelerine ilişkin Anayasanın 9. ve 138. maddelerine aykırıdır.*

*d) Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık:*

*Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bu hak evrensel bir hukuk ilkesine dayanmakta olup, AHİS'nin 6. maddesinde de mevcuttur.*

*Bu maddenin yorumlanması ile ilgili AHİM kararlarında, ceza isnatlarına ilişkin uyuşmazlıkların kanunla kurulmuş mahkemelerce görülmesi ve karara bağlanması gerektiğine hükmedilmektedir. Yine AHİM kararlarında, bağımsız mahkemelerin kararlarının uygulanma kabiliyetinin önemine vurgulama yapılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 2010/99 E, 2011/117 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi adil yargılanma hakkı doğru ve güvenli yargılanma hakkı demektir.*

*Adil yargılanma hakkı sadece faillerin ya da suç isnadı ile yargılanan kişilerin değil, davanın diğer taraflarının yani mağdurların da hakkıdır.*

*Mevcut düzenleme iletişimin tespitine yönelik (özellikle HTS kayıtlarına yönelik) delil toplamayı zorlaştırdığı için bu uygulama suçtan zarar görenler açısından adil yargılanma hakkının da ihlalidir.*

*TALEP : Ayrıntısıyla açıkladığımız üzere;*

*Mahkememizce görülmekte olan davada, uygulama yeri bulunup, mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 6526 sayılı Kanun ile değişik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135. maddesinin birinci fıkrasındaki "Ağır Ceza Mahkemesi", "tedbire Ağır Ceza Mahkemesince oy birliğiyle" ve "İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır." ibarelerinin Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine, yargı yetkisi, mahkeme bağımsızlığı ve devlet organlarının mahkeme kararlarına uyma mecburiyeti ile ilgili 9. ve 138. maddelerine, adil yargılama hakkıyla ilgili 36. maddesine aykırı olduğu düşünüldüğünden mahkememizce gerekçesi ile birlikte işbu başvuru yapılmıştır.*

**Esas Sayısı : 2014/145**  
**Karar Sayısı : 2014/144**

*Zikredilen maddenin Anayasa'nun gerekçemizde yazdığımız maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmesine karar verilmesini arz ederiz."*

*“Kocaeli İli, Darıca İlçe Emniyet Müdürlüğünde komiser yardımcısı olarak görev yapan davacı tarafından, Gebze İlçe Emniyet Müdürlüğü emrinde görevli iken Darıca İlçe Emniyet Müdürlüğü emrine atanmasına ilişkin 04/02/2014 tarih ve 223 sayılı işleme karşı açılan davada Kocaeli 1. İdare Mahkemesince verilen E:2014/199 sayılı yürütmenin durdurulması kararı uyarınca Gebze İlçe Emniyet Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Grup Amirliği emrine atanması gerekirken Darıca İlçe Emniyet Müdürlüğü emrinde görevine devam etmesi yönündeki 12/05/2014 tarih ve 962 sayılı davalı idare işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Kocaeli Valiliğine karşı açılan davada, davacının dava dilekçesi içeriğinde belirttiği Anayasa’ya aykırılık savı ve dosya içeriği incelenerek gereği görüldü.*

*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 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.” hükmüne yer verilmiş, devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesinde ise “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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” düzenlemesine yer verilmiş; 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.” hükmü yer almış, 36. maddesinde de “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.*

*125. maddesinde “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hüküm: 13/8/1999-4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir...” düzenlemesine yer verilmiş, 138. maddesinde ise “...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” hükmü yer almıştır.*

*6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 40. maddesinde ise “(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;*

*İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,*

*Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,*

*Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir...” hükmüne yer verilmiştir.*

2577 sayılı Yasanın 28. maddesinde “...(Ek cümleler: 21/2/2014- 6526/18 md.) 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... 4. (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.) Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.” düzenlemelerine yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Gebze İlçe Emniyet Müdürlüğü emrinde görevli iken Darıca İlçe Emniyet Müdürlüğüne komiser yardımcısı olarak atanan davacının atama işleminin iptali istemiyle açtığı davada Kocaeli 1. İdare Mahkemesinin 15.4.2014 günlü E:2014/199 sayılı kararıyla idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği, davalı idarece 6.3.2014 günlü, 28933 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve yukarıda madde metni verilen 2577 sayılı Yasanın 28. maddesi esas alınarak davacı lehine verilen kararın uygulanmayıp söz konusu yasa maddesi esas alınmak suretiyle davacının Darıca Emniyet Müdürlüğünde görevine devam ettirilmesi yolunda karar alındığı, mahkeme kararının bu şekilde uygulandığı, davanın bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

İdari tasarrufların kazay-i murakebeye (yargısal denetime) tabi tutulması hukuka bağlı devlet prensibinin en mütebariz vasfı icabındandır.

Bu bağlamda kamu görevlileri hakkında tesis edilen ve iptal istemine konu yasa maddesinde belirtilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili hak ihlallerinin varlığının ileri sürülmesi ve bunların iptalleri için idari dava açılabilmesi hukuk devleti prensibini benimsemiş bir devlette ve anayasal düzende mümkün ve gerekli olup söz konusu işlemler sonrasında mahkemelerce verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları sonrasında mahkeme kararlarının uygulanmasına ilişkin düzenlemelerin de yine anayasal hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi ve hukuk devleti ilkesine uygun olması zorunluluktur.

Dava konusu olayda olduğu üzere bir kamu görevlisinin atanmasından sonra açılan dava üzerine verilen iptal kararının uygulanma kabiliyeti “...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” cümlesi ile etkisizleştirilmiş olup ilgilinin hak arama özgürlüğü de bu anlamda kısıtlanmış bulunmaktadır.

Öte yandan maddede geçen ve yukarıda belirtilen cümlelerin devamı olan “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...” hükmü ile de eski kadrosu ile ilgilinin atandığı kadro arasında mali yönden bir fark bulunabileceği belirtilmiş olup bu halde memur hukuku ve (dava açılmadan atanma halinde 657 sayılı yasanın 76. maddesi gereğince mali yönden fark oluşmaması, ilgili tarafından dava açıldığında ise bu madde uygulanarak mali yönden farkların oluşabileceği dikkate alındığında) eşitlik ilkesiyle de bağdaşması mümkün değildir.



*Yine maddede geçen “Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir” düzenlemesinin de, kamu görevlilerinin mahkeme kararlarını süresinde uygulamaması gibi bir keyfiliğe yol açması ve Anayasa’nın 138. maddesinde ifadesini bulan ‘Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” hükmüne aykırı olduğu açıktır.*

*Açıklanan nedenlerle mahkememizce 2577 sayılı Yasanın 28. maddesine 6.3.2014 tarih ve 28933 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6526 sayılı Kanunun 18. maddesi ile eklenen birinci fıkrasında yer alan “...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” hükmünün, yine aynı fıkroda yer alan “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.” hükmü ile dördüncü fıkrasında yer alan “Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.” hükmünün, Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine, 36. maddede ifadesini bulan hak arama hürriyetinin, hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede öngörülen ölçülülük ve öze dokunamazlık ilkelerine, yine söz konusu hükmün Anayasa’nın 125. ve 138. maddelerine aykırılık taşıdığı kanısına varıldığından dosyada bulunan belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi’nce verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına 15.08.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”*

*“Dayanılan Anayasa Kuralları :*

1- *“Madde 2- 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.”*

2- *“Madde 125- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.(...)”*

*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.”*

*Anayasa’ya Aykırılık Nedenleri :*

*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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.*

*Kişilerin, devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ‘İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.’ denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından işlemin denetiminin hızlı bir şekilde yapılarak idari işlemlerin sonuçlarını doğurup kişileri mağdur etmeksizin karar verilmesinin önünün açılması ve kolaylaştırılması, yine verilen Mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olup olmadığının denetiminin o işlemin uygulanarak etkisini tükettikten ve tüm sonuçlarıyla kişi üzerindeki yansımalarını gösterdikten sonra hukuka aykırılığının tespit edilerek iptal edilmesi 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 etkilerini göstermeksizin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.*

*2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunundaki yargılama ilkeleri gözetildiğinde, kamu personeline ilişkin itiraza konu kuralda sayılan uyuşmazlıklarda, davanın açılmasından sonra 15 gün içinde yürütmenin durdurulması isteminin inceleneceği, verilen kararların 15 gün içinde yazılacağı ve idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulması kararının itiraza konu kural nedeniyle verilemeyeceği, idareye savunma için 30 gün süre verileceği ve verilecek kararın yine 15 gün içinde yazılacağı, bu kararın idare tarafından 30 gün içinde yerine getirilmesinin gerektiği hususları birlikte gözetildiğinde, örneğin idare tarafından 60*

*gün süreyle yapılan geçici görevlendirmelerin hukuksal denetimi yapıp iptal edilene kadar geçici görev süresinin dolması nedeniyle personelin görevine geri döneceği, bu şekilde personelin idare tarafından yıllarca geçici görevlendirme yoluyla kadrosundan uzakta çalıştırılmasına olanak bulunacağı ve buna ilişkin iptal kararlarının fiilen hiçbir zaman uygulanamayacağı, bu durumun ise yargı kararlarını hukuken etkili, fiilen etkisiz hale getirmek suretiyle hukuk devletine olan inancı ve yargıya güveni zedeleyeceği, ayrıca bu şekilde esasen işlemlerin denetiminin yapılmasının önünün kapatılacağı, bu yönüyle itiraz konusu kuralın, idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık olması yolundaki Anayasal hükmü etkisiz hâle getirerek bireyin hukuk güvenliğini açık şekilde zedelediği ve yargısal denetim aracılığıyla hukukun üstünlüğünün sağlanması amacına zarar verdiği kuşkusuzdur.*

*Hukuk alanında idarenin değişiklik, yenilik doğuran irade açıklamaları şeklinde genel ifadesini bulan “idari işlem”ler, Anayasal sınırlar içinde “görev ve yetki”leri haiz olan idarenin, yükümlülüklerini yerine getirme ve özellikle kamu hizmetlerini görebilmeye sahip olduğu başlıca vasitalardan biridir. Kişilerin, hukuksal durumlarını statülerinin belirlediği idare hukuku alanında bu statülere giriş ve çıkış hep idari işlemler vasıtasıyla olmaktadır.*

*Yasal bir tanımlı olmayan, idari işlemin nitelikleri öğretisi ve idari yargı kararlarıyla belirlenmektedir. Buna göre bir tasarruf veya kararın idari işlem sayılabilmesi için, bunun bir kamu kurumunca ya da idare örgütü içinde yer alan bir idari makamca tesis edilmiş olması ve idarenin idare hukuku alanında gördüğü idari faaliyetlerle ilgili bulunması gerekir. Diğer bir deyişle, idarece kullanılan yetki ile serdedilen kamusal irade, etki ve sonuçlarını idare hukuku alanında göstermelidir.*

*İdari işlemlerin temel nitelik ve özelliklerinin tek yanlılık, kanunilik ve uygulanabilirlik şeklinde sıralanması, genel kabul görmüş bir tasnif biçimidir. İnceleme konusu bakımından önem taşıyan, bu özelliklerden “uygulanabilirlik” niteliğidir. Tek yanlılık ve kanuniliğin doğal uzantısı olarak, idarenin bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkan işlemi, “uygulanabilir” olma yeteneğini içinde saklamaktadır. Eski deyimle, “icrai” olan idari işlem, tek yanlı “yürütülebilir” olma üstünlük ve ayrıcalığına sahiptir. Öte yandan, idarenin bilgi veren, uyarıcı ve iç yazışma niteliğindeki işlemlerinin, yukarıda işaret edilen “idari işlem” sayılamayacağı ve bir iptal davasına konu yapılamayacağı hususunda da öğretisi ve idari yargı kararlarında tam bir ittifak bulunmaktadır.*

*İdare, özel hukuk kişilerinin sahip olduğu yetkilerin dışında ve üstünde birçok yetkilere sahiptir. İdareye özgü olan bu yetkilerle, kişilerin üzerinde, tek yanlı irade açıklaması ile hukuksal etkiler doğuracak eylem ve işlemler yapabilir. Bu işlemlerin yerine getirilmesi için, başka bir makam ya da merciin yardımına gereksinim olmadan kişiler çeşitli yükümlülükler altına sokulabilir.*

*Öte yandan, idarî işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idarî işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır. İdarî davalar, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun yargısal yolla denetlenmesi, kamu hizmetlerinin hukuk kurallarına ve hizmetin gereklerine uygun biçimde yapılmasının sağlanması, kamu hizmetlerinin getirdiği yarar ve zararların bireyler üzerindeki etkilerinin adaletli biçimde dengelenmesi için tanınmış bir haktır. İdarî dâvalar, idare hukukuyla birlikte hukukun üstünlüğü, Devletin hukuka bağlılığı ilkesinin sonucu olarak hukuk alanına girmiştir.*

*İdarî yargıda “idarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan dâvalar” olarak tanımlanan iptal davaları, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak hukuk devletini gerçekleştiren önemli yollardandır. İptal davası kolay işleyen ve karmaşık olmayan niteliğiyle yargısal bir denetim yolu olarak öngörülmüştür.*

*İptal davaları ile idarî işlemlerin hukuk kurallarına uygunluğu incelenir. Aykırılığın saptanmasında işlem ortadan kaldırılır. Böylece, idarenin hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi sağlanarak hukuk düzeni korunur.*

*Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” denilmiştir; beşinci fıkrasında ise idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kurala bağlanmıştır. Böylelikle idarenin eylem ve işlemlerine karşı etkili bir yargı denetimi sağlanması amaçlanmıştır.*

*Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürütmesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması olmakla birlikte, bu durum, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.*

*Bununla birlikte, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasıyla, üstün kamu yararının bulunduğu kimi durumlarda, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine istisna getirilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olağanüstü hâl, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabilir.*

*Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanılması dahi, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirme konusunda sınırsız yetki vermez. Zira, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirilebilmesi için açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak üstün bir kamu yararının bulunması gerekir.*

*2577 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1982 yılında, idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine olanak tanıyan herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasına karşın, idari yargı mercileri tarafından uygulanmakla etkisi tükenecek sınırdışı edilme, işyeri kapatma, yıkım, geçici görevlendirme gibi işlemlerde, verilecek mahkeme kararının fiilen uygulanmasına olanak bulunmayacağı ve bu durumun hukuk devleti ilkesini*

zedeleyecek olması nedeniyle Anayasaya aykırı olduğu düşüncesinden hareketle idarenin savunması alınıncaya kadar yürütmenin durdurulmasına karar verildiği bilinmektedir. 30 yıllık istikrarlı mahkeme uygulamaları sonucu yasama organı tarafından ülke çapındaki farklı uygulamaların belirli bir kural içine alınması amacıyla 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinin 2. fıkrasında, 2/7/2012 günlü, 6352 sayılı Kanun'un 57. maddesi ile değişiklik yapılmak suretiyle "Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir." hükmüne yer verildiği görülmektedir.

Madde gerekçesinde, yıkım ve sınır dışı etme gibi uygulanmakla etkisi tükenecek nitelikteki idari işlemler bakımından savunma alındıktan sonra yeniden bir karar verilmeye kadar geçici olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine olanak tanınması amacıyla düzenleme yapıldığının belirtildiği, bu konuda hangi davalarda bu kuralın uygulanacağını madde metninde sayılmadığı ve bu konuda değerlendirmenin yargı organına bırakıldığı gibi yine düzenlemede herhangi bir istisnaya da yer verilmediği görülmektedir.

Sonraki süreçte ise, ülke genelinde yaşanan ve kamu personellerinin odağında yer aldığı bazı sorunlar üzerine kamu personel rejimi ilkeleri çerçevesinde alındığı belirtilen ve üstün kamu gücü kullanılmak suretiyle tesis edilen işlemlerde mahkemeler tarafından verilen ve/veya verilebilecek olan idarenin savunması alınmaksızın işlemin yürütmesinin durdurulması yolundaki kararların önüne geçilebilmesi amacıyla yeniden bir düzenleme yapılarak ilk düzenlemenin üzerinden 1,5 yıl gibi bir süre geçmesine karşın yeni bir düzenleme yapılarak anılan kurala istisna getirildiği, bu kapsamda tesis edilen "kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, naklen atama, görev ve unvan değişikliği, geçici veya sürekli görevlendirmelere ilişkin idari işlemler" bu kuralın dışında bırakılarak bu işlemlerin uygulanmakla etkisi tükenecek işlemler olup olmadığı konusunda yargı organları tarafından değerlendirme yapılmasının önünün kapatıldığı görülmektedir.

Bu şekilde yapılan düzenlemeye yönelik olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklama yapılmadığı gibi Kanun uyarınca, yapılacak idari işlemler yönünden savunma alınmaksızın yürütmeyi durdurma kararı verilmesine istisna getirilmesinde, açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari işlemin etkisi tükeninceye kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak, derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı bulunduğu söylenemez.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak kısmen/tamamen yoksun bırakıldıkları sonucuna varıldığından itiraza konu kuralın Anayasamızın 2. ve 125. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

#### **İSTEM ve SONUÇ:**

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 2. fıkrasına 21/2/2014 günlü, 6526 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile eklenen ek cümle olan, "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." şeklindeki düzenlemenin Anayasamızın 2. maddesine ve 125. maddesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nce iptali gerekeceği düşüncesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40.

**Esas Sayısı : 2014/153**  
**Karar Sayısı : 2014/149**

*maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, yine başvurumuzun Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilmesinden başlayarak anılan 40. madde uyarınca beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararının beklenmesine, kararımıza dava dosyamızın onaylı bir örneğinin eklenmesine, kararımızın bir örneğinin taraflara tebliğine, 25/07/2014 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."*