

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

“ ...

1. 7070 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlenin Anayasa'ya aykırılığı

7070 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesinin ikinci fıkrasına bir cümle eklenmesi öngörülmüştür.

Eklenen cümleye göre; *“Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.”*

Hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir.

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir. Böyle bir durumda, devletin en önemli görevlerinden biri olan vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlama yükümlülüğü layıkıyla idrak edilememiş olmaktadır. Anayasanın 2 nci maddesinde devletin temel niteliklerinden biri olarak zikredilen “hukuk devleti”nin en temel tezahürlerinden biri de; bireylere hukuk güvenliği sağlayarak, temel hak ve özgürlüklerini kavrayabilme imkanı sağlamasıdır.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir.

Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaa'nın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Adil yargılanma hakkı, Anayasada tanımlanmadığından bu hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesinde AİHS ve AİHM içtihatlarının göz önünde bulundurulması gerekir.

Suç isnadı altında bulunan kişilerin, savunma hakkını tam anlamıyla kullanılabilmesi, bu kişilere savunma hakkını kullanabilecekleri imkân ve şartların yasal düzenlemelerle öngörülmüş olmasına bağlıdır.

Müdafiden yararlanma hakkı ise, bu anlamda savunma hakkının bir tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim, AİHS'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6 ncı maddesinde de, “*sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması*” adil bir yargılamanın şartı olarak güvence altına alınmıştır. Silahların eşitliği ilkesi gereğince, sanığa hakkındaki isnadı ortadan kaldırmak için delil sunma ve dilediği gibi savunma yapma imkânının tanınması gerekir. Savunma hakkının beraberinde getirdiği en önemli imkânlardan biri de, sanığın dilediği sayıda müdafiden yararlanma hakkıdır.

Silahların eşitliği ilkesi, muhakemenin iddia ve savunma ayağının sahip olduğu haklar arasında bir dengenin bulunmasını gerektirir¹. İlke, iddia ayağına tanınan ve sağlanan hak ve imkanların, eşit düzeyde savunma bakımından da tanınmasını gerekli kılar. Bu sebeple, savunma ayağına, hakkındaki isnadı ortadan kaldırmaya yönelik savunmasını yapabileceği, bütün savunma argümanlarını mahkemeye ulaştırabileceği makul imkânların sağlanması, adil bir yargılama bakımından olmazsa olmaz bir koşuldur (*Sardon Alvira/İspanya, 24 Eylül 2013*)².

Sanığın dilediği sayıda müdafiden yararlanma hakkı, savunma hakkı, silahların eşitliği ilkesinin sanığa sunduğu temel bir hak ve imkândır. Bu hakkın, örgüt suçları bakımından sınırlandırılmasının hiçbir haklı ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Bu suçtan daha ağır suçlar bakımından dahi (örneğin kasten öldürme) Kanun'da kabul edilmemiş bir sınırlamanın, örgüt suçları bakımından öngörülmesinin hiçbir hukuki izahatı yoktur.

Örgüt suçlarına ilişkin kovuşturmalarda, duruşmada en fazla üç müdafî bulunabileceğinin öngörülmesi, bireyin hak arama hürriyetinin sınırlandırılması anlamını taşımaktadır. Bu hakkı sınırlandıran düzenlemeler ise, adil yargılamayı etkileyebilecek bir mahiyet arz ettiğinden, bireylerin Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına müdahale niteliği taşıyacaktır. . Bu müdahalenin makul bir nedeni olmadığı, dolayısıyla gerekli olmadığı görülmektedir. Temel haklara yönelik gerekli olmayan müdahaleler, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle söz konusu hüküm Anayasanın Başlangıçtaki temel ilkelerine, 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

2. 7070 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 151 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına eklenen “avukat hakkındaki soruşturma veya” ibaresi ve “Ancak,” ibaresinden sonra gelmek üzere “soruşturma veya” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

Müdafi, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını üstlenen avukatı ifade etmektedir (m.2). Kolektif savunma süjesi olarak görev yapan müdafî, hem adil bir

¹ Özbek, Veli, Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, (tarihsiz) Ankara, 108.

² Ergün, Güneş Okuyucu, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Silahların Eşitliği İlkesi”, LHD., C.:11, S.: 131, Y.:2013, s.8, 9.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

yargılamanın gerçekleştirilmesi hem de şüpheli ve sanığın ceza muhakemesi sürecine aktif şekilde katılabilmesi için savunma faaliyeti içinde görev yapan bir süjedir.

Müdafi, ceza muhakemesi hukuku kuralları çerçevesinde, şüpheli veya sanık tarafından işlendiği iddia olunan suçla ilgili, onlara hukuki yardımda bulunur. Şüpheli ve sanık için müdafinin hukuki yardımından yararlanmak aynı zamanda bir haktır (m.149/1). Müdafinin bu görevi, soruşturma aşamasında şüpheli üzerindeki suç isnadını ortadan kaldırarak hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesini sağlamak, kovuşturmada ise, sanığın ya cezalandırılmamasını ya da daha hafif bir yaptırıma tabi tutulmasını sağlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle, müdafi, şüpheli ve sanığın yardımcısı rolünü üstlenmektedir.

Diğer taraftan adil yargılamanın gerçekleştirilmesi, adalete hizmet etme noktasında müdafinin kamusal çıkarları gözetten bir süje olduğu da şüphesizdir. Müdafi, şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunarak, savunma faaliyetine katkı sağlamakla, toplumsal savunma faaliyetini yerine getirir. Çünkü suçsuz bir kimseye isnat edilen suçlamaların ortadan kaldırılması ya da daha hafif bir yaptırıma tabi tutulması gerekirken daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması talep edilen bir sanığın hakkını almasının sağlanması, yalnızca sanık menfaatleri açısından değil, toplumsal açıdan da vicdani bir sorumluluk ortaya çıkarmaktadır. İşte bu toplumsal sorumluluğun gereği, ceza muhakemesinde aktif olarak müdafi aracılığıyla yerine getirilir.

Müdafii, ceza muhakemesinde bir taraftan şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunan, onun haklarını gözetten, aynı zamanda da ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşmasında (adil bir yargılama neticesinde maddi gerçeğe ulaşmak, adaleti tesis etmek) muhakeme makamlarına yardımcı olup çifte fonksiyon icra eden bir ceza muhakemesi süjesi olarak ortaya çıkmaktadır.

7070 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 151 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına "Müdafilik görevinden yasaklama kararı," ibaresinden sonra gelmek üzere "avukat hakkındaki soruşturma veya" ibaresi ve "Ancak," ibaresinden sonra gelmek üzere "soruşturma veya" ibaresi eklenmiştir.

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Avukatlar hakkındaki, müdafilik görevinden yasaklama kararının, haklarındaki soruşturma konusu suçlarla ilgili olarak da verilmesinin öngörülmesi ve yine yasaklılığa ilişkin süre uzatımının soruşturma konusu suçlarla ilgili olarak da öngörülmesi, yasaklılığın istisnai olma özelliğini bertaraf edecek, müdafinin yasaklanmasını kural haline getirecektir. Avukatın,

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

müdafilik görevinden yasaklanmasını kolaylaştıran ve sınırlarını genişleten bu düzenleme, hak arama hürriyeti ve adil yargılama ilkesinin sınırlandırılması ve ihlali anlamı taşıdığından, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle söz konusu hüküm, Anayasanın Başlangıçta yer alan ilkelere, 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3. 7070 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine eklenen 2 nci fıkrada yer alan "örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7070 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine 2 numaralı fıkranın eklenmesi öngörülmüştür.

Eklenen 2 nolu fıkraya göre; "(2) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz."

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir. Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaa'nın iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

Soruşturma evresinin en önemli özelliklerinden biri de bu evrenin gizli olmasıdır. Soruşturmanın gizliliğinin temel amacı, bir yandan şüphelinin masumiyet karinesini koruma altına almak, bir yandan da maddi gerçeğin ortaya çıkması amacına yönelik ceza muhakemesinde, bu sürecin gerektirdiği işlem ve tedbirlere başvurmaktır.

Soruşturmanın gizliliği müdafî bakımından geçerli değildir. Müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Ceza muhakemesi hukukunda, müdafiden yararlanma hakkı, şüphelinin en önemli haklarından birini oluşturmaktadır. Müdafiden yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Şüpheli ve sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir (m.149/1). Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz (m.149/3).

AİHS.'in 6 ncı maddesinin 3/c fıkrasında; sanığın; “kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için mali olanaklardan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek” hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak güvence altına alınmıştır.

AİHM., müdafiden yararlanma hakkının unsurlarını ve görünüş biçimlerini muhtelif kararlarında ortaya koymuştur. Sanığın kendi kendini savunma hakkı bulunduğunu belirten Mahkeme (Foucher / Fransa) , bu hak kapsamında kişiye avukat seçme hakkının da (Campbell ve Fell / Birleşik Krallık) tanınması gerektiğini belirtmiştir. Müdafiden yararlanma hakkı, etkin ve elverişli hukuki yardım hakkı ile (Bogumil / Portekiz) tamamlandığında bir anlam kazanmaktadır.

Soruşturma evresinde, belli suçlarda şüphelinin müdafî ile görüşme hakkının kısıtlanması, silahların eşitliği, savunma hakkı, adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Gerçekten bir kısım suçların ağırlığından bahisle, henüz soruşturma safhasında şüphelinin haklarının sınırlandırılması, açıkça suçun ağırlığına orantılı peşin bir yaptırım görüntüsü oluşturmaktadır. Bu yönüyle de getirilen düzenleme açıkça evrensel ilkelere, masumiyet karinesine aykırı bir özellik taşımaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36 ncı maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Keza Anayasa 38/4'te “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” denilmek suretiyle masumiyet karinesi de güvence altına alınmıştır.

7070 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine eklenen 2 nolu fıkra ile, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçların yanı sıra, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından da, gözaltındaki şüphelinin müdafî ile görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabileceği kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu madde imal ve ticareti suçları bakımından böyle bir kısıtlama getirilmesinin hiçbir haklı ve makul gerekçesi bulunmamaktadır. Bu suçlarda, hak arama hürriyetini, savunma hakkını ihlal eden ve adil

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

yargılama ilkesi, masumiyet karinesi ile bağdaşmayan bir düzenleme yer verilmiş olması hukuka aykırı bir nitelik arz etmektedir.

Bu sebeple, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2, 36 ve 38. maddelerine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.

4. 7070 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 178 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen "Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir" cümlesinin Anayasaya aykırılığı

Muhakeme hukuku üçayaklı bir sistem üzerine kurulu olup, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistem kolektif şekilde görev icra etmekte ve nihayetinde hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflemektedir. Bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği, birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda, sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden de söz etmek mümkün değildir.

Müdafaa, kamusal bir savunma faaliyeti olarak, muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturmaktadır. Savunma olmadan, sırf iddia ve yargı ile şüpheli ya da sanık hakkında bir işlem tesis edilmesi, hüküm kurulması, demokratik bir hukuk sisteminde tahayyül edilemez. Savunmanın olmadığı yahut savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir muhakeme sisteminin, hukuk devleti içinde yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple, ceza muhakemesi sisteminin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sistemin amacına uygun şekilde, özellikle silahların eşitliğini bozacak, iddia ve savunma arasında hak ve imkân dengesizliğine yol açacak düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir.

Ceza muhakemesi hukuku, tarihsel süreçte, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşılması aşamalarından geçmiştir. Günümüz ceza muhakemesinde ideal olan, sanığın haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu yapılırken, silahların eşitliği ilkesinin benimsendiği, iddia ile savunma arasında hak ve imkân dengesinin gözetildiği ve uygulandığı bir süreç yürütülmelidir. Silahların eşitliği, çağdaş ceza muhakemesinin vazgeçilmez bir parçası olup, bu ilke, müdafaaanin iddia makamı karşısında eşit imkânlarla sahip olmasını ve bunları etkin bir şekilde kullanabilmesini ifade etmektedir. Silahların eşitliğinin öngörüldüğü bu döneme bir anda erişilmediğini, savunmanın iddia karşısında yerinin olmadığı, savunmanın etkisiz kılındığı dönemlerden, savunma ile iddianın eşit şartlara sahip olduğu günümüz muhakeme hukuku anlayışına, sayısız hak ihlalden, haksız ve adaletsiz yargılamalardan sonra gelinebildiğini de unutmamak gerekir.

Çağrılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi, silahların eşitliği ilkesi ve savunma hakkının bir parçası olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 178 inci maddesinde öngörülen bir imkandır. Buna göre, mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.

7070 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 178 inci maddesinin birinci fıkrasına "Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir" şeklinde bir cümle eklenmiştir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

Şüpheli ve sanığın en önemli haklarından biri olan hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak savunma yapma, meramını anlatma hakkı, adil yargılanma hakkının bir parçasıdır. Şüpheli veya sanık, hakkındaki isnatlarla ilgili olarak susma hakkını kullanabilir ya da bu isnatları ortadan kaldırmaya, suçsuzluğunu ispat etmeye yönelik olarak kendisini aktif şekilde savunabilir. Bu anlamda şüpheli veya sanık, sözlü ya da yazılı şekilde hakkındaki isnatlarla ilgili açıklamalarda bulunabilir, delil gösterebilir, delil toplanmasını, tanık vb. diğer kişilerin dinlenilmesini isteyebilir.

Ancak, savunma hakkının tam anlamıyla kullanılabilmesi, şüpheli ve sanığa savunma hakkını kullanabileceği imkân ve şartların yasal çerçevede adli mercilerce sunulmasına bağlıdır. Bu yönüyle, bu hakkın, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu ifade edilmelidir. Nitekim, AİHS.'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6 ncı maddesinde de, "sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması" adil bir yargılamanın şartı olarak güvence altına alınmıştır.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Bu ilke uyarınca, şüpheli ve sanığa, hakkındaki isnadı ortadan kaldırmak için delil sunma ve dilediği gibi savunma yapma imkanının tanınması gerekir.

Silahların eşitliği ilkesi, muhakemenin iddia ve savunma ayağının sahip olduğu haklar arasında bir dengenin bulunmasını gerektirir. İlke, iddia ayağına tanınan ve sağlanan hak ve imkanların, eşit düzeyde savunma bakımından da tanınmasını gerekli kılar. Bu sebeple, savunma ayağına, hakkındaki isnadı ortadan kaldırmaya yönelik savunmasını yapabileceği, bütün savunma argümanlarını mahkemeye ulaştırabileceği makul imkanların sağlanması, adil bir yargılama bakımından olmazsa olmaz bir koşuldur (Sardon Alvira/İspanya, 24 Eylül 2013) . Şüpheli ve sanığın savunmasını gereği gibi yapabilmesinin önkoşulu, dava dosyasını inceleme imkanının sağlanması ve delillerini sunabilmesi, savunmasını hazırlayabilmesi için gereken makul sürenin verilmesidir.

177 nci maddenin 1 inci fıkrasında, kovuşturma evresinde sanığın savunma hakkı kapsamında, delillerin toplanmasını isteme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir (m.177). Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir (m.178).

Getirilen düzenlemeyle, mahkemeye, tanık veya uzman kişinin mahkemeye getirilip dinlenmesi konusundaki taleplerle ilgili olarak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepleri reddetme yetkisi tanınmıştır.

Savunma hakkı, doğrudan kullanılabilir bir hak olup, bu hakkın kullanımının yargı mercilerinin iznine ya da onayına bağlanması, hakkın özüne müdahale oluşturur. Bu hakkın kullanımı, hiçbir merciin, makamın onayına tabi tutulmamalıdır. Kolektif bir faaliyetin ürünü olan ceza muhakemesi hukukunda, iddia ve savunma ayağına eşit imkanlar tanınarak, adil bir yargılama neticesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve böylelikle bozulan hukuk barışının tesis edilmesi, ceza muhakemesi hukukunun temel amacıdır. Bu amacın gerçekleşebilmesi, silahların eşitliği ilkesinin eksiksiz bir biçimde hayata geçirilebilmesine bağlıdır.

Esasen kural olan bir hakkın, mahkemeye verilen yetkiyle kullanımının onaya tabi tutulmuş olması, hakkın keyfi şekilde sınırlandırılmasının önünü açmış olacaktır. Tanık ya da

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

uzman kişi dinletme talebinin davayı uzatmak amacıyla yapılıp yapılmadığı sübjektif bir değerlendirme ölçütü gerektirmekte olup, böyle bir yetkinin mahkemeye tanınması, hakkın keyfi ve sınırsız şekilde sınırlandırılması tehlikesini beraberinde getirecektir.

Bu hususta dengesizlik ortaya koyacak şekilde, ilkenin özüyle bağdaşmayacak düzenlemelere yer verilmesi, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının ihlali niteliğini taşımaktadır.

Bu sebeple, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.

5. 7070 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen "Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir" cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7070 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına "Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir" şeklinde bir cümle eklenmiştir.

Müdafii, ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın savunmasını üstlenen avukatı ifade etmektedir (m.2). Kolektif savunma süjesi olarak görev yapan müdafii, hem adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesi hem de şüpheli ve sanığın ceza muhakemesi sürecine aktif şekilde katılabilmesi için savunma faaliyeti içinde görev yapan bir süjedir.

Müdafii, ceza muhakemesi hukuku kuralları çerçevesinde, şüpheli veya sanık tarafından işlendiği iddia olunan suçla ilgili, onlara hukuki yardımda bulunur. Şüpheli ve sanık için müdafinin hukuki yardımından yararlanmak aynı zamanda bir haktır (m.149/1). Müdafinin bu görevi, soruşturma aşamasında şüpheli üzerindeki suç isnadını ortadan kaldırarak hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesini sağlamak, kovuşturmada ise, sanığın ya cezalandırılmamasını ya da daha hafif bir yaptırıma tabi tutulmasını sağlamak şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle, müdafii, şüpheli ve sanığın yardımcısı rolünü üstlenmektedir.

Diğer taraftan adil yargılamanın gerçekleştirilmesi, adalete hizmet etme noktasında müdafinin kamusal çıkarları gözetten bir süje olduğu da şüphesizdir.

Müdafii, şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunarak, savunma faaliyetine katkı sağlamakla, toplumsal savunma faaliyetini yerine getirir. Çünkü suçsuz bir kimseye isnat edilen suçlamaların ortadan kaldırılması ya da daha hafif bir yaptırıma tabi tutulması gerekirken daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması talep edilen bir sanığın hakkını almasının sağlanması, yalnızca sanık menfaatleri açısından değil, toplumsal açıdan da vicdani bir sorumluluk ortaya çıkarmaktadır. İşte bu toplumsal sorumluluğun gereği, ceza muhakemesinde aktif olarak müdafii aracılığıyla yerine getirilir.

Müdafii, ceza muhakemesinde bir taraftan şüpheli ve sanığa hukuki yardımda bulunan, onun haklarını gözetten, aynı zamanda da ceza muhakemesinin amaçlarına ulaşmasında (adil bir yargılama neticesinde maddi gerçeğe ulaşmak, adaleti tesis etmek) muhakeme makamlarına yardımcı olup çifte fonksiyon icra eden bir ceza muhakemesi süjesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Kovuşturma safhasında, uyuşmazlığı çözen nihai kararı verme yetkisi yargılama makamına aittir. Bununla birlikte, muhakeme faaliyetinin iddia ve savunma ayağında yer alan

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

süjelerin, ceza muhakemesi faaliyetinin kollektifliğine katkı sağlamasına imkan veren birçok hak ve yetkisi bulunmaktadır.

İddia makamı olarak savcının, katılanın, vekilinin, sanık ve müdafinin, bu evrede talep ve beyanda bulunma, delil toplanmasını isteme, delil gösterme yetkisinin bulunması, delillerin ortaya konulması ve tartışılmasına, bu suretle yargılamanın yönlendirilmesi ve çelişmeliliğine imkan vermekte, sonuç olarak yargılama makamı tarafından verilen hüküm, kolektif bir şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Kovuşturma evresinde, soruşturma evresinin aksine sözlülük ilkesi geçerlidir. Sözlülük, duruşmadaki işlemlerin söz ve konuşma yoluyla yapılmasını ve yargılama süjelerinin delilleri tartışmasını, sözlü yapılan yargılamada yargılama konusu olay üzerinde kanaat edinilmesini sağlayan bir ilkedir. Bu yönüyle sözlülük ilkesi, delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesine hizmet etmektedir.

Deliller duruşmada ortaya konularak, süjelerin tartışmasına açılır. Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir (m.217/1).

Görüldüğü gibi, ceza muhakemesi sistemimiz, duruşmanın sözlülüğü prensibi ile, delillerin açık yargılamada tüm tarafların huzurunda tartışılmasını, değerlendirilmesini öngörmüş ve mahkemenin de ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı olarak hüküm kurabileceğini kabul etmiştir.

Çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensibi, adil yargılanma hakkının bir uzantısı olup, bu prensibin doğal bir sonucu olarak, hükmü verecek hakimlerin dışında, iddia makamı olarak savcının ve savunma makamı olarak (bazı istisnalar hariç olmak üzere) sanığın hazır bulunmasını şart koşmuş, bu kimselerin hazır bulunmasını yargılama şartı olarak kabul etmiştir. Keza zorunlu müdafinin de, kamusal bir fonksiyon icra etmesi ve görevinin önemi gereğince duruşmada bulunması mecburiyeti kabul edilmiştir (m.188/1).

Zorunlu müdafinin, duruşmada bulunması mecburiyeti, çelişmeli yargının ve muhakemenin kollektifliğinin tabii bir sonucudur. Silahların eşitliği prensibinin benimsendiği bir yargılama prosedüründe, fonksiyonu ve hukuki niteliği gereği zorunlu müdafiyeye söz hakkı tanınmaması ve duruşmada bulunmadığı hallerde duruşma yapılmasına izin verilmesi kabul edilemez.

7070 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına "Müdafinin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir" şeklinde bir cümle eklenerek, zorunlu müdafinin duruşmada bulunmadığı birtakım hallerde duruşmaya devam edilebilmesinin önü açılmış, böylelikle çelişmelilik prensibi ve silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmayacak şekilde, adil yargılama ilkesine ihlali sonucunu doğuracak bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Çelişmelilik sağlanmadan, savunma hakkı tanınmadan, duruşmanın sürdürülmesinin kabul edilmesi, adil yargılama hakkının ihlali anlamına geldiğinden, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu sebeple, düzenlemenin iptali gerekir.

6. 7070 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59 uncu maddesine eklenen 5, 10 ve 11 inci fıkraların Anayasa'ya aykırılığı

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

Hükümlülerin, avukat ile görüşme ve haberleşme hakkı, hükümlünün temel hak ve hürriyetlerinden bir tanesidir. Bu hak, insanca infaz ilkesinin bir uzantısıdır. Hükümlüler, avukatları ile bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı bir biçimde görüşme hakkında sahiptir.

Bu hakkın kısıtlanması, hükümlülerin avukatlarıyla görüşme hakkının özüne müdahale oluşturduğundan Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen; “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Bir kimsenin hükümlü olması, avukatı ile görüşme hakkını ortadan kaldırmaz. Hükümlülerin de hak arama hürriyeti bulunmakta olup, avukatla serbest bir şekilde görüşme hakkı, hak arama hürriyetinin bir uzantısıdır.

Getirilen düzenleme ile, Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevlinin görüşmede hazır bulundurulabilmesi, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilmesi veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilmesi öngörülmüş, bu sınırlandırmanın, belirtilen suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler ile yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanması kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesi, yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörmemiştir. Bu sebeple, bir hukuk devletinde, bireyin en önemli güvencelerinden birini de “hak arama hürriyeti” oluşturmaktadır.

Hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı bir temel haktır. Anayasal hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ve korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Müdafiden yararlanma ve avukatla görüşme hakkı, bu anlamda savunma ve hak arama hakkının bir tamamlayıcısı ve ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim, AİHS.'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6 ncı maddesinde de, “sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması” adil bir yargılamanın şartı olarak güvence altına alınmıştır.

Hükümlülerin avukatıyla görüşmelerinin sınırlandırmalara tabi tutulması ve bu sınırlandırmaların bütünüyle subjektif, soyut koşullara bağlanması, hükümlünün avukatıyla görüşme hakkının keyfi şekilde sınırlandırılmasına sebebiyet verecek ve bu durum hakkın özüne müdahale oluşturacaktır.

Bu sebeple, söz konusu düzenleme Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

7. 7070 sayılı Kanunun 33 ncü maddesi ile 18/5/1929 tarihli ve 1453 sayılı Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanuna eklenen GEÇİCİ 1 nci maddenin 2 nci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı:

7070 sayılı Kanunun 33 ncü maddesi ile 18/5/1929 tarihli ve 1453 sayılı Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanuna eklenen GEÇİCİ 1 nci maddenin 2 nci fıkrasındaki hüküm:

“Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığının 2017 yılı fiili kadroları 2016 yılı sonuna kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonunca belirlenir.” şeklindedir.

Bilindiği üzere 31.12.1983 tarih ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 6 ncı maddesine göre adı geçen Kararnamenin Kapsam başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler ve (IV) sayılı cetvelde yer alan sosyal güvenlik kurumları ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar, kanunlarla kurulan, fonlar ve kefalet sandıklarının kadrolarının kanunla ihdas edileceği hüküm altına alınmıştır. Yine aynı maddenin 2 ve 3 ncü fıkralarındaki;

“Bakanlıklarca merkez ve taşra kuruluşları itibariyle ayrı ayrı hazırlanan kadro teklifleri incelenmek üzere, Devlet Personel Dairesi ile Maliye ve Gümrük Bakanlığına gönderilir. İlgili Bakanlıkça bu kuruluşların görüşleri aynen eklenerek hazırlanacak kanun taslağı Başbakanlığa sunulur.

Kadro ihdasını öngören kanun taslaklarına eklenecek kadro cetvellerinin hazırlanmasında ve tutulan kadroların serbest bırakılma işlemlerinde kalkınma planları ve yıllık programlara dayanılarak yapılacak iş analizleri ve Devlet Personel Dairesince hazırlanarak Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak yönetmelik esas alınır.”

Hükümlerinde kadroların ihdas edilme süreci belirlenmiştir. Maddede adı geçen Jandarma Genel Komutanlığı, Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile Sahil Güvenlik Komutanlığı genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri olmaları nedeniyle bu idarelerin kadro ihdaslarının kanunla yapılması gerekmektedir. Buradaki öncelikli amaç kamu idarelerinin ihtiyaç duyacağı kadroların belirli bir hazırlık sürecinden geçirilerek kadro ihtiyacının kamu idarelerinin ihtiyaçlarına uygun ve kamu kaynaklarının en etkin ve verimli bir şekilde kullanılmasının sağlanmasıdır. İkinci amaç ise kadro ihdası gibi önemli bir konunun kanunla düzenlenmesi zorunluluğudur.

7070 sayılı Kanunun 33 ncü maddesinin 2 nci fıkrası ile yapılan düzenlemeyle TBMM'ne verilen kanunla kadro ihdası yetkisi Plan ve Bütçe Komisyonuna devredilmektedir. Kanun çıkarma yetkisi TBMM Genel Kurulundur. Anayasanın 7 nci maddesine göre “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.” Madde ile yapılan düzenlemede TBMM'de yasayla belirlenmesi gereken kadro ihdası yetkisi TBMM'nin bir komisyonu olan Plan ve Bütçe Komisyonuna devredildiğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenle 7070 sayılı Kanunun 33 ncü maddesi ile 1453 sayılı Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanuna eklenen GEÇİCİ 1 nci maddenin 2 nci fıkrasındaki hüküm Anayasa'nın 7 nci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

8. 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 48 inci maddesi ile 31/7/1970 tarihli ve 1325 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilâtı Hakkında Kanuna eklenen Ek 10. Maddedeki “Bakanlığın özelliği ve hizmetin gerekli kıldığı şart ve vasıflar göz önüne alınarak Bakanlığa intibak edemedikleri üstlerince teklif edilenlerden Bakanlıkta oluşturulacak komisyona yaptırılacak tahkikat sonucuna göre Millî Savunma Bakanınca uygun görülenler” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 48 inci maddesi ile 31/7/1970 tarihli ve 1325 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilâtı Hakkında Kanuna eklenen madde ile Millî Savunma Bakanlığı sivil personelinden “Bakanlığa intibak edemedikleri” sonucuna varılanların ilgilinin talebi ve ilgili kurumun muvafakati gibi atama sınırlamalarına tabi olmadan başka bir kurum veya kuruluşa naklen atanmaları öngörülmektedir. Ancak maddede Bakanlığa intibak edememenin nesnel bir ölçütü yer almamaktadır. Bu hususta sadece “Bakanlığın özelliği ve hizmetin gerekli kıldığı şart ve vasıflar göz önüne alınarak” değerlendirme yapılması öngörülmektedir. Bunun da bir açıklık getirmediği ortadadır. Ayrıca Bakanlığa intibak edemediği öne sürülenlerin durumu bir tahkikat komisyonunca değerlendirilecek olmakla birlikte sadece Millî Savunma Bakanınca uygun görülenler başka bir kurum veya kuruluşa naklen atanacaklardır. Burada da bu ayrımın nasıl yapılacağı hususunda nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Devlet memurlarının çalışmakta oldukları kurum veya kuruluşlardan başka bir kamu kurum veya kuruluşuna atanmaları, gerekli koşulları sağlıyor olmaları ve uygun boş kadronun varlığı durumunda genel hükümlere göre her zaman mümkündür.

Anayasa'nın 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde; insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.” hükmüne yer almaktadır. Hukuk devleti; insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmekte kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesi, devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını ve yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve Hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılması sırasındaki takdir yetkisi sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “belirlilik” ilkesidir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. (Anayasa Mahkemesi 26.12.2013 gün ve E.2013/67, K.2013/164) Hukuk devletinin unsurları, doktrinde de belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi “hukuki güvenlik” ve “belirlilik” ilkeleridir. Bireyin devlete güven duyması, ancak hukuki güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilecektir. Anayasada öngörülen temel ve hürriyetlerin kullanılması ve

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

insan haklarının insan hayatına egemen kılması için Devlet, bireylerin hukuka olan inançlarını ve güvenlerini korumakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi kararında da ifade edildiği gibi hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmektedir olup, takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol açacak kurallara yer verilmemelidir. “Belirlilik” ilkesinin gereği ise, maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz şekilde bertaraf etmeyecek düzenlemeler yapılmasını gerektirir. Aksi takdirde, verilen yetkilerin sınırları belirsiz olup takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesine neden olur ve yasanın verdiği ucu açık yetki kullanımıyla tesis edilen işlemlerin hukuki denetimi de yasa engeli sebebiyle gereği gibi yapılamaz.

İtiraz konusu hükümlerle, Bakanlığa intibak edemedikleri sonucuna varılan sivil personelin başka bir kurum veya kuruluşa naklen atanması yetkisi, nesnel ölçütler ve sınırlar belirlenmeksizin Milli Savunma Bakanına bırakılmıştır.

Hukuk devletinin “hukuki güvenlik” ilkesi, devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olmasını gerektirmesine karşın itiraz konusu hüküm bu niteliklere sahip değildir. İtiraz konusu hükümlerle, Milli Savunma Bakanının takdir yetkisini zorlayabilmesine böylece keyfi uygulamalarda bulunmasına olanak sağlanmaktadır.

Diğer yandan, itiraz konusu hükme ilişkin maddi hukuk ve usul kuralları, öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini açıkça bertaraf etmeyecek bir şekilde saptanmamıştır. Hükümlerle, Bakanlığa intibak edemedikleri sonucuna varılan sivil personelin başka bir kurum veya kuruluşa naklen atanması konusunda Milli Savunma Bakanına verilen yetkilerin sınırları belirsiz ve ucu açık bırakılarak takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesinin önü açılmıştır.

Sonuç olarak, itiraz konusu hükümlerle hem belirsiz bir hukuk ortamı yaratılmış hem de idarenin keyfi işlem yapabilmesine olanak sağlanmıştır. Bu durum hukuk devletinin temel ilkeleri olan “belirlilik” ve “hukuki güvenlik” ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle itiraz konusu düzenleme Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

9. 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 56. maddesi ile 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununa eklenen Geçici 1. maddenin Anayasaya Aykırılığı

7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un 56. maddesi ile 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununa eklenen Geçici 1. maddede söz konusu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önce milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle sözleşmeleri feshedilen sözleşmeli erbaş ve erler hakkında 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

Öncelikle 7070 sayılı Kanun’un TBMM’de kabul edilerek onaylandığı 1.2.2018 tarihinde 667 sayılı KHK yürürlükte değildir, zira söz konusu KHK 18.10.2016 tarihinde TBMM’de onaylanarak 6749 sayılı Kanun olarak 29.10. 2016 tarihli Resmi Gazetede

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

yayınlanmıştır. Aynı metin hem 6749 sayılı Kanun hem de 667 sayılı KHK olarak yürürlükte bulunamayacağına göre, 6755 sayılı Kanun yürürlüğe girmekle 667 sayılı KHK 29.10.2016 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bu durumda yürürlükte olmayan 667 sayılı KHK'ya atıf yapan 7070 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle 6191 sayılı Kanuna eklenen Geçici 1. maddesi yok hükmündedir ve Anayasa Mahkemesince yokluğunun tespiti gerekir.

Anayasa Mahkemesinin bu görüşe katılmaması halinde kural aşağıda belirtilecek nedenlerle Anayasa'nın pek çok hükmüne aykırıdır. İptali istenen kuralın atıf yaptığı 667 sayılı KHK'nın (6749 sayılı Kanun'un) 4. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında görevine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyeceği, bunların uhdelelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerin sona ermiş sayılacağı, bunların silah ruhsatlarının, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisanslarının iptal edileceği, bu kişilerin oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edileceği, bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış ve 4. maddesinde bu kuralın değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hukuk devleti keyfi yönetimin karşıtı olup yönetimin hukuka tabi olması anlamına gelmektedir. Yöneticilerin tabi olacağı hukukun da yönetilenlere hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede hukuk kurallarının bireyler açısından açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması hukuk devleti ilkesinin en temel gerekleri arasında yer almaktadır. Bu kuralın gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Kanun altı düzenlemeler, hatta KHK'lar ile ceza normu konamaz. İkinci olarak suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemezler. Aynı şekilde suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırımı tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir.

İptali istenen düzenleme bir disiplin yaptırımı olarak sözleşmeleri feshedilen kişilerin, bir daha kamu görevinde istihdam edilememelerini, ruhsat ve lisanslarının iptalini, kamu lojmanlarından çıkarılmalarını ve özel güvenlik şirketlerinde çalıştıramamalarını öngörmektedir.

Öncelikle bu kişiler içeriği belirsiz ve öngörülemez kurallara dayalı olarak sözleşmeleri feshedilmiş ve yukarıda belirtilen yaptırımlara tabi tutulmuşlardır. Kuralda "milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı" nedeniyle sözleşmeleri feshedilen sözleşmeli erbaş ve erlerle ilgili yaptırımlardan söz edilmektedir. Kuralda sözleşmenin feshi sebebi olarak gösterilen terör örgütüne aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırımı tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmamakla birlikte uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırımı tabi tutulmuştur. Bu derece

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

muğlâk ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de hukuk devletine, temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık mevcuttur. Nitekim Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]) 128-131. paragraflarında bu duruma açıkça dikkat çekmiş ve kavramların içeriğinin açıklığa kavuşturulmasını tavsiye etmiştir.

Diğer taraftan bu belirsiz kavramlar geçmişe yürütülerek söz konusu kişilerin sözleşmeleri feshedilmiştir. Bu ise suçların ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin ilkenin ihlali anlamına gelmektedir. Bu kurallar hem söz konusu yapının terör örgütü olarak nitelenmesi hem de kişilerin fiilleri açısından geçmişe yürütülerek uygulanmıştır. Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (CDL-AD(2016)037) 127. paragrafında bu duruma açıkça dikkat çekmiştir.

İptali istenen kural kapsamındaki kişilerin ömür boyu kamu görevine girmeleri ya da kamu hizmetinde çalışmaları yasaklanmıştır. Bu Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmeti girme her Türk vatandaşı için bir hak olarak tanınmış ve kamu hizmetine girmede hizmetin gerektirdiği niteliklerin dışında hiçbir koşulun aranmayacağı belirtilmiştir. İptali istenen kural ile kamu görevine girme hakkına yapılan müdahale ilgili maddede öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

İptali istenen kural kapsamında yer alan kişilerin özel güvenlik şirketlerinde çalışamayacakları, bu şirketlerin kurucusu ve ortağı olamayacakları hükmüne yer verilmiştir. Bu kişiler hiçbir usulü güvenceye uyulmadan ve herhangi bir savunma hakkı verilmeden sözleşmeleri feshedilmiştir. Bu hükümle bu kişilerin özel sektörde çalışmaları da sınırlandırılmıştır. Bu Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve teşebbüs özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmaktadır. Nitekim AİHM eski KGB çalışanları için on yıl boyunca bazı özel sektör firmalarında çalışma yasağı getiren Litvanya Kanununun sözleşmenin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004). Mahkeme bu sonuca ulaşırken eski işgal gücünün gizli servisinde çalışan kişilerin ülkeye bağlılığı konusundaki kuşkuların, bunların özel sektörde çalışmalarına engel olmak için yeterli gerekçe oluşturmayacağı tespitinde bulunmuştur. İptali istenen kural ile ilgili kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı veya çalışanı olmalarına getirilen yasağın hem usulü güvenceye uyulmamış olması, hem de herhangi bir süreye tabi olmaksızın ömür boyu uygulanacak olması dolayısıyla ilgili maddelerde öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. ve 15. maddelerinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uyulmadan yapılmış, ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerine aykırıdır.

Sonuç olarak, iptali istenen kural Anayasa'nın 2. 13., 15., 38., 48., 49. ve 70. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

10. 7070 Sayılı, Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 60 maddesi

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine eklenen bendinin Anayasa'ya aykırılığı

7070 sayılı Yasa'nın 60. maddesi ile devlet memurluğuna alınacaklara ilişkin genel ve özel şartları düzenleyen 657 sayılı DMK'nın 48. maddesine yeni bir hüküm eklenerek, "Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak" şartı getirilmiştir. Ancak 48. maddenin sadece memurlar için değil, tüm kamu görevlileri için aranan şartları düzenlediği kabul edildiğinden bu şart tüm kamu görevlileri için –memur olmasalar da- geçerli bir kriter haline gelmiştir. Böylece daha önce mevzuatta 4045 sayılı Yasa ile bazı kritik yerlerde çalıştırılacak kamu görevlileri için aranan güvenlik soruşturması şartı genelleştirilmiştir.

Güvenlik soruşturması ile, bir kişi hakkında, bir kurum veya makamın talebi üzerine, belli bir amaçla kullanılmak üzere rapor düzenlenip ilgili makama iletilir. Amaç, kişinin, bir kamu hürriyetini kullanmasının "sakıncalı" olup olmadığının saptanmasıdır (O. Karahanoğulları, "Güvenlik Soruşturması", AÜ SBF Dergisi, Cilt: 53, Sayı: 1-4, 1998).

Anayasa'nın kamu hizmetlerine girme hakkını düzenleyen 70. maddesi, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." hükmünü içerir. Anayasanın bütünlüğü dikkate alındığında memurluğa girişe ilişkin üç temel ilkenin olduğu kabul edilmektedir. Memurluğa girişin kişinin kendi isteğine bağlı olduğunu belirten serbestlik ilkesi (AY m. 18); kişiler arasında birtakım sebeplerle ayrımcılık yapılmaması ve koşulları taşıyan herkesin alınmasını ifade eden eşitlik ilkesi (AY m. 10 ve 70); ve görevin gerektirdiği niteliklerden başka niteliklerin aranmaması esasını kabul eden liyakat ilkesidir (AY m. 70) (Bkz., K. Gözler, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi 8. Baskı, 2009, s.633-634). Dolayısıyla kamu görevlilerinin alımında bu ilkeler çerçevesinde nesnel ve tarafsız ölçütlerin belirlenmesi, bu ölçütlerin kamu yararına uygun olarak, hukuku ve adaleti sarsmayacak şekilde uygulanması gerekir. Yasa koyucu kamu hizmetine girme koşullarını belirlerken bu Anayasal ilkelere uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesi de yasa koyucuya kamu hizmetine alımda aranacak koşulları belirlemede takdir yetkisi tanıdığını, ancak bu koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak takdirin sınırlandırıldığını kabul eder. "Kanunların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." Tam da bu nedenle AYM askerî hâkimlik mesleğine alınmada aranan "askerliğini yapmamış olmak" şartının, Anayasa 70. Madde bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemeyeceğini belirterek Anayasanın 2. ve 70. Maddelerine aykırılığına karar vermiştir (E.2014/34, K.2014/79, 9.4.2014).

Mahkeme bir başka kararında ise liyakat ilkesini açıklamıştır: "bir kamu hizmetine alınacaklarla ilgili yasal niteliklerle kısıtlamalar düzenlenirken, doğrudan doğruya, o hizmetin gereklerinin göz önünde tutulması, başka bir anlatımla konulan nitelik ve kısıtlamalarla hizmet arasında gerçeklere uyan, nesnel ve zorunlu bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gereklidir ... (görevin gerektirdiği nitelikler sözcüğü) o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi bir biçimde yerine getirilmiş olmayacak demektir." (E.1979/19, K.1979/39, 9.10.1979).

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

Bu genel çerçevede 7070 sayılı Yasa'nın 60. maddesiyle 657 sayılı Yasanın 48. maddesine eklenen "Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak" şartı aşağıda açıklanacak sebeplerle Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle 7070 sayılı Yasa ile görüldüğü gibi sadece ilgili Yasaya "Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak" ibaresi eklenmiştir. Güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının ne olduğu, hangi hususların hangi organlarca ve hangi ilkeler çerçevesinde araştırılacağı ve hangi hususların kamu görevine alınmaya engel oluşturacağı gibi konulardan hiç biri yasada düzenlenmemiştir.

Hukukumuzda güvenlik soruşturması ilk defa 26.10.1994 günlü ve 4045 sayılı Yasa ile düzenlenmiştir. Ancak bu Yasa sadece bazı kamu görevlileriyle ilgili güvenlik soruşturması yapılacağına dair bir maddelik bir düzenleme içermektedir . Bu Yasada güvenlik soruşturmasının tanımı da dâhil, diğer hususlar bütünüyle, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmaktadır. Dolayısıyla 7070 sayılı Yasanın kabul edildiği tarihte yürürlükte olan ve güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının, kapsamını, usulünü, ilkelerini belirleyen başka herhangi bir yasa da bulunmamaktadır. Bu durumda getirilen düzenleme ile sadece güvenlik soruşturmasının yapılacağı belirtilmiş, başka hiçbir husus açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu Anayasa'nın 2. maddesindeki yer alan hukuk devleti ilkesine ve 7. maddesinde yer alan "yasama yetkisinin devredilemezliği" ilkesine açıkça aykırıdır.

Yürütme organının hukukumuzda ilk-el düzenleme yetkisi bulunmamaktadır, yani düzenleyici işlem yapılmadan önce o konu, bir yasayla düzenleme alanına sokulmuş olmalıdır. Bu çerçevede bir konunun yasada yalnızca adının zikredilmesi, o konunun usul ve esaslarına dair hiçbir hususun belirtilmeme bunların düzenleyici işleme bırakılması, konunun yasayla düzenlendiği anlamına gelmez. Nitekim AYM de bir kararında "Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Kanun ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde kanun ile düzenleme anlamına gelmez. Kanun koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir... yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesini ihlal edecek nitelikte yürütmeye sınırsız ve belirsiz yetki verilmemesi gerekir" demektedir (E.2015/46 K.2017/130, 26.7.2017, para. 45, 49). Bir diğer kararında Mahkeme "69. ... Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Ancak yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı düşmez." (E.2015/41 K. 2017/98, 4.5.2017).

İptali istenen kuralın düzenleme alanı kamu hizmetine girme hakkının koşullarının belirlenmesidir. Bu konunun Anayasa'nın 13. maddesi gereği bir temel hak sınırlaması niteliği taşıması dolayısıyla yasayla düzenlenmesi zorunludur. Ayrıca Anayasa'nın 128. Maddesinde "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, ... diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" denilmektedir. Bu da güvenlik soruşturmasının açık bir şekilde yasayla düzenlenmesi gereken bir husus olduğunu göstermektedir.

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

7070 sayılı Yasanın iptali istenen kuralı hiçbir şekilde yasa ile düzenleme gereğini karşılamadığı gibi daha önceden yürürlükte olan 4045 sayılı Yasa'da da bu eksikliği giderecek herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu yasa da bütün hususların düzenlenmesini Yönetmeliğe bırakmaktadır. Bu durumda yasama yetkisinin devredilmezliği kuralının ihlal edildiği açık bir şekilde görülmektedir. Bu durum sözü edilen yönetmelik incelendiğinde daha da net bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bahsedilen Yönetmelik, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği, ancak 14.2.2000 tarihinde çıkarılabilmektedir. Yönetmelikte arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması şu şekilde tanımlanmıştır:

“f) Arşiv araştırması: Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının mevcut kayıtlardan saptanmasını,

g) Güvenlik soruşturması: Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının, kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerinde ilişkisi ile adli sicil kaydının ve hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığının, ahlaki durumunun, yabancılar ile ilgisinin ve sır saklama yeteneğinin mevcut kayıtlardan ve yerinden araştırılmak suretiyle saptanması ve değerlendirilmesini,” ifade eder.

Buna göre güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasını kapsamakta ancak izleyen hususlar açısından ondan daha geniştir: güvenlik soruşturması ayrıca “yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığı”, “ahlaki durumu”, “yabancılar ile ilgisi” ve “sır saklama yeteneği” unsurlarını da kapsar. Bir de güvenlik soruşturmasında, bu hususların, arşiv araştırmasında olduğu gibi, sadece mevcut kayıtlardan değil, “yerinden araştırılmak suretiyle” de saptanması ve değerlendirilmesi kabul edilmiştir.

Yasayla temel ilkeler belirlenmeden genel ve belirsiz ifadelerle verilen bu yetki ile çıkarılan Yönetmeliğin içeriği ise idarenin keyfiliğine açık kapı bırakan muğlak, belirsiz, yetkililerin değerlendirmesine göre değişecek verilerin derlenmesini içermektedir. Bu durum ise siyasi bir hak olarak kamu hizmetine girme hakkının kullanımını idarenin keyfiliğine bırakma ve adeta ortadan kaldırma potansiyelini taşır.

Yönetmelikte güvenlik soruşturmasında işlenecek hususlara bakıldığında bu husus daha açıklıkla görülecektir: örneğin “istihbarat ünitelerinde ilişkisi” ibaresi ile aslında kişinin ilgili birimlerce fişlenip fişlenmediği anlatılmaktadır ki bu ünitelerin istihbarat raporlarının hangi ölçüde nesnel ve hakkaniyetli olduğu hususu tartışmalıdır. Zamana ve yere göre değişen, verileri toplayanın subjektif değerlendirmelerini de içermesi kuvvetle muhtemel birtakım bilgilerin, denetim ve hesap verilebilirlikten uzak bir şekilde derlenmiş, karara dayanak yapılması kabul edilemez.

Salt güvenlik soruşturmasına özgü “yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bulunup bulunmadığı”, “ahlaki durumu”, “yabancılar ile ilgisi” ve “sır saklama yeteneği” hususları da kişilerle alakalı nesnellik, eşitlik, hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde muamele edilmesini güçleştirir. Yönetmeliğin 11. Maddesinde bu kavramların tanımlanması da sorunu ortadan kaldırmaz. Zira tanımlar çok genel, müphem, uygulayıcıların kişisel kanaatlerinin nihai aşamada baskın olabileceği şekilde formüle edilmiştir. Örneğin ahlaki durum ile ilgili olarak “d) Şeref ve haysiyetini ihlal edecek ve görevine yansıtacak şekilde kumara, uyuşturucuya, içkiye, paraya ve aşırı bir şekilde menfaatine düşkün olup olmadığı, ahlak ve adaba aykırı davranıp davranmadığı” soruşturulacak; sır saklama yeteneğinde herhalde her şeyi her yerde

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

anlatmaya müsait olup olmadığına bakılacaktır. Bu hususların kişilik değerlendirmesi alanına kaydığı, kişilerin ahlaki yapılarının siyasi iktidarın değişen görüş ve düşüncesine göre sorgulanabildiği, sakıncalı bulunduğu bir ortama işaret etmesi ise kaçınılmazdır. Özellikle anılan maddedeki “kişinin içinde bulunduğu ortam da dikkate alınarak” ifadesi soruşturmanın kapsamını kişiler yönünden belirsiz bir şekilde genişletme eğilimini içermektedir. Bu hem kişinin bizzat sebebi olmadığı bir husus nedeniyle yaptırımla karşılaşması hem de konuyla ilgili olmayan kişilerin de (ilgilinin akrabaları olsa da) haklarında verilerin toplanması neticesini doğurur.

Güvenlik soruşturmasının yöntemi de tamamen idari hiyerarşik yetkililerin takdirine bırakılmakta ve soruşturma tamamen gizli bir şekilde yürütülmektedir (bkz, Yönetmelik 12 ve 15. Maddeler). Yürütülmesi tamamen idarenin tasarrufunda olan ve gizli bir şekilde yürütülen bir süreç neticesinde kişinin birçok temel hakkına zarar verici işlem ve eylemlerin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir yöntem izleyen sürecin idari ciddiyetten, hesap verilebilirlik ve saydamlıktan uzak, tarafgirlikle yürütülmesi ihtimal dışı değildir. İdarenin konumu ve niteliği dikkate alınarak, hukuka uygunluğunun sağlanmasına özel bir önem gösterilmesi gereken bir konuda yeterli hukuki güvenceler oluşturulmadan idarenin yetkilendirilmesi kabul edilemez. Bu kişilerin hukuka ve adalete olan güvenini esas alan demokratik sisteme güvensizlik oluşturur. Oysa bu şekilde işleyen bir süreç sonucunda kişi kamu görevi için “makbul vatandaş” olarak görülmemekte, “sakıncalı” olarak fişlenmekte ve belki de hayatının kalan süresince çok farklı zamanlarda bu olumsuz nitelikle karşı karşıya gelebilmektedir.

Güvenlik soruşturması, bir yönüyle kişilerin, kamu hizmetine girme hakkını kullanmasının şartı haline getirilen “makbul vatandaş” olup olmadığını saptamak amacıyla başvurulan bir yöntem olarak kabul edilmelidir. Amaç, “sakıncalılığın” araştırılması ve saptanması olduğu ölçüde, güvenlik soruşturması, ideolojik bir araç haline dönüşür. Neyin sakıncalı, neyin sakıncasız olduğunu tespit etmek, “yansızlık, objektiflik, ideolojik tarafsızlık, hukuka bağlılık ve çoğulculuk” gibi, demokratik devletin temel varsayımlarıyla çelişir ve sakıncalı nitelikte bulunanları dışlamak anlamına gelir (O. Karahanoğulları, a.g.e.).

Bu şekilde birey temel hak ve özgürlüklerini esaslı bir şekilde etkileyen ve sınırlandıran bir konunun yasama organının sadece adını koyarak bütün diğer hususların tespit ve tatbikini idareye bırakması Anayasa'nın 2. 7., 13., 70. ve 128. maddelerine açıkça aykırılık oluşturur.

11. 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 61. maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendine eklene (I) alt bendinde yer alan “eylem birliği içinde olmak” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde memurlara uygulanacak disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller düzenlenmiştir. İptali istenen kural ile devlet memurluğundan çıkarmayı gerektiren fiiller arasında terör örgütleriyle eylem birliği içerisinde olmak, bu örgütlere yardım etmek, kamu imkân ve kaynaklarını bu örgütleri desteklemeye yönelik kullanmak ya da kullandırmak, bu örgütlerin propagandasını yapmak fiilleri eklenmiştir.

Bu çerçevede terör örgütleriyle eylem birliği içinde olmak fiili de devlet memurluğundan çıkarılma nedeni olarak öngörülmüştür. Buna göre terör örgütleri ile eylem birliği içinde olduğu tespit edilen bir kamu görevlisi bir daha atanmamak üzere kamu görevinden çıkarılabilecektir. Eylem birliği içinde bulunmak kavramının içeriği belirsiz ve

öngörülemezdir. Hangi fiillerin bu kavramın kapsamına girdiğini açıklayan bir yargı kararı ya da alt bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle kurala tabi olanlar açısından hangi fiillerin yasaklanmış olduğunu öngörmek mümkün değildir. Bir disiplin suçu olarak öngörülen bu fiiller oldukça muğlâk olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçu oluşturduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırımı tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Bu derece muğlâk ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır.

Yasaların içeriğinin belirliliği ve öngörülebilirliği hukuka bağlı yönetimin en temel gereklerinden biridir. Bireyler en azından bir uzmanın yardımıyla hukuk kuralının kendisinden hangi davranışı beklediğini, davranışlarının sonuçlarının ne olacağını öngörebilmelidir. Bu birey özgürlüğünün de asgari koşuludur. Yasaların hangi davranışı yasakladığını ve hangi davranışı serbest bıraktığını öngöremeyen bir bireyin davranışlarını özgürce belirlemesi mümkün olmadığı gibi, bir davranışın sonuçlarının ne olacağını öngöremeyen bireyin davranışlarından sorumlu tutulması da birey özgürlüğü ile bağdaşmaz. Hukuk devletinin yasaların öngörülebilirliğine atfettiği önem, özgürlük ile öngörülebilirlik arasındaki bu ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle iptali istenen içeriği belirsiz kural öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine yer verilmiştir. Kanunla sınırlama ilkesinin nedeni birey haklarına keyfi müdahaleyi engellemek olup, yasama organının açık tartışma ile kabul ettiği bir yasa çerçevesinde temel haklara müdahaleye izin verilmesi bireylerin temel haklarını korumayı amaçlamaktadır. Birey haklarına müdahaleye izin veren yasalar ancak içeriği belirli, anlamı öngörülebilir ise kendisinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Temel haklara müdahaleye izin veren bir yasanın içeriği muğlâk ve tanınan yetkinin kapsamı konusunda belirlilik içermiyorsa yasayla sınırlama ölçütü ihlal edilmiş demektir. Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu görevine girme hakkına ağır bir sınırlama öngören bu müdahalenin kanunla sınırlama ölçütüne uyduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle içeriği belirsiz olan iptali istenen kurallar Anayasa'nın 13. ve 70. maddelerine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Kanun altı düzenlemeler, hatta KHK'lar ile ceza normu konamaz. Suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırımı tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre disiplin suç ve cezaları da 38. maddede öngörülen kanunilik ilkesine tabidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011). İptali istenen kural devlet memurlarının bir daha atanmamak üzere kamu görevinden çıkarılmasını öngörmektedir. Kamu görevinden çıkarılmayı düzenleyen kuralın hangi eylemin bu sonucu doğuracağını açık bir şekilde ortaya koyması gerekir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi bu

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

kavramın içeriği ve kapsamı belli olmadığı gibi, bu açıklığı sağlayacak ne bir alt düzenleme ne de yargısal içtihat ortaya çıkmış değildir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 70. maddelerine açıkça aykırıdır ve iptali gerekir.

12. 12.2.2017 Tarihli ve 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 62nci Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen 45/A Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı

Bilindiği gibi kamu hizmetleri, memurlar ve diğer kamu görevlileri eli ile yürütülmektedir. Anayasamızın 128. maddesine göre; "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekte oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." Anayasamızın bu hükmü çerçevesinde özel kanun olarak 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ilgili kamu görevlilerinin atama ve diğer özlük hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İstihdam Şekilleri" başlığını taşıyan 4. maddesinde ise; kamu hizmetlerinin; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli sağlık personelinin kamu görevlisi olduğu açıktır. Kamu görevlilerinin atama şartları da 657 Sayılı Kanun da tanımlanmıştır.

Anayasamızın 2 nci Maddesinde belirtilen "hukuk devleti ilkesi" çerçevesinde söz konusu kamu görevlilerinin atama şartları ve özlük haklarının diğer kamu görevlileri gibi kanunlar yoluyla objektif biçimde önceden belirlenmiş olması gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Sağlık Hizmetleri Temel Yasasının iptali istemi dolayısı ile verdiği kararda, hiçbir yasaya, hiçbir kurala bağlı olmadan sözleşmeli personel çalıştırılmasının hukuksal yönden olanaksız olduğuna karar vermiş, ancak sözleşmeli personelin göreve alınma, görevden çıkarılma nedenleri ve çalıştırma koşulları yasada gösterildiği takdirde, bu tür sözleşmeli personelin diğer kamu görevlisi sayılabileceğine karar vermiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın "memur" statüsündeki personeli yanında "sözleşmeli" statüsündeki personelinin de asli ve sürekli kamu hizmeti yürütmelerini temin etmek amacıyla, sözleşmeli personel statüsünün yasayla oluşturulması gerekir. Bu Anayasal zorunluluğun gereği olarak eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştırılacak sözleşmeli sağlık personelinin statüsü, 4924 ve 5413 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

Sağlık Bakanlığı'nın eleman temininde güçlük çekilen yerlerde çalıştıracağı sözleşmeli personelin aylıkları ve diğer özlük hakları 657 sayılı Yasadan farklı bir şekilde ancak, yine Yasa ile belirlenmektedir. 4924 sayılı Yasada "izin", "çalışma saatleri" "sözleşmenin feshi", "sosyal güvenlik" ve "atanma" ya ilişkin düzenlemelerle sözleşmeli personele güvence sağlayan özlük hakları ile ilgili düzenlemeler vardır. Ayrıca, 4924 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanuna tabi personel hakkında diğer kanunlarda aksine bir

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

hüküm bulunmadıkça 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir.

4924 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinde sözleşmeli personel pozisyonlarına “atama” yapılacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 308 sayılı KHK'nin iptali için açılan davada verdiği E.1988/5, K.1988/55 sayılı Kararda aynen şöyle denilmektedir: “Atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarla birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir şart işlem olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşlemin konusunu, objektif hukuk kuralları düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemleri önceden saptandığı, var olan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir.”

Ancak 7070 Sayılı Yasanın 62 nci Maddesi ile 663 Sayılı KHK'ya eklenen 45/A Maddesinin 1 nci fıkrasındaki düzenleme ile objektif olarak belirlenmiş olan koşulların dışında Sağlık Bakanlığı tarafından KPSS'ye girmiş olma kriterini yerine getiren kişilerin Bakanlık tarafından yapılacak “sözlü” sınav ile sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilmelerine olanak sağlanmıştır. Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde kamu görevlisi olarak ataması yapılacak kişilerin objektif olarak seçilmesi esastır. İdareye sözlü sınav yapma hakkı tanıyarak belirsiz düzeyde yetki veren bu düzenleme Anayasanın 2 nci Maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekir.

Aynı şekilde söz konusu düzenleme Anayasanın 10. Maddesinde belirtilen “kanun önünde eşitlik ilkesi”ne de aykırılık taşımaktadır. Kanun önünde eşitlik ilkesi aynı statüde olan kişilere aynı hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini belirtir. Kamu görevlilerinin kamu görevine atanması için objektif hukuk kuralları 657 Sayılı Yasanın ilgili maddelerinde belirlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı olarak görev yapmakta olan sağlık personeli de bu hükümlere tabi olarak atanmış ve çalışmakta ve yeni alınacak sağlık personeli de aynı kurallara tabi olarak Yasada belirlenmiş usul ve esaslar çerçevesinde eşitler arasında bir seçme sistemine tabi olurken, Bakanlığın bu kamu görevlilerinin haricinde sadece kendi takdiri ile sözleşmeli personel olarak bazı kişileri sadece kendisinin gerçekleştireceği ve değerlendireceği bir sözlü sınavla ataması Anayasanın “kanun önünde eşitlik ilkesi”ne açıkça aykırılık teşkil etmekte olup; bu nedenle iptali gerekir.

1.2.2018 Tarihli ve 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanununun 62 nci Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen 45/A Maddesinin 3 ncü fıkrası ile yapılan düzenleme ile sözleşmeli personel olarak istihdam edilenlere dört yıl süreyle tayin hakkı yasaklanmakta, tayin hakkı yasağının istisnası olarak eş durumu nedeniyle tayinlerde söz konusu personelin eşinin tayin isteyebileceği belirtilmekte, ancak bir yıl çalışma şartının yerine getirilmesi halinde ve eşin de kamuda çalışması halinde tayin hakkı tanımlanmıştır.

Diğer kamu görevlisi olarak tanımlanan sözleşmeli sağlık personeli devletin üstün otoritesi ile belli bir yere tayin edilmekte veya ataması yapılmakta, ancak söz konusu sözleşmeli personel yukarıda belirtilen hükümden dolayı tayin hakkından faydalanamamaktadır. Adeta, söz konusu sözleşmeli personel, tayin ve nakil prosedürü kapsamından çıkartılarak Anayasa'nın 18. maddesinde yasaklanan; zorla çalıştırma yasağına tabi tutulmaktadır. Böylece, “Ya

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

bulduğunuz yerde eşinizden ayrı olarak çalışırsınız ya da istifa eder yanına giderseniz” mantığına kurban edilmektedirler.

Bu itibarla, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli sağlık personellerinin tayin hakkından faydalandırılmaması, “devletin istikrarlığı ilkesi”ne aykırı olduğu gibi hukuka ve hakkaniyete de aykırıdır. Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen “hukuk devleti ilkesi”ne de aykırılık taşımaktadır. Hukuk devletinde kamu görevlilerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması yerine bunların objektif ve herkese uygulanabilir bir biçimde hayata geçirilmesi gerekir. 657 Sayılı Kanuna tabi diğer kamu görevlilerinin haklarından farklı ve daha kısıtlı haklar tanımlamak hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre çalıştırılan personelin hizmet akitlerinde bulunmamasına rağmen bu yasa çerçevesinde çalıştırılacak sözleşmeli sağlık personellerinin yasa ile hizmet sözleşmesine sözleşmeli sağlık personellerinin tayin hakkının bulunmadığı yönünde bir hüküm konulması, “hukukun genel ilkeleri”ne ve “hukukun üstünlüğü ilkesi”ne aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin, Anayasamızın 2 nci maddesinde belirtilen “hukuk devleti ilkesi”ne aykırı olduğu için iptali gerekir.

Yine söz konusu düzenlemede aynı eğitimi almış 4/B’ye tabi sözleşmeli sağlık personelinin aynı kurumda çalışan ve aynı işi yapan kadrolu personeller ile arasında özlük hakları yönünden (tayin hakkı, sosyal güvence, iş güvencesi vs.) farklılıklar bulunması Anayasamızın “Kanun Önünde Eşitlik” başlığını taşıyan 10.maddesindeki:” Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Diğer sağlık personeli açısından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 72. maddesinin 2. fıkrasında: “Yeniden veya yer değiştirme suretiyle yapılacak atamalarda, aile birimini muhafaza etmek bakımından kurumlar arasında koordinasyon sağlanarak memur olan diğer eşin de isteği halinde ataması, atanmaya tabi tutulan memurun atandığı yere 74. ve 76. maddelerde belirtilen esaslar çerçevesinde yapılır.” hükmü yer almaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli sağlık personellerinin tayin hakkından faydalanmamasının her türlü hukuki-vidani ve mantıklı temelden uzak bir uygulama olduğu açıkça görülecektir. Ayrıca, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli öğretmenler, eş durumu tayin hakkından faydalanmaktadırlar. Milli Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı gibi statü bakımından ayniyet arz eden iki kurum arasında aynı konuda böylesine farklı uygulamaların olması gerçekten düşündürücüdür. Ancak, Sağlık Bakanlığı söz konusu sözleşmeli sağlık personellerine eş durumu nedeniyle tayin hakkı vermemekle daha etkin bir sağlık hizmeti sunmayı amaçlıyor ise bunun yolu söz konusu personele eş durumu tayin hakkı vermemek değildir. Zira zorunlu hizmet uygulaması ve rotasyon sistemi ile de bu amaç rahatlıkla gerçekleştirilebilir. Sözleşmeli olarak atanacak personele bu hükmün dışında açıkça tayin hakkını sınırlayacak bir biçimde düzenleme yapılması Anayasamızın 10 ncu maddesinde belirtilen “Kanun önünde eşitlik ilkesi”ne aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasamızın “Ailenin Korunması” başlığını taşıyan 41.maddesindeki:” Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.” Hükmüne paralel olarak, ailenin parçalanmaktan kurtarılması, bireylerinin bir arada tutulması suretiyle ailenin huzur ve

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

mutluluğunun devam ettirilmesi ve bu yolla kamu görevlilerinin ailevi kaygılardan uzak bir biçimde kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri için gerekli ortamın sağlanması amaçlanmaktadır.

Anayasamızın ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun sözü edilen düzenlemelerine göre, aynı kurumda çalışan eşlerden birinin hizmetin başka bir yere naklini gerekli kılması halinde, diğer eşin de isteği var ise coğrafi bakımdan aynı veya aile bütünlüğünün bozulmasına yol açmayacak kadar yakın bir yere; eşlerin ayrı kurumlarda çalışmaları halinde ise diğer eşin çalıştığı kurumla gerekli koordinasyon sağlanmak suretiyle bu eşin de isteği halinde, aynı veya yakın yere naklinin yapılması idare için bir yükümlülüktür.

Ancak, bir kamu görevlisinin, kamu hizmetinin ve “Aile bütünlüğünün korunması” ilkesinin gerekli kılmasına karşın, sözleşmeli statüde istihdam edildiği gerekçesiyle, başka bir yere özellikle de eşinin yanına tayin edilemeyeceği gibi bir anlayış; idarenin bütün işlem ve eylemlerinin ortak hedefi olan kamu yararını sağlamak amacının gerçekleştirilmesini kişilerin subjektif karar ve tutumlarına bağlı kılmak sonucunu doğurur ki; hukuken benimsenmesi mümkün değildir. Bu itibarla, sözleşmeli sağlık personelinin tayin hakkını dört yıl süreyle sınırlayan düzenlemenin iptali gerekmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli sağlık personelleri, çok zor şartlarda vatandaşa sağlık hizmeti vermeye çalışmakta, tayin hakkı bulunmadığından dolayı aylarca, yıllarca eşinden, çocuğundan kısacası ailesinden ayrı kalmaktadır. Bu durum elbette ki, aile içi huzursuzluklara da sebebiyet vermekte hatta bu yüzden boşanma olayları dahi vuku bulmaktadır. Neticede, söz konusu personel huzursuzluk ve psikolojik çöküş yaşamakta ve bu da hizmet kalitesinin düşmesine neden olmaktadır. Bu itibarla, söz konusu personelin mağduriyetinin giderilerek Anayasamızın 49.maddesi çerçevesinde çalışma barışının tesis edilmesi bakımından da söz konusu düzenlemenin iptali gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90. Maddesi gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 2004 yılında yapılan bir değişiklikle de, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 nolu Uluslararası Sözleşmenin 1. maddesinde; “Bu sözleşme bakımından Ayrımcılık terimi; ulusal ya da toplumsal köken üzerinde yapılan ve çalışma ve meslek bakımından fırsat ve davranış eşitliğini ortadan kaldıran ya da zedeleyen herhangi bir ayırım, dışlama ya da yeğlemeyi içerir” hükmü yer almaktadır.

Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli sağlık personellerinin tayin hakkının olmaması, aynı zamanda insan haklarının ihlali anlamına da gelmektedir. Zira İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 16/3. maddesinde: “Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunur” hükmü yer almaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı'nın 1981 yılında kabul ettiği ve Örgütün, kamu hizmeti görenler açısından da geçerli kabul ettiği; “Aile Sorumlulukları Olan İşçilere Fırsat ve Davranış Eşitliği Sağlanmasına İlişkin 156. nolu Sözleşmenin 3. maddesinde de; “Erkek ve kadın işçiler için etkin fırsat ve davranış eşitliği sağlamak amacıyla her üye ülke, çalışan ya da çalışmaya istekli olan ve aile sorumlulukları bulunan kimselere, ayrımcılık konusu

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

olmaksızın ve olabildiğince işleriyle aile sorumlulukları arasında çatışmaya düşmeksizin bu hakları kullanma olanağı tanımayı, ulusal politikasının hedefi sayar.” Hükmü bulunmaktadır.

Ayrıca, Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 10/1. maddesinde; bu sözleşmeye taraf devletlerin, toplumun doğal ve temel birimi olan aileyi özellikle kuruluşunda ve çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu olduğu durumda en geniş olanaklı koruma ve yardım sağlamayı kabul edeceği düzenlenerek hüküm altına alınmıştır. Yine Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 23/1. maddesinde:” Aile, toplumun doğal ve temel birimidir. Ailenin, toplum ve devlet tarafından korunma hakkı vardır.” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, ülkemizin kabul ettiği uluslararası sözleşmelerde özellikle ailenin korunması, çalışma ve meslek ayrımcılığının önlenmesi, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkelerine riayet edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Bu nedenle söz konusu yasal düzenleme Türkiye'nin tarafı olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği ulusal mevzuattan üstün olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme ve belgelere, dolayısıyla da Anayasa'nın 90. maddesine aykırıdır. Bu bakımdan, söz konusu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil eden yasa düzenlemesinin iptali gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 1.2.2018 Tarihli ve 7070 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 62 nci Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen 45/A Maddesinin 3 ncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 10., 41., 49. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13. 7070 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 73. Maddesinin ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7070 sayılı Kanunun 73. maddesi şu şekildedir:

“3713 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 16- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 21 inci maddenin birinci fıkrasının mülga (ı) bendi kapsamında Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumundan burs almakta olanların bursları, normal öğrenim sürelerinin sonuna kadar ilgili mevzuat hükümlerine göre verilir. Söz konusu bende istinaden yargı mercilerinde Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılır. Feragat nedeniyle mahkemece yargılama giderleri ve vekalet ücretine hükmedilemez, verilmiş olan kararlar üzerine ayrıca herhangi bir işlem yapılmaz.”

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yapılan bu değişiklik ile terörden etkilenen kişilere veya terörden dolayı ölenlerin çocuklarına yükseköğrenim boyunca burs bağlanmasıyla ilgili maddeyi ilga etmiştir. Söz konusu 21. maddenin 1. fıkrasının “ı” bendi 16.11.1995 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan 4131 sayılı “Terörle Mücadele Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bir Ek Madde Eklenmesi Hakkında Kanun” un 1. maddesiyle getirilmiş bir değişikliktir. Söz konusu 4131 sayılı Kanunun 1. Maddesi şu şekildedir:

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

“12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21 inci maddesinin başlığı “Yardım” olarak değiştirilmiş ve bu maddeye birinci fıkranın (h) bendinden sonra gelmek üzere (ı) bendi eklenmiştir.

1) Terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince Başbakanlıkça Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı

Teşvik Fonundan karşılıksız burs verilir. Burs verilen öğrenciler hakkında 351 sayılı Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.”

1995 yılından bu yana terörle mücadele nedeniyle köyleri boşaltılan üniversite öğrencilerine ve yine terörle mücadeleden dolayı hayatını kaybedenlerin çocuklarına verilen yüksek öğrenim bursu yürütmenin tek bir kararı ile yürürlükten kaldırılmıştır. 15 Temmuz darbe girişimi sonrası ilan edilen Olağanüstü Hal sonrası çıkarılan 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen bu düzenleme OHAL’in ilan edilmesini gerektiren sebeple bağdaşmamaktadır. Söz konusu düzenleme “terörle ilişkisi bulunanlar”ı değil “terörle mücadeleden etkilenen kişiler”i etkileyecektir.

İlga edilen 21/1-ı bendine ek olarak bu bende istinaden yargı mercilerinde Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılacağı düzenlenmiştir. “Feragat” kelimesinin sözcük anlamı Türk Dil Kurumu sözlüğünde “hakkından kendi isteğiyle vazgeçme” anlamına gelmektedir ancak Yürütmeyi elinde bulunduranlar dava tarafları yerine karar vererek görülmekte olan davalardan vazgeçmişlerdir. Vatandaşının kendi iradesine bile karışan böyle bir düzenleme Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

7070 sayılı Kanun’un 73. maddesi hukuk devleti ilkesi açısından Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır. Anayasa’nın 2. maddesinde hukuk devleti Türkiye Cumhuriyetinin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti, en basit tanımıyla, devletin iş ve eylemlerinin hukukla sınırlanması demektir. Anayasa Mahkemesi’ne göre hukuk devleti; “... eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar” (AYM., 07.04.2016, 2015/94, 2016/27) Hukuk devleti ilkesi, ihdas edilen kanunların Anayasaya uygun olmasını gerekli kılar. Bu çerçevede Anayasa’nın 11 inci maddesinde; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” denilerek, hukuk devleti ilkesinin yasama erki yönünden bağlayıcılığı ortaya konulmuştur. Hukuk devletinde, yasa koyucu tarafından yapılan yasal düzenlemelerin, evrensel hukuk ilkelerine, hukuk devletinin temel prensiplerine aykırı olmaması, belirli bir mantığa ve makul hukuki gerekçelere dayanması gerekir. Bu açıdan getirilen bu düzenleme Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

7070 sayılı Kanunun 73. maddesinin Anayasaya bir başka aykırılığı 36. madde açısından. Anayasa’nın 36 ncı maddesinde; “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

hakkına sahiptir” denilmek suretiyle hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Hak arama özgürlüğü, hukuk devleti ilkesinin gereği ve adil yargılanma hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Hukuk devleti, “Devletin ve kişilerin eylem ve işlemlerinin hukukla bağlı olması ve bu bağlılığın yargı organlarının denetimi ile güvence altına alınması” olgusuna dayanır. Hak arama özgürlüğü ise, kişilerin, haklarını korumak için, yasama meclisine ve özellikle “yargı mercilerine başvuru” haklarını içerir. Bu bakımdan, verilen kararlar ve yapılan işlemler yönünden hukuksal denetimin gerçekleştirilebilmesi için öngörülen başvuru yolunun etkili olması, hukuk devleti ilkesinin gereği olan yargısal denetimin gerçek manada sağlanabilmesine hizmet edecektir. Aksi takdirde hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında, hak arama hürriyeti, hukuk devleti ile bağlantılı biçimde şöyle ortaya konulmuştur; “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan 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 ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir.

Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu ifade edilerek yabancıların da yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda iddia ve savunma haklarını kısıtlayan, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyen ve bu suretle adil yargılanmayı ihlal eden kuralların Anayasa’nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı açıktır.” (AYM., 08.10.2015, 2015/36, 2015/87).

7070 sayılı Kanunun 73 maddesinin ikinci cümlesi ile getirilen düzenleme kişilerin hak arama özgürlüğünü engellemektedir. Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu aleyhine açılan davalardan feragat edilmiş sayılması açıkça Anayasa’nın 36. maddesine aykırı olup iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesinin 7070 sayılı Kanun’un Anayasaya aykırı gördüğümüz maddelerinin anayasa uygunluğunu incelemesi ve esastan karara bağlaması zaman alabilecektir. Yargı denetimi yürütme organının hukuk devleti sınırları içinde kalmasını sağlayan en etkili araçtır.

Olağanüstü hallerde yargı denetiminin önemi daha da artmakta, devlet organlarının işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulması, yasama organının Anayasanın çizdiği sınırlar içinde kalmasını sağlamak ve temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından özellikle önem taşımaktadır.

İptali istenen 7070 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti ilkesine, Anayasanın üstünlüğüne ve bağlayıcılığına aykırılık oluşturan sonradan giderilmesi olanaksız durumların ortaya çıkmasına neden olacağı ve zararlar doğuracağı açık olduğundan, ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin yapacağı inceleme sonucunda iptal kararı vermesi durumunda bu kararının sonuçsuz kalmaması amacıyla kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğün durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

08.03.2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 7070 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un;

1) 1. maddesi ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesinin ikinci fıkrasına eklenen “Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.” cümlesinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 2., 13. ve 36. maddelerine,

2) 2. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 151 inci maddesinin 4 üncü fıkrasına eklenen “avukat hakkındaki soruşturma veya” ibaresi ve “Ancak,” ibaresinden sonra gelmek üzere “soruşturma veya” ibaresinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 2. ve 36. maddesine,

3) 3. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine eklenen 2 nci fıkrada yer alan “örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları” ibaresinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 2, 36 ve 38/4. maddesine,

4) 4. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 178 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen “Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir” cümlesinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 36. maddesine,

5) 5. maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına eklenen “Müdafiin mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi veya duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir” cümlesinin Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 36. maddesine,

6) 6. maddesi ile 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 59 uncu maddesine eklenen 5, 10 ve 11 inci fıkraların Anayasa’nın Başlangıç Kısmı ile 13 ve 36. maddelerine,

7) 33 ncü maddesi ile 18/5/1929 tarihli ve 1453 sayılı Zabitan ve Askeri Memurların Maaşatı Hakkında Kanuna eklenen GEÇİCİ 1 nci maddenin 2 nci fıkrasının Anayasa’nın 7. maddesine,

8) 48 inci maddesi ile 31/7/1970 tarihli ve 1325 sayılı Millî Savunma Bakanlığı Görev ve Teşkilâtı Hakkında Kanuna eklenen Ek 10. Maddedeki “Bakanlığın özelliği ve hizmetin gerekli kıldığı şart ve vasıflar göz önüne alınarak Bakanlığa intibak edemedikleri üstlerince teklif edilenlerden Bakanlıkta oluşturulacak komisyona yaptırılacak tahkikat sonucuna göre Millî Savunma Bakanınca uygun görülenler” ibaresinin Anayasa’nın 2. maddesine,

9) 56. maddesi ile 6191 Sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununa eklenen Geçici 1. Maddesinin Anayasa’nın 2., 13., 15. 38., 48., 49. ve 70. maddelerine,

10) 60 maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendine eklenen bendinin Anayasa’nın 2. 7., 13., 70. ve 128. maddelerine,

11) 61. maddesi ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendine eklene (I) alt bendinde yer alan “*eylem birliği içinde olmak*” ibaresinin Anayasa’nın 2., 13., 38. ve 70. maddelerine,

12) 62nci Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen 45/A Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa’nın 2., 10., 41., 49. ve 90. maddelerine,

Esas Sayısı : 2018/73

Karar Sayısı : 2019/65

13) 73. maddesinin ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”