

“... ”

A- 7242 SAYILI KANUNUN TÜMÜNÜN ANAYASAYA AYKIRILIĞI

1-) 7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile Değiştirilen 5275 Sayılı Kanun'un Geçici 6. maddesi zel Af Kanunu Niteliğindedir.

7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile değiştirilen 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesi af kanunu niteliğindedir. Bu madde ile denetimli serbestlik sisteminde bir sefer uygulanmak üzere geçici bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre 30.03.2020 tarihine kadar işlenmiş suçlarla ilgili olarak denetimli serbestlik süresi bir yıl yerine üç yıl olarak uygulanacaktır. Ancak bazı suçlar bu uygulamanın dışında bırakılmıştır. Bu kural ile denetimli serbestlik sisteminde bir defaya mahsus olarak srelerin uzatılması suretiyle hükümlülerin infaz edilecek cezalarında indirim yapılması sağlanarak daha erken tahliye edilmeleri sağlanmıştır. İstisna suçlar dışında 30.03.2020 tarihinden önce işlenen bir suçtan 6 yıla kadar hapis cezasına mahkûm olan bir kişi infaz kurumuna girmeyecektir. Yine 10 yıl hapis cezası alan bir kişi 2 yıl ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra tahliye olabilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda alıntılanan içtihatları, söz konusu düzenlemenin özel af niteliğini açıkça ortaya koymaktadır.

a) “zel Af” ile “Genel Af” Arasındaki Fark

Düzenleme, kapsamı itibariyle özel af niteliği taşımaktadır. Anayasa'nın 87. maddesinde genel ve özel af kanunlarının nitelikli çoğunlukla kabul edilmesi öngörülmüştür. Anayasa'da belirtilen genel veya özel af kavramları 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 65. maddesinde düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 65. maddesine göre genel af halinde, kamu davası ve hkmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Bu doğrultuda genel af, “kamu davasını, mahkmiyetin tüm cezai sonuçlarını ve fiilin “suç” vasfını bertaraf eden aftır” şeklinde tanımlanabilir. Affin genelliği, kapsadığı suç ve suçluların sayısıyla değil, doğurduğu sonuçların niteliğine göre belirlenir. Türk Ceza Kanununun 65. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “zel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda ektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir”. Dolayısıyla zel af halinde hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilmekte veya infaz kurumunda ektirilecek süresi kısaltılabilmekte ya da adli para cezasına çevrilebilmektedir. Genel af hem cezayı hem de suçu kaldırmakta, özel af ise hükmedilmiş olan cezayı ortadan kaldırmakta, azaltmakta veya başka bir cezaya çevirmektedir.

Anayasa Mahkemesi affi, “suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır. Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir. Af bazen sadece kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkmiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur” şeklinde tanımlamıştır (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen geçici 6. madde ile denetimli serbestlik yoluyla bir defaya mahsus olmak üzere infaz süresinde indirim yapılmaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen kararda özel affa ilişkin olarak şu değerlendirmelerde

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

bulunmuştur: “Özel af ise, Türk Ceza Yasası'nın 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren, başka bir cezaya çeviren aftır.

Özel af, işlenmiş olan fiilin suç niteliğini kaldırmaz; ancak hükmedilmiş ve kesinleşmiş olan cezalarda söz konusu olur. Bu sebeple kamu davasının açılması, devamı ve kesin hükme bağlanması gerekir. Kamu davasına ve mahkûmiyete etkisi olmaması, yalnız ceza üzerine etkili olması nedeniyle özel af sadece cezayı kısmen veya tamamen düşüren bir sebeptir.

Özel af bundan faydalanacaklar bakımından ferdi ve toplu özel af olmak üzere ikiye ayrılır. Anayasa'nın 87. ve 104. maddelerine göre ferdi özel af çıkarma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanı'na, toplu özel af çıkarma yetkisi ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir.

Genel afta olduğu gibi özel af tasarruflarında da geciktirici (taliki) veya bozucu (infisahi) şartlara yer verilebilir.

Özel affin mahkûmiyete tesir etmemesi nedeniyle mahkûmiyete bağlı ehliyetsizlikler devam eder.” (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

Görüldüğü gibi özel af, fiili suç olmaktan çıkarmamakta ya da mahkumiyeti ortadan kaldırmamaktadır. Yalnızca cezanın kısmen ya da tamamen infaz edilmesini önlemektedir. Dolayısıyla mahkûmiyete bağlı sonuçlar özel afta ortadan kalkmamakta ve af şartına bağlı olarak öngörülebilmektedir.

b) Af Yasasının Bir Defaya Mahsus Olarak Normatif Etki Doğurma Özelliği

Yukarıda da alıntıldığı üzere, AYM'ye göre, “Af yetkisinin kullanılması, netice itibarıyla devletin cezalandırmak hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir” (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001). Gerçekten, af kanunlarının önemli bir özelliği de geçici ve bir defaya mahsus olmasıdır. Af kanunlarını veya kanunların içinde af içeren maddeleri tespit ederken bu hususa dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla ceza kanunlarında yapılan sürekli, genel ve soyut değişikliklerle bir fiilin suç olmaktan çıkarılması ya da cezasının azaltılması ya da infaz kanunlarında yapılan değişikliklerle infaz rejiminin değiştirilmesi, affa benzer sonuçlar doğursa da bunların af kanunu olmadıklarını kabul etmek gerekir.

Ancak fiilin suç niteliğini ortadan kaldırmadan bir defaya mahsus olmak üzere dava açılmasını önleyen bir düzenlemenin yapılması ya da cezanın ortadan kaldırılması veya infaz edilecek cezada indirim yapılması yahut cezanın değiştirilmesi, hangi adla yapılmış olursa olsun af niteliği taşıyacaktır.

c) Anayasa Mahkemesi'nin Denetlenen Düzenlemenin Af Niteliğini İçeriğe Göre Belirlemesi

Anayasa'nın 87. maddesindeki nitelikli çoğunluk kuralının koşulu olan özel affin somut olayda bulunup bulunmadığının tespiti, ihtilafli kanuni düzenlemeyi yapan yasama organının değerlendirmesine göre değil, bizzat anayasallık denetimi yapan Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmak gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin, soyut norm denetimiyle önüne gelen düzenlemelere uygulanacak kuralları belirleyecek anayasal kavramların tanımını yasama ya da yürütme organlarına bırakması, onun anayasallık denetimi görevini tamamen etkisiz hale getireceği gibi, Anayasa'ya uymakla yükümlü organların kullanacakları deyim ve kavramlar

aracılığıyla Anayasa'ya saygıdan kaçınma sonucuna yol açacaktır. Bu durumsa; 11. madde başta olmak üzere Anayasa'nın tikel maddelerine aykırı olacağı gibi, Anayasa'nın ruhuna da aykırı olur.

Esasen, Anayasa Mahkemesi'nin af konusundaki yaklaşımı da tam olarak böyledir. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın özel kurallara tabi tuttuğu işlemin söz konusu olup olmadığını belirlerken işlemin adına değil, içeriğine ve niteliğine göre değerlendirme yapılması gerektiğine özellikle vurgu yapmıştır. Bu çerçevede Mahkeme şu saptamayı yapmaktadır: “Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir.” E. 2002/99, K. 2002/51, K.T. 28.5.2002).

Buna dayalı olarak Anayasa Mahkemesi, şartlı salıverme koşullarında bir defaya mahsus uygulanmak üzere değişiklik yaparak ceza miktarında on yıl indirim öngören 4616 sayılı kanundaki düzenlemelerin özel af niteliği taşıdığına karar vermiştir. Mahkemenin değerlendirmesi şu şekildedir: “... 2. bent ile Yasa kapsamına giren cezalarda indirim yapılmakta 10 yıldan az cezaya mahkûm kimi hükümlülerin diğer koşullarında varlığı halinde hiç cezaevine girmeksizin cezalarının infazına olanak tanınmakta ise de, bu olanak genel affin tanımında belirtildiği gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleri ile kaldırmamaktadır. Düzenlemenin hükümlülere getirdiği yarar cezaevinde kalma süresini belirli koşullarla kısaltması veya hiç cezaevine girmeden cezanın infazını sağlamasıdır.

Şartla salıverilmenin en önemli unsurları, cezanın belirli bir süresinin cezaevinde çekilmiş olması ve hükümlünün bu süre içerisinde iyi hal göstermesidir. Oysa 2. bent ile 10 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olan hükümlülerin iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın salıverilmelerinin sağlanması bu düzenlemenin şartlı salıverilme olmayıp kendine özgü bir müessese olduğunu göstermektedir.

Türk Ceza Yasası'nın 98. maddesine göre cezayı ortadan kaldıran veya azaltan ya da değiştiren bir düzenleme olarak adlandırılan özel affin, toplu ve şartlı olarak getirilmesinin de olanaklı bulunduğu dikkate alındığında, 2. bentte yer alan kuralın, müebbet ve 10 yıldan fazla süreli hükümlülükler bakımından cezadan indirim öngören, tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından veya toplam hükümlülük sürelerinden on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi veya hükümlülük süresi dolmuş olanlar bakımından ise, belirli bir süreyle suç işlememe bozucu (infisahi) koşuluna bağlanmış, toplu özel af niteliğindedir.

Her ne kadar, 4616 sayılı Yasa'nın 8. bendi ile Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının öngörüldüğü ve bu hükümlülerin cezalarının bir kısmını cezaevinde geçirmiş oldukları ileri sürülebilirse de, uygulanma koşulu olarak kabul edilmesi gereken bu durum, 2. bentle getirilen düzenlemenin özel af niteliğinde olduğu yolundaki düşüncüyü değiştirmemektedir.” (E. 2001/4, K. 2001/332, K.T. 18.7.2001).

Görüldüğü gibi Mahkeme, düzenlemeye ne ad verildiğini değil, düzenlemenin içeriğini esas alarak yapılan kanunun af kanunu olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca ulaşırken

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

getirilen düzenlemenin bir defa uygulanmak üzere infaz edilecek cezalarda indirim yapmasını esas almıştır. Buna dayanarak da kanunun af kanunu olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 4616 sayılı Kanun'un bazı hükümlerinin iptal edilmesinden sonra çıkarılan 4758 sayılı Kanun'un özel af niteliği taşıdığı, ancak Anayasanın 87. Maddesinde öngörülen nitelikli çoğunluk kuralına uyulmaksızın kabul edildiği gerekçesiyle açılan iptal davasında talebi haklı görerek çıkarılan kanunu Anayasanın 87. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkemenin değerlendirmesi şu şekildedir: "Türk Ceza Kanunu'nun 98. maddesine göre, cezayı ortadan kaldırma veya azaltma ya da değiştirme özellikleri bulunan "özel af", toplu ve şartlı da olabilmektedir.

2. bendin ilk paragrafında, müebbet ağır hapis cezasına veya şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsi hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim öngörülmesi, ikinci paragrafında da, birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların belirli bir süre suç işlememe (bozucu infisahi) koşuluna bağlanması, getirilen düzenlemenin toplu ve şartlı özel af niteliğinde olduğunu göstermektedir.

4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 8. bendinde, Yasa'nın yayımı tarihinden sonra cezaevinin disiplinini bozucu hareketlerinden dolayı disiplin cezası almış olanların, tüzük hükümlerine göre disiplin cezaları kaldırılmadığı sürece 1. madde hükümlerinden yararlanamayacaklarının belirtilmesi nedeniyle bu hükümlülerin cezalarının bir bölümünü cezaevinde geçirmeleri ise uygulama koşulu olduğundan 2. bendin içerdiği düzenlemenin "özel af" niteliğini etkilememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.2001 günlü E: 2001/4, K: 2001/332 sayılı kararıyla 4616 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin dava konusu kuralla öz yönünden farklılık içermeyen 2. bendindeki düzenlemenin de toplu ve şartlı özel af olduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile değiştirilen 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Buna göre, "af" niteliğindeki yasama işlemlerinin TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile yasalaşması gerektiği açıktır. Dava konusu kural ise bu oran gözetilmeyerek 174 oyla yasalaşmıştır." E. 2002/99, K. 2002/51, K.T. 28.5.2002).

Görüldüğü gibi her iki kararında da Anayasa Mahkemesi, getirilen düzenlemenin niteliğini esas alarak şartlı salıvermeye ilişkin olarak bir defa uygulanmak üzere çıkarılan ve infaz edilecek ceza miktarında indirim yapan düzenlemeleri özel af kanunu olarak nitelendirmiştir. Bunun sonucu olarak Anayasanın 87. maddesinde af kanunlarının kabulü için öngörülen nitelikli çoğunluk kuralına uyulmadan kabul edilen 4758 sayılı kanunu Anayasanın 87. Maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

d) 7242 Sayılı Kanun'un 52. Maddesi ile Değiştirilen 5275 Sayılı Kanun'un Geçici 6. Maddesinin Özel Af Kanunu Niteliği Taşınması

7242 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile 5275 sayılı kanuna eklenen geçici 6. madde ile 30.03.2020 tarihine kadar işlenmiş olan ve öngörülen istisnalar dışındaki suçlardan mahkûm olan kişilerin daha uzun denetimli serbestlik süresinden yararlanmak suretiyle infaz edilecek cezalardan indirim yapılması öngörülmektedir. Dolayısıyla bir defalığına uygulanmak üzere ceza miktarında indirim yapan bir düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı açıktır. Ayrıca özel affın belli koşullara tabi tutulması da mümkündür ve söz konusu koşulları taşıyan yaşlı, hasta, çocuklu ya da çocuk mahkûmlar, söz konusu koşulları sağlamaları halinde daha erken tahliye olabileceklerdir. Kanunda bu düzenlemeye denetimli serbestlik denilmiş olmasının yapılan düzenlemenin af niteliğini ortadan kaldırmadığı açıktır. Bunun yanında, söz konusu düzenlemede açık cezaevine çıkmış olma koşulu da öngörülmemiştir. Ayrıca Yasanın geçici 53. maddesi ile 5275 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. madde ile disiplin cezası alanların iyi halli sayılmalarını önleyen kurallar esnetilerek bu kişilerin de geçici olarak uzatılan denetimli serbestlikten yararlanmaları sağlanmıştır. En önemlisi de, bu hükümler bir defalığına geçici olarak uygulanacaktır. Dolayısıyla sürekli uygulanmak üzere çıkarılmış genel kural niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, kendisine kanun koyucu tarafından verilen isim her ne olursa olsun, denetim konusu olan kuralın içeriği itibariyle özel af niteliği taşıdığı açıktır. Bu kurallar belli kişilere değil, aynı durumdaki bütün mahkumlara uygulanacağından bu, aynı zamanda toplu af niteliğindedir. Özetlemek gerekirse iptali istenen kural ile getirilen düzenleme, Anayasa'nın 87. maddesi anlamında toplu özel af niteliği taşımaktadır.

2) 7242 sayılı Kanun'la Özel Af Getirilirken İzlenen Usuller, Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Şekilde Eylemli İçtüzük Değişikliği Oluşturmaktadır

a) 7242 Sayılı Kanun'un Kabulünde TBMM İçtüzüğü m.92'nin Özel Af İçin Öngördüğü Nitelikli Çoğunluk ve Açık Oylama Kurallarının İhlal Edilmesinin, Eylemli İçtüzük Değişikliği Oluşturması

Anayasa'nın 87. maddesine göre Türkiye Büyük Millet meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun (360 milletvekili) kararı ile genel ve özel af ilan edebilir. Dolayısıyla af yetkisi, TBMM'nin nitelikli çoğunlukla alacağı bir karar ile kullanılabilir. Anayasa'nın 88. maddesinin ikinci fıkrasında kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'nde görüşülme usul ve esaslarının İçtüzükle düzenleneceği belirtilmiştir. TBMM İçtüzüğü'nün 92. maddesinde de; "Genel veya özel af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarı veya tekliflerin ayla ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır." denilmektedir.

Buna göre, af kanunu niteliğindeki yasaların ya da bu nitelikte hüküm içeren kanunların TBMM Genel Kurulunda kabulü için hem ilgili maddenin oylanmasında hem de yasanın tümünün oylanmasında beşte üç çoğunluğun (360) aranması, bunun için oylamanın açık oylama şeklinde yapılması gerekmektedir.

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisininin 12 Nisan 2020 Pazartesi günü yapılan 83. Birleşimi sırasında (27. Dönem 3. Yasama yılı) yapılan görüşmeleri sonucu, 52. maddesinin oylanmasında nitelikli çoğunluk aranmadığı gibi açık oylama da yapılmamış, maddenin oylanması işaret oyuyla gerçekleştirilmiştir (Bkz. 12 Nisan 2020 Pazartesi günlü tutanak, s. 139). TBMM'nin 13 Nisan 2020 Pazartesi günü yapılan

84. Birleşimi sırasında (27. Dönem 3. Yasama yılı) yapılan son oylamasında da Anayasanın öngördüğü beşte üç çoğunluk sağlanmamıştır. Meclis Başkanvekili tarafından açıklanan açık oylama sonucuna göre Kanun'un bütününe oylanmasında, 330 oy kullanılmış, 279 kabul, 51 ret oyu verilmiştir).

Bu durumda ne maddenin oylanmasında ne de yasanın genelinin oylanmasında Anayasa'nın 87. maddesine göre gerekli olan beşte üç çoğunluk (360) sağlanmıştır.

Dolayısıyla TBMM İçtüzüğü'nün 92. maddesine göre hem ilgili maddenin hem de yasanın tümünün oylamasında Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen 3/5 nitelikli çoğunlukla (360 milletvekili) kabul edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca İçtüzüğü'nün 92. maddesine göre af içeren hükümlerin oylamasının açık oylama şeklinde yapılması, önergelerin kabul edilmesi halinde oylamanın açık oylama şeklinde tekrarlanması gerekmektedir. Nitekim 52. Maddeye ilişkin önergelerden biri kabul edilmiştir. Ancak maddenin oylanması açık oylama şeklinde tekrar edilmemiştir. Bu uygulamanın açık bir şekilde içtüzüğe aykırılık oluşturduğu görülmektedir. Bu uygulamanın eylemli bir içtüzük değişikliği teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Aynı şekilde Yasanın tümünün oylanmasında Anayasanın 87. maddesinde öngörülen beşte üç çoğunluğun aranması, İçtüzüğü'nün 92. maddesinin de gereğidir. Bu açık hükme aykırı uygulamanın da eylemli içtüzük değişikliği teşkil ettiği açıktır.

b) 7242 Sayılı Kanun'un Kabulünde Ortaya Çıkan Eylemli İçtüzük Değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi Denetimine Tabi Olması

Anayasanın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin İçtüzük değişikliklerini denetleme yetkisi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 148. maddesiyle kendisine verilmiş olan İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleme yetkisini kullanırken yalnızca ilgili işlemin tasarrufla bulunan organ tarafından nasıl nitelendirildiğine, nasıl adlandırıldığına veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakmakla yetinmeyerek, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçları da gözetir. Buna uygun olarak Anayasa Mahkemesi, "hukuksal nitelikleri, etkileri ve meydana getirdikleri sonuçlar bakımından, Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun, KHK ve TBMM İçtüzüğü ile eşdeğerde bulunan ve bu nedenle de belirtilen işlemlere özgü yöntem ve isimlerle tesis edilip, hukuki varlık kazanması gereken bazı yasama tasarrufları, farklı yöntem ve isimlerle hukuk sistemine dahil edilerek Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarılabilir" endişesiyle, "(...) adı yeni bir İçtüzük düzenlemesi veya değişikliği olmadığı ve İçtüzük yapılması ve değiştirilmesindeki yöntem uygulanmadığı halde değer ve etkisi bakımından birer İçtüzük kuralı niteliğinde olan TBMM kararları Anayasal denetime bağlı tutulabilir" saptamasını yapmıştır (E.2007/45, K.2007/54, k.t.1.5.2007)

Anayasa Mahkemesinin 12.12.1991 günlü ve E.1991/50 ve K.1991/50 sayılı kararında, Anayasanın 85. maddesi uyarınca sadece TBMM üyelerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ya da üyeliklerinin düşmesine ilişkin TBMM Kararlarının denetiminin yapıldığı vurgulandıktan sonra aynen şu yoruma yer verilmiştir: "Dava dilekçesinde 6.6.1991 günlü TBMM kararının iptali istenildiğine ve bu karar dokunulmazlığın kaldırılması ya da üyeliğin düşürülmesiyle ilgili olmadığına göre, iş bir içtüzük düzenlemesi niteliğinde ise kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilecektir. Bu durumda, anılan kararın içeriğinin içtüzük düzenlemesi niteliğinde olup olmadığına incelenmesi gerekmektedir. TBMM kararının İçtüzük düzenlemesi niteliğinde sayılabilmesi için o kararın "Meclis'in çalışmasıyla ilgili yöntem ve esaslara" ilişkin olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları da bu

doğrultudur. Buna göre çalışma yöntem ve esaslarına ilişkin konuları içeren kararlar içtüzük düzenlemesi niteliğinde olup, bunun dışındakiler ise bu nitelikte değildir.”

Kararın devam eden bölümünde ise şu kayıtlar yer almaktadır: “İçtüzüğün yasa tasarılarının görüşülmesine ilişkin öngördüğü yöntemden farklı bir biçimde oluşturulan dava konusu TBMM kararı, doğrudan Meclis'in çalışma yöntem ve esasları ile ilgili bulunmakta ve 53. maddeyi değiştirir nitelik taşımaktadır. Böyle bir uygulamanın, içtüzük değişikliği olarak görülmemesi TBMM'nin çalışmalarında içtüzükteki kurallara uyma zorunluluğunu giderek zayıflatacak ve bu da eylemli uygulamaların yerleşik duruma geçmesine neden olacaktır.” saptamasından hareketle, TBMM Kararının eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, eylemli bir içtüzük değişikliği niteliğinde olan TBMM kararlarının Anayasa Mahkemesinin denetimi kapsamında olduğuna karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin Meclis kararlarının denetimine dair verdiği bir başka kararda, açıkça “kurul iradesinin Meclis kararı örtüsü altında gerçekleştirilmesi, hukuk devleti ve özgürlükler bakımından kimi zararlar doğurabilir” denmekte ve Meclis kararlarının bu nitelikleri haiz olduğu hallerde denetlenme zorunluluğunun altı çizilmektedir. Böylelikle Mahkeme, kendi ifadesiyle “Anayasayı dolanma girişimlerinin” hukuksal korumadan faydalanma imkanının önüne geçmek istemiştir (E.2007/62, K.2007/66, K.T.05.7.2007) Anayasa Mahkemesi, bu tavrı 1961 Anayasası döneminden beri benimsemiştir. Mahkeme, görev hususunu değerlendirirken bu nokta üzerinde durmaktadır.

Mahkemenin bu açık içtihadı karşısında oylama şeklinin ve oylama kabul sayısının TBMM çalışmalarına ilişkin usul ve esaslarla ilişkili olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla af kanunu niteliğindeki kuralın oylamasında içtüzükte öngörülen açık oylamanın yapılmaması içtüzük değişikliği olduğu gibi, af kanunlarına ilişkin nitelikli çoğunluğun aranmaması da içtüzük değişikliği niteliğindedir. Meclis İçtüzüğü'nün 181. maddesine uygun şekilde gerçekleşmeyen söz konusu değişiklikler, eylemli içtüzük değişiklikleri oluşturmaktadır.

Eylemli içtüzük değişikliği doğası gereği içtüzükte öngörülen tüzük değişikliği kurallarına uyulmadan yapılan fiili bir uygulama anlamına gelmektedir. Bu şekilde alınan kararların Anayasaya aykırı olması halinde bunu denetlemek ve iptaline karar vermek, Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında olup, Mahkeme geçmişte bu yetkisini kullanarak iptal kararları vermiştir. Aynı şekilde, Mahkeme'nin, 7242 sayılı Kanun'un özel af niteliği taşıyan düzenlemesinin kabulü bakımından “Anayasa'yı dolanma girişimi” anlamına gelen söz konusu eylemli içtüzük değişikliklerini denetlemesi ve bu çerçevede 7242 sayılı Kanun'un tümünün iptaline karar vermesi gerekir.

Af kanununun oylanmasına ve kabul sayısına ilişkin içtüzük kurallarına aykırı uygulamanın fiili içtüzük değişikliği teşkil ettiği ve Anayasada öngörülen kabul oyunu almamış olan bir metnin kanun olarak kabul edilerek Cumhurbaşkanının imzasına sunulması ve uygulamaya konulması, açıkça Anayasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 87. ve 88. maddelerine aykırı olan 7242 sayılı yasanın tümünün iptali gerekir.

B- 7242 SAYILI KANUNUN İLGİLİ MADDELERİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI

1)- 7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanunun 109. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasının son cümlesi Anayasa'ya aykırıdır. Söz konusu 109. maddenin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasına göre:

“Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir. Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümlerle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de adli kontrol kararı verebilir”.

Görüldüğü üzere, belirli kırılma kategorilerdeki kişilerin tutuklanmak yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebileceğini belirten düzenleme, bir mahkûmiyet hükmüyle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesinin de adli kontrol kararı verebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla; getirilen düzenlemenin sonucu olarak, istinaf ve temyiz süreçlerinde bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay önünde derdest olan bir dosyayla ilgili olarak, dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemeleri de UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle adli kontrol kararı verebilecektir. Oysa dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemesinin, olağan olarak ilgili adli kontrol altına alma yetkisi bulunmamaktadır. 5271 sayılı Kanun'un 110. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili yargı mercileri tarafından kovuşturma evresinin her aşamasında adli kontrol tedbirine ilişkin 109. ve 110. maddeler uygulanacaktır. Burada görevli ve yetkili yargı merciinin, istinaf ya da temyiz sürecinde dosya önünde derdest olan mahkeme olduğu açıktır. İptali istenen kural çerçevesinde dosya önünde derdest olmayan ilk derece mahkemesinin de söz konusu yetkiyle donatılmasının, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun ruhuna aykırılık taşıdığı ve sağlıklı bir yargı düzeniyle uyumlu olmadığı ortadadır.

Adli kontrol tedbirleri, tutuklama tedbirine göre daha hafif tedbirlerdir. Madde, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği kanuna uygun şekilde tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüpheli hakkında tutuklama yerine daha hafif adli kontrol tedbirlerinin alınabileceğini belirterek, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hakların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin özel bir görünümünü yansıtmaktadır. Şu halde; daha ağır olan tutuklama tedbiri yerine söz konusu kategorilerdeki bireylerle ilgili olarak daha hafif adli kontrol tedbirlerinin alınmaması, olması gerekenden daha şiddetli bir hürriyeti bağlayıcı tedbirin uygulanması anlamına geleceği için, Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını düzenleyen 19. maddesinin ve hak sınırlamada ölçülülük şartını öngören 13. maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır.

İptali istenen kural, aynı konuda iki farklı mahkemeye yetki tanıyarak, söz konusu Anayasa maddelerinin ihlalini olası hale getirmektedir. Gerçekten de; kanunun bu konuda iki farklı mahkemeyi yetkili kılması, haklarında uygulanmakta olan tutuklama kararı adli kontrol kararına çevrilmesi gereken ilgili kategorilerdeki kişilerle ilgili olarak, iki farklı mahkemenin de karar alma inisiyatifini birbirine bırakması sonucu, alınması gereken adli kontrol kararının

alınmamasına yol açabilir. Gerçekten de; 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremediği kanuna uygun şekilde tespit edilen şüpheli ile gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadın şüpheli hakkında adli kontrol kararı alınması gerekirken, iki mahkemenin de kararı birbirine bırakması sonucunda, ilgililer hakkında daha önce alınmış tutukluluk kararlarının kaldırılmaması sebebiyle tutukluluklarının devamı olasıdır. İhtilafı kuralın yaratacağı yetki karışıklığı sebebiyle doğması olası böyle bir durum ise, Anayasa'nın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını düzenleyen 19. maddesinin ve hak sınırlamada ölçülülük şartını öngören 13. maddesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel işleyişine aykırı şekilde ve yargısal fonksiyonun sağlıklı şekilde icrasını bozacak doğrultuda dosya önünde derdest olmayan ikinci bir mahkemeye adli kontrol kararı alma yetkisi veren ve bu arada hiçbir anlamlı kamu yararı amacını da takip etmeyen iptali istenen kural; yol açacağı muhtemel keyfilikler, yargısal atıllıklar ve yetki karışıklıkları sebebiyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına getirilecek sınırlamalarda ölçülülük ilkesine aykırı sonuçlar yaratacağı için, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

2)- 7242 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 112. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasaya aykırılığı

5271 sayılı Kanununun adli kontrol tedbirlerine uymayan kişiler hakkında tutuklama kararı verilmesini düzenleyen 112. maddesinin birinci fıkrasına iptali istenen şu cümle eklenmiştir: "Hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümlerle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş olması hâlinde, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle hükmü veren ilk derece mahkemesi de tutuklama kararı verebilir". Dolayısıyla, getirilen düzenlemenin sonucu olarak, istinaf ya da temyiz sürecinde bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay önünde derdest olan bir dosyayla ilgili olarak dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemeleri de, UYAP kayıtlarını incelemek suretiyle tutuklama kararı verebilecektir.

Madde gerekçesinde düzenlemenin amacının uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek olduğu belirtilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

"Hakkında adlî kontrol kararı verilmiş olup da dosyası istinaf ya da temyiz incelemesinde bulunan sanıkların adlî kontrol tedbirine uymamaları halinde hangi yargı mercii tarafından değerlendirme yapılarak, tutuklama kararı verileceği veya yakalama emri düzenleneceği hususunda uygulamada tereddütler yaşanabilmektedir. Düzenlemeyle, hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş ve bu hükümlerle ilgili olarak istinaf veya temyiz kanun yoluna başvurulmuş sanıkların adlî kontrol tedbirine uymamaları hâlinde, hükmü veren ilk derece mahkemesi tarafından da UYAP kayıtları üzerinden durumlarının değerlendirilebileceği ve tutuklama kararı verilebileceği veya yakalama emri düzenlenebileceği hüküm altına alınmaktadır. Esasen ilk derece mahkemelerinin bu konuda var olan yetkisi belirgin hale getirilmek suretiyle Ülke genelinde uygulama birliğinin sağlanması amaçlanmaktadır."

5271 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre; soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re 'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

Dolayısıyla, tutuklama kararı verme yetkisinin dava önünde derdest olan mahkemeye ait olduğu gayet açıktır ve gerekçede belirtildiği gibi dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemesinin diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi tutuklama koruma tedbirine karar verme yetkisi de bulunmamaktadır.

Dosyadan el çekmiş olan bir mahkemenin üst mahkeme önünde derdest olan bir dosyanın sanığı ile ilgili olarak koruma tedbirine hükmedebilmesini ve kişinin özgürlüğünü kısıtlamaya karar verebilmesini düzenleyen kural, Anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmektedir. Öncelikle, düzenleme, kapsamı itibariyle dosya önünde derdest olan bölge adliye mahkemesinin veya Yargıtay'ın tutuklama kararı vermesini engellemektedir. Dolayısıyla; dava mahkemesi olarak zaten adli kontrol koşullarını yerine getirmeyen sanıklar hakkında tutuklama kararı verme yetkisine sahip olan bu mercilerin söz konusu yetkisi, baki kalmıştır. İptali istenen kuraldaki "ilk derece mahkemesi de tutuklama kararı verebilir" ibaresindeki "de" bağlacı, bu tespiti teyit etmektedir. Ancak istinaf ve temyiz mercilerinin bu yetkisi devam ederken, aynı zamanda dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemelerine de UYAP üzerinden dosyayı inceleyerek tutuklama kararı verme yetkisinin tanınması ve böylece aynı dosyayla ilgili olarak tutuklama kararı alabilecek mercilerin sayısının artırılması, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırılık teşkil etmektedir. Dosya önünde derdest olmayan ilk derece mahkemesinin; adli kontrol tedbirlerinin gerçekten ihlal edilip edilmediğini olayın somut koşullarını doğrudan inceleyerek belirleyemeden, kişilerin savunmasını almadan ve hatta bu kişilerin durumdan haberi dahi yok iken tutuklama gibi çok ağır bir tedbir kararını alabilmesi, en temel haklardan birisi olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını keyfi müdahalelere açık hale getirmektedir.

Ülkemizde tutuklamanın amacı dışında kullanıldığı, Anayasa'nın 19. maddesine ve insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı olarak henüz suçluluğu kanıtlanmamış kişileri cezalandırmak amacıyla hareket edildiği olgusu; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına yansıdığı gibi, Türkiye'nin üyesi olduğu uluslararası örgütleri temsil eden pek çok uluslararası gözlemci tarafından da dile getirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Selahattin Demirtaş/Türkiye (no 2), (20 Kasım 2018, başvuru no: 14305/17) ve Osman Kavala/Türkiye, (10 Aralık 2019, başvuru no: 28749/18) kararlarında; tutuklamaların amacı dışında yapıldığını tespit etmiş ve Mahkeme'nin içtihat tarihinde ender görülen bir durum olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 18. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yüzlerce gazeteci, insan hakları savunucusu, akademisyen, siyasetçi ya da başka kişiler salt siyasal görüşleri ya da yürütme yetkilileri veya politikaları aleyhine yaptıkları eleştiriler nedeniyle soruşturmaya ve kovuşturmayla tabi tutulmakta ve tutuklanmaktadırlar. Faaliyetleri fikri uğraşla sınırlı siyasal muhaliflerin hürriyetlerinin hukuka aykırı şekilde kısıtlanması ve keyfi tutuklamalara maruz bırakma tehdidiyle topluma gözdağı verilmesi, vaka-i adiyeye haline gelmiştir. Siyasal muhaliflere yönelik tutuklamalar; demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından ciddi sorunlar yaratmakta, Anayasa'nın 13. maddesi sistematik şekilde ihlal edilmektedir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, yakın zamanda yayınladığı kapsamlı (19 Şubat 2020 tarihli CommDH(2020)1) Türkiye ziyareti raporunda, tutuklama uygulamalarına ilişkin olarak şu görüşlere yer vermiştir: "51. ... Birbirinin ardından gelen komiserlerin bulguları, Türk yargısının uygulamasında uluslararası ve Avrupa insan hakları standartlarından istikrarlı bir sapma örüntüsü ortaya koymaktadır. Şartları oluşmamış gözaltılar, yetersiz gerekçelerle alınmış tutuklama kararları, tutukluluğun devamına ilişkin başvuru usullerindeki ciddi eksiklikler, ayrıca uzun tutukluluk gibi sorunlar buna dahildir. ... 52. Bu

bağlamda, Komiser, ceza muhakemesi usulünde yapılan çeşitli yasal değişikliklere rağmen endişe yaratmaya devam eden bazı sorunlu uygulamalara dikkat çekmek istemektedir. Bunlar, (i) savcılarının mesnetsiz davalar da dahil olmak üzere dava açmakta ihtiyatlı davranmamaları; (ii) şüphelilerin soruşturmaların çok erken aşamalarında tutuklanarak iddianameden bile önce çok uzun tutuklu kalması; (iii) Türk savcılarında çok yerleşik bir uygulama olan, ilk önce iyi temellendirilmiş şüpheler ortaya koymak için delil toplamak yerine, şüphelilerin tutuklanmasından delile gitme; (iv) tutuklama kararlarının yeterince gerekçelendirilmemesi ve bilhassa tutukluluğun devamı kararlarının otomatikliği; (v) tutuklamaya alternatif tedbirlerle başvurmama; (vi) “hükümsüz hapis” derecesine varan tutuklulukta geçen aşırı uzun süreler.”¹. Komiser ’in bu gözlemlerinin, Türkiye’nin son yıllarda adil yargılanma gereklerinden hızla uzaklaşan ceza muhakemesi tablosunu doğru şekilde özetlediğini kabul etmek zorunludur.

Türkiye’de tutuklamanın istisnai bir hukuki tedbir olarak değil de, siyasal mercilerin ve üst yönetim makamlarının kendilerine muhalif addettikleri yurttaşlara karşı siyasi bir susturucu ve cezalandırma aracı olarak kullanılması sonucunu doğuran uygulamalar, tutuklama kararı vermeye ilişkin olarak yetki genişlemesi yaratan her düzenlemenin, titizlikle ele alınmasını gerektirmektedir. Öte yandan, tutuklama konusundaki bu sistematik sorunun yalnızca yargısal uygulamanın yetersizliğinden kaynaklanmadığı, siyasi iradenin ve Parlamento çoğunluğunun da bu keyfi uygulamalara zemin hazırladığının somut göstergelerinden birisi de, iptali istenen bu düzenlemedir. Zira dosyadan el çekmiş bir mahkemenin UYAP üzerinden evrak kontrolü ile, kişiyi dinlemeden ve onun savunmasını almadan, kişinin adli kontrol tedbirlerini ihlal ettiği gerekçesiyle tutuklanmasına olanak tanınması, ceza muhakemesinde doğrudanlık ilkesine aykırı olduğu gibi, açık bir şekilde keyfi tutuklamaların da yolunu açmaktadır. Oysa doğrudanlık ilkesi, ceza muhakemesine ilişkin önemli güvencelerden birisidir (Bkz. örneğin : AİHM, Svanidze/Gürcistan, 25 Temmuz 2019, başvuru no : 37809/08, §32-33) ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan tedbirlerin, AİHS’nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkının bireyi keyfiliğe karşı korumak şeklindeki genel amacıyla uyumlu olması gerekir (Bkz. örneğin : AİHM, Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, 7 Ocak 2010, başvuru no : 25965/04, §322). Özgürlük ve güvenlik hakkının akibetini, dosyadan el çekmiş olan ilk derece mahkemesine tevdi eden iptali istenen kural; ceza muhakemesi hukukunun ruhuna açık şekilde aykırılık oluşturmaktadır ve tutuklama kararının Anayasa’nın 19. maddesine uygun şekilde verilebilmesi için gerekli asgari güvenceleri içermemektedir.

Kaldı ki, Adalet Bakanlığınca çalışmaları yürütülmekte olan İnsan Hakları Eylem Planı, yargı pratiğinin Anayasa’ya ve insan hakları hukukuna uygun hale gelmesini sağlamak için yargıç ve savcılarının insan hakları formasyon programını da kapsamakta olup; Anayasa madde 19 uygulaması ve gerekçeli tutuklama ilkesi, programın temel taşı olarak öngörülmektedir.

Dava önünde derdest olmayan mahkemenin, adli kontrol yükümlülüğünün ihlali üzerine salt UYAP kayıtlarına istinaden tutuklama gibi ağır sonuçları olan bir karar vermesinin doğuracağı ciddi sıkıntılar izahtan varestedir. Örneğin; ağır hastalık gibi önemli bir mazeret sebebiyle kişinin karakola imza vermeye gidememiş olması, adli kontrol yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Kişi, durumdan haberdar edilirse ve kendisine savunma hakkı verilirse, mazeretini sunarak keyfi bir kural ihlali yapmış olmadığını açıklayabilecektir. Ancak getirilen ihtilafli hüküm, bu olanağı bile kişiye tanımamakta, tutuklama kararının doğrudanlık ilkesinin ihlali suretiyle keyfi şekilde alınabilmesinin önünü açmaktadır. İptali istenen kuralda, tutuklama kararının UYAP kayıtlarının incelenmesi sonucunda verilecek olması, bir temel hak

olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına, keyfi tutuklama kararlarına engel olacak nitelik ve derecede bir güvence sağlamamaktadır.

Öte yandan, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının temel unsurlarından biri de, habeas corpus güvencesidir. Yani, tutmanın hukuka uygunluğunu en kısa sürede bir yargı mercii önünde denetleme hakkıdır. Anayasanın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında “Her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir” hükmü yer almaktadır. Bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen tutuklama kararları aleyhine itiraz, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) 268. maddesi gereğince yetkili Yargıtay ceza dairesine yapılacaktır. Oysa ilk derece mahkemesi tutuklama kararı verirse, buna karşı itiraz yetkili ağır ceza mahkemesine yapılacaktır. Üst mahkeme dairelerine yapılacak itirazın, kişiler açısından çok daha güvenceli olacağı açıktır.

Hürriyeti kısıtlayıcı tutuklama tedbirine karar verilmesi konusunda, dosyaya ilişkin güncel verileri tartarak en sağlıklı ve titiz şekilde verecek mahkeme dışında ikinci bir mahkemenin de yetkili kılınmasının, Anayasa’nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesindeki ölçülülük ilkesinin gereklerinin yerine getirilemeyeceği durumlar yaratacağı da açıktır. Ölçülülük ilkesi; hak sınırlanmasına ilişkin olarak son derece hassas bir incelemeyi gerektirir. Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) yerleşik içtihadı, Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesinin gereklilik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkelerinden teşekkül ettiğini ifade eder (bkz.: AYM, 19 Şubat 2020, E.S. 2018/91, K.S. 2020/10). Dosya önünde derdest olmayan ve yalnızca UYAP kayıtlarını inceleyebilecek olan ilk derece mahkemesi; olayın güncel somut koşullarını tartma olanağına sahip olamayacak ve tutuklama tedbirinin özellikle gerekliliği ve orantılılığı hususlarında sağlıklı bir yargıya varamayacaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; doğrudanlık ilkesini ihlal etmek suretiyle temel bir anayasal hak olan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik keyfi müdahaleleri mümkün kılan, bu açıdan kişi özgürlüğünü koruyucu gerekli ve yeterli güvenceleri içermeyen ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının tutuklama yoluyla sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini zedeleyici durumlar yaratacağı aşikâr olan iptali istenen kural, Anayasanın 13. ve 19. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

3)- 7242 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’un 14. maddesine eklenen altıncı fıkranın Anayasaya aykırılığı

7242 sayılı Kanun’un 18. maddesiyle 5275 sayılı Kanununun 14. maddesine eklenen altıncı fıkra, “Hükümlülerin, suç ve ceza türlerine göre, açık ceza infaz kurumlarına ayrılıp ayrılmamalarına, açık ceza infaz kurumlarında geçirecekleri sürelerle, kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınmalarına, doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınanların kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte gösterilir.” şeklindedir.

İptali istenen kural, Anayasa’nın kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin 19. maddesine aykırıdır. 19. maddenin ikinci fıkrasının iptali istenen kuralla ilişkili kısmına göre; kişi, şekil ve şartları kanunda gösterilen ve mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi çerçevesinde hürriyetinden yoksun bırakılabilir. Şu halde; Anayasa koyucu, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının önemini dikkate alarak, hürriyeti sınırlayıcı cezaların

biçim ve koşullarının kanun seviyesinde tanımlanmasını ve belirlenmesini amir hükme bağlamıştır.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında çekilmesi arasında kayda değer farklılıklar bulunmaktadır. Açık ceza infaz kurumundaki hükümlü; haberleşme hürriyeti, özel ve aile yaşamı hakkı, çalışma hakkı gibi çeşitli anayasal haklar açısından, kapalı ceza infaz kurumunda cezasını çeken hükümlüye göre çok daha geniş olanaklara sahip bulunmakta ve çok daha az kısıtlamaya maruz kalmaktadır. Bu itibarla, hükümlünün açık mı yoksa kapalı mı ceza infaz kurumunda bulunduğu hususu, salt cezanın infazına ilişkin ikincil bir konu olarak algılanmamalıdır. İnfaz kurumunun açık ya da kapalı olmasına ilişkin ayırım, niceliksel bir ayırım olmayıp; kişi özgürlüğü bakımından iki ayrı hukuk rejimine denk düşen, çekilen cezanın şiddetini ve ferdin hürriyetinin sınırlanma kapsam ve yoğunluğunu doğrudan koşullandıran temel parametrelerden bir tanesi olarak, büyük önem taşıyan niteliksel bir ayırımdır. Oysa 7242 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 5275 sayılı Kanunun 14. maddesine eklenen altıncı fıkra, içeriği itibariyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin bir sınırlama oluşturan hürriyeti bağlayıcı cezanın kapsamını ilgilendiren ve esasen kanunla belirlenmesi gereken usul ve esasların yönetmelik tarafından belirlenmesini öngörmektedir. Bu itibarla, iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 19. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında eksen ve başat konumda öngörülen hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından birisi, hukuki belirliliktir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de uygulayıcılar yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup; kişilerin, yasadan hareketle, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal sonucun bağlandığını ve hukuk uygulayıcılarına hangi müdahale yetkisinin verildiğini öngörebilmelerini gerektirir. Bu itibarla; hukuki güvenlik ilkesi, suç işleyen kişinin maruz kaldığı bir hukuksal sonuç olarak kişi hürriyeti ve güvenliğine hürriyeti bağlayıcı ceza ile getirilen sınırlamanın kapsam ve niteliğinin, kanun düzeyinde öngörülebilir olmasını gerektirir. Oysa, 7242 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle 5275 sayılı Kanunun 14. maddesine eklenen altıncı fıkra, içeriği itibariyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin bir sınırlama oluşturan hürriyeti bağlayıcı cezanın kapsamını ilgilendiren usul ve esasların yönetmelik tarafından belirlenmesini öngörüyor olmaktadır. İptali istenen kural, bu sebeple, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Düzenleme, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilmesine ilişkin usul ve esasları yürütmeye tevdi etmesi itibariyle, Anayasa'nın cezaların kanuniliği ilkesini öngören 38. maddesine de aykırıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında çekilmesi arasında, kayda değer farklılıklar bulunmaktadır. Açık ceza infaz kurumundaki hükümlü; haberleşme hürriyeti, özel ve aile yaşamı hakkı, çalışma hakkı gibi çeşitli anayasal haklar açısından, kapalı ceza infaz kurumunda cezasını çeken hükümlüye göre çok daha geniş olanaklara sahip bulunmakta ve çok daha az kısıtlamaya maruz kalmaktadır. Bu itibarla, hükümlünün açık mı yoksa kapalı mı ceza infaz kurumunda bulunduğu hususu, salt cezanın infazına ilişkin ikincil ve detaylara dair bir konu olarak algılanmamalıdır. İnfaz kurumunun açık ya da kapalı olması arasındaki ayırım; çekilen cezanın şiddetini ve ferdin hürriyetinin sınırlanma kapsam ve yoğunluğunu doğrudan koşullandıran temel parametrelerden birisi olarak, büyük önem taşıyan niteliksel bir ayırımdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasındaki ikinci cümleciğe göre; "kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez".

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Anayasanın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir" (E. 2014/100, K. 2015/6, K.T: 14.1.2015)

AİHM'nin 7. maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88, §52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no : 42750/09, §80). AİHM, infaza ilişkin bir tedbirin cezanın kapsamını ilgilendirmesi durumunda, cezaların kanuniliği ilkesini, temelde infaza ilişkin olarak öngörülmüş böyle bir düzenlemeyi incelemek amacıyla devreye sokmaktadır (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04, §148).

Hürriyeti bağlayıcı cezanın getirdiği sınırlamaların kapsam ve şiddetinin, cezanın açık ve kapalı ceza infaz kurumunda çekilmesine ve bu kurumlarda geçirilecek sürelerle göre belirgin şekilde değişmesi, bu konunun ikincil ve arızı bir husus değil ama doğrudan cezanın kapsamına ilişkin bir mesele olduğunu göstermektedir. Bir başka deyişle, iptali istenen kuralla yönetmeliğe bırakılan konular, doğrudan kişinin hürriyetinin sınırlanma koşul, yoğunluk ve sürelerine ve şu hâlde cezanın kapsamına ilişkin olarak idareye verilen bir yetkiyi ifade etmektedir. İptali istenen kuralda sayılan yetki konularından, örneğin "doğrudan açık ceza infaz kurumlarına alınanların kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilmelerine "ilişkin usul ve esasların yönetmelikte gösterileceği hususu, idarenin, kişinin çektiği cezanın kapsam ve şiddetinin değiştirilmesine ilişkin sonuçlar doğuracak düzenleme yetkisine açık bir örnektir. Bu itibarla; iptali istenen kuralda belirtilen ve hürriyeti bağlayıcı cezanın kapsamını ilgilendiren usul ve esasların, Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, yönetmelik düzeyinde değil ama kanunla tanımlanması gerekir.

Açık ceza infaz kurumlarına ilişkin olarak 5275 sayılı Kanun'un 14. maddesinin ilk beş fıkrasında yer alan hükümler, yukarıda yapılan saptamaları çürütmez. İhtilafli kural; idareye, cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olarak, hükümlünün çektiği cezanın kapsam ve şiddetini ilgilendiren usul ve esasları yönetmelik düzeyinde belirleme yetkisi vermektedir ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

İhtilafli düzenleme, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2., 19. ve 38. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

4)- 7242 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 37. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümledeki "duruşma," ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 23. maddesi, 5275 sayılı Kanun'un "Disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşulları" başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasına, "Hükümlünün duruşma,

sağlık, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerler de bu fıkranın uygulanması bakımından kurum olarak kabul edilir.” şeklinde bir cümle eklemiştir. 5275 sayılı Kanun’un 116. maddesi; hükümlüler için uygulanabilen disiplin ceza ve tedbirlerden tutukluluk haliyle uzlaşır nitelikte olanlarının, tutuklular hakkında da uygulanabileceğini öngörmektedir. Şu hâlde; ihtilafli ibareyi içeren 23. maddeyle, hükümlülere ve tutuklulara disiplin cezasının uygulanabileceği fiziki alanlar genişletilmiştir. Bu genişlemeye yol açan söz konusu cümledeki “duruşma,” ibaresi; Anayasa’nın adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesine ve hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırıdır.

Hükümlü ve tutuklunun geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerlerin tanımına kişinin duruşma sebebiyle kurum dışında bulunduğu yerlerin de dahil edilmesi, adil yargılanma hakkına aykırıdır. Zira; kişinin ve özellikle de tutuklu kişinin duruşma için kurum dışında bulunacağı temel yer, savunma hakkını kullanmak için bulunacağı duruşma salonudur. Kişi, sanık olarak duruşma salonunda bulunduğu, Anayasa’nın 36. maddesi çerçevesinde savunma hakkını özgür şekilde kullanabilmelidir. Esasen, gerektiğinde duruşma salonunda düzeni sağlayacak yetkili kişi, mahkeme başkanı ya da hakimdir. Oysa duruşma salonundaki sözleri sebebiyle ceza infaz kurumunda disiplin cezası alması ihtimali; mahpusun savunma hakkını özgür şekilde kullanmasına mâni olabilecektir. İhtilafli kural, ayrıca, kişinin duruşma salonuna gittiği devreler açısından da risk yaratmaktadır. Savunma hakkını kullanmak üzere ya da başka bir sanığın duruşması için duruşma salonuna götürülmekte olan ve hakkında hücreye koymaya kadar varabilen disiplin cezaları verilebilen mahpus kişinin; güvenlik güçleriyle başbaşa kaldığı devrelerde, duruşma salonunda söyleyeceği sözlerin kapsamına ilişkin olarak baskı, suistimal ve keyfiliklere maruz kalma ihtimali vardır. İhtilafli kural, bu şekilde, adil yargılanma hakkını ihlal edecek durumlar doğurabilecektir. Mahpus olmak, savunma hakkının ve yargı bağımsızlığının içinde yer aldığı adil yargılanma hakkını zedeleyici uygulamaları haklı kılmaz. Savunma hakları bakımından, tutuklu ve tutuksuz yargılanan iki sanık kategorisi arasında fark bulunmadığı gibi, her iki sanık kategorisi arasında adil yargılanma hakkı açısından eşitlik sağlamak amacıyla, karşı karşıya bulunduğu riskler nedeniyle mahpusa özgü koruyucu önlemlerin alınması gerekli olabilir.

Ne var ki, böyle bir gerekliliğin tam tersine, iptali istenen hükmün ortaya koyduğu üzere; 7242 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’un 37. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümledeki “duruşma,” ibaresi, hükümlü ve tutukluları, güvencesiz şekilde, öngörülemez keyfi durumlara ve suistimallere maruz bırakma ihtimalini bünyesinde barındırmaktadır. Bu ihtimal; kişinin duruşma salonuna götürüldüğü, duruşma salonunda bulunduğu ve oradan ceza infaz kurumuna döndürüldüğü ve güvenlik güçleriyle başbaşa kaldığı bütün devreler açısından geçerlidir. Oysa, hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları şarttır (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). İptali istenen kural, hükümlü ve tutuklular açısından; duruşma salonuna giderken, duruşma salonunda bulunurken ve oradan ceza infaz kurumuna dönerken baskı görme ve suistimal yaşama riskine maruz kalabileceği bir ortam yaratabileceği için ve hukukun üstünlüğünün gerektirdiği şekilde temel haklarının korunması için herhangi bir güvence de içermediğinden ötürü, Anayasa’nın hukuk devleti ilkesini eksen alan 2. maddesine aykırıdır.

İptali istenen kural, Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

5)- 7242 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "n" bendinin Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "n" bendi; ceza infaz kurumundaki hükümlüye bir günden on güne kadar hücreye koyulma cezası verilmesini gerektiren eylemlerle ilgili listeye, "Kuruma alkol sokmak, kurumda alkol bulundurmak veya kullanmak" fiillerini eklemiştir. Ceza infaz kurumunda mahpusların alkol bulundurmalarının ve kullanmalarının müeyyidelendirilmesi, kurumun iç düzenini korumaya yönelik olarak meşru bir amaca hizmet ediyor olmakla beraber, ihtilafli düzenlemeyle söz konusu fiiller için öngörülen hücre cezası, Anayasa'nın 19. maddesinde güvencelenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanmasında ölçülülük ilkesine (Anayasa, m.13) aykırılık taşımaktadır.

İptali istenen bendin dahil edildiği 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren diğer fiiller şunlardır:

- a) Kurum tesislerine, araç ve gereçlerine zarar vermek.
- b) Tünel kazmaya teşebbüs etmek.
- c) Firara teşebbüs etmek.
- d) Hükümlü ve tutukluları idareye karşı kışkırtmak veya isyana kalkışmak.
- e) Hükümlü ve tutukluları daha az cezayı gerektiren şekilde kasten yaralamak.
- f) Hükümlü ve tutuklular üzerinde baskı kurarak çıkar sağlamak, özel işleriyle başka işlerde kullanmak, bunlara kalkışmak veya bu amaçları gerçekleştirmek için oluşturulan gruplara katılmak veya bunlarla dayanışma içinde olmak.
- g) Üçüncü fıkranın (g) bendinde belirtilenler dışında kalıp da Kanuna uygun olarak yasaklanmış bulunan her türlü eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmak, bulundurmak, kullanmak.
- h) Sayım ve aramalar ile 43. maddenin (e) bendinde belirtilen faaliyetlere şiddet kullanarak engel olmak veya buna kalkışmak.
- ı) Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet teklif etmek veya vermeye kalkışmak.
- j) Kurum görevlilerine hakaret veya tehditte bulunmak.
- k) Kuruma, kurum görevlilerine veya hükümlü ve tutuklulara ait şeyleri çalmak veya bunlara kasten zarar vermek.
- l) İzin süresini özürsüz olarak en fazla iki gün geçirmek.
- m) Hükümlü ve tutukluların beslenmelerini engellemek, açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik veya ikna etmek, bu yolda talimat vermek.

Görüldüğü üzere, iptali istenen kuralın bulunduğu düzenlemede bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren fiiller olarak sayılan diğer eylemler; ağır nitelikte ve kamu düzenini ciddi şekilde bozmaya elverişli fiillerdir. Bunlardan kimileri, hakaret ve kasten yaralama fiilerinde olduğu gibi, suç niteliği taşıyan ve ceza yargılamasına konu oluşturan eylemlerdir. Oysa; 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasında bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren ve yalnızca ceza infaz kurumunda işlenebilen türden olan "tünel kazmaya teşebbüs etmek", "firara teşebbüs etmek", "hükümlü ve tutukluları idareye karşı kışkırtmak veya isyana kalkışmak" gibi kurum düzenini ciddi şekilde bozacak diğer fiillere kıyasla bakıldığında, alkolle ilişkili söz konusu eylemlerin kamu düzenini bozma ve tehlikeli sonuçlar yaratma kapasitelerinin çok daha az olduğu açıktır. Her ne kadar, düzenlemenin g bendi kapsamına giren eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmak, bulundurmamak, kullanmak fiilleri de hücre cezasını gerektirebilse de; aşağıda ifade edileceği üzere, g bendindeki fiillere hücre cezası verilmesi de ölçülü bir sınırlama oluşturmaz. Bu itibarla; söz konusu g bendi, buradaki Anayasa'ya aykırılık iddiası bağlamındaki ölçülülük değerlendirmesinde aleyhte bir kıyasa temel teşkil edemez.

Kişinin, ceza infaz kurumunda kurum düzenine aykırı bir fiil sebebiyle hücre cezası alması, Anayasa'nın 19. maddesinde güvencelenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin sınırlamanın derecesini, ceza infaz kurumunda hücreye koyulmadan önceki haline göre artırır. Gece ve gündüz bir hücrede tek başına tutulma ve her türlü temastan yoksun bırakılma sonucunu doğuran ve son derece ağır bir müeyyide oluşturan hücreye koyma cezasının, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde öngörülen ölçülülük koşuluna uygun olması gerekir. Oysa, ceza infaz kurumunda işlenen son derece ağır fiillere verilen hücre cezası müeyyidesinin, iptali istenen kuralla -üstelik kamu düzeni üzerinde yaratacağı somut sonuçlarından da bağımsız şekilde- kuruma alkol sokmak, kurumda alkol bulundurmamak ve kurumda alkol kullanmak fiillerine teşmili, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin olarak ölçüsüz bir müdahale oluşturur. Firara ya da isyana kalkışmak yahut hakaret ve adam yaralama gibi ağır fiillere verilen bir müeyyide, kurum düzeniyle ilgili somut sonuçlarından bağımsız şekilde alkolle bağlantılı söz konusu eylemler açısından orantılı bir tedbir oluşturamaz. Kanun koyucu, iptali istenen kuralla, ancak Anayasa'ya saygı koşuluyla var olan müeyyide belirlemeye ilişkin takdir yetkisini aşmıştır. Kanun koyucu; müeyyidelendirilmek istenen fiillerin ağırlığıyla mütenasip şekilde, 5275 sayılı Kanun'da yer alan kınama, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, haberleşme veya iletişim araçlarının kısıtlanması ve ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma gibi daha düşük seviyeli ve elverişli olan müeyyidelere birisini belirleyip takip edilen meşru amaca ulaşabilecekken, ilgili fiiller açısından, en ağır durumlarda öngörülen hücreye koyma cezasını öngörmek suretiyle, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini çiğnemiştir.

Şu husus da ilave edilmelidir ki; ceza infaz kurumuna alkol sokmak, kurumda alkol bulundurmamak ve kullanmak fiilleri, düzenlemenin g bendi hariç, aynı müeyyideye tabi tutulan diğer fiil tiplerinden farklı olarak, zorunlu olarak ceza kurumu görevlilerinin iştirakını gerektirmektedir. Disiplin cezası gerektiren bir fiilin işlenmesi için bir ceza infaz kurumu görevlisinin katılımının zorunlu olduğu hallerde, kamu düzeni açısından, asıl olarak müeyyidelendirilmesi gereken, görevini kötüye kullanan kamu görevlisi olmalıdır. İptali istenen kural, hükümlüyü ve tutukluyu, devletin kendi kusurunun olmazsa olmaz katkısıyla zuhur eden bir fiil sebebiyle hücre cezası gibi son derece ağır bir müeyyideye tabi tutuyor olması itibarıyla de, ölçülülük ilkesine açık şekilde aykırıdır.

Bu açıdan; 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasının g bendinin, kapsamına giren eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmak, bulundurmamak,

kullanmak fiillerini de hücreye koyma müeyyidesiyle karşılıyor olması, burada teşhir edilen Anayasa'ya aykırılık tezini hükümden düşürmez. Zira; iptal davası konusu kanuni düzenlemelerin, kendilerinden önce yapılmış kanunlardaki bakış açısına değil ama Anayasa'ya uygun olmaları gerekir. Esasen, iptal davasının konusu olmamakla beraber, söz konusu g bendi de; bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren diğer eylemlere göre belirgin şekilde düşük bir önem seviyesindeki aykırılık eylemlerini son derece ağır şekilde müeyyidelendiriyor olması itibarıyla, burada ifade edilen ölçsüzlük kusuruyla malül bulunmaktadır.

Son olarak, eklemek gerekir ki; Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nin belirlilik ilkesi ihlaline dayalı iptalini içeren 7/7/2011 tarihli ve E.:2010/69, K.:2011/116 sayılı kararı sonrası yeniden düzenlenmiş 2. fıkrasının c bendi uyarınca; “[a]lkol içeren her türlü içeceği” ceza infaz kurumuna veya tutukevine sokan, buralarda bulunduran veya kullanan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Belirtmek gerekir ki; TCK'nın alkol içeren içecekleri kuruma sokan, bulunduran veya orada kullanan kişiyle ilgili olarak öngördüğü cezai müeyyide, yukarıda hücre cezasına ilişkin ölçülülük tartışması açısından bir değerlendirme ölçütü oluşturmaz. Zira; Anayasa Mahkemesi'nin iptal davası konusu kanuni düzenleme üzerinde yapacağı anayasallık denetimi, kanun koyucunun daha önce yapmış olduğu kanunlarda benimsediği bakış açısını değil ama Anayasa'yı referans almalıdır. Kaldı ki; iptali istenen kuralın, TCK tarafından suç olarak düzenlenip cezalandırılan bir fiil açısından infaz kurumunda verilebilen disiplin cezaları skalasındaki en ağır müeyyide türünü öngörmesini, söz konusu hücre cezasının ölçsüz niteliğini daha da pekiştiren bir veri olarak dikkate almak gerekir. Bir başka deyişle, TCK m.297'nin Anayasa Mahkemesi'nin denetiminde bir anlamı olmak gerekirse; bu düzenleme, ihtilaflı kuralda müeyyide konusu olan fiilerin değil ama onlara ilişkin olarak öngörülen hücreye koyma şeklindeki disiplin cezasının ağırlığının tespitinde dikkate alınmak gerekir.

İptali istenen kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

6)- 7242 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 61. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan “ve 62 nci maddedeki şartları taşıyan” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 61. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümleyle göre; “Ayrıca, hükümlüler, kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı kütüphanelerde bulunan ve 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesindeki şartları taşıyan yayınlardan yararlandırılabilir”. Görüldüğü üzere; iptali istenen kuralın yer aldığı 31. madde, Anayasa'nın 26. maddesinde güvencelenen haber ve fikir alma hakkının bir icra şekli olarak, hükümlülerin kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı kütüphanelerde bulunan yayınlardan yararlanabilme hakkını öngörmüştür. Ancak, söz konusu düzenleme, bu hakkı, 7242 sayılı Kanun'un 32. maddesi ile değiştirilen 5275 sayılı Kanununun 62. maddesinin üçüncü fıkrasıyla bu maddeye eklenen yeni fıkradaki koşullara bağlamıştır. 62. maddedeki değişikliklerleyse, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülere kurum disiplini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının verilmeyeceği öngörülmüş; ayrıca, Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazetelerin, ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hâli hükmün dışında tutulmuştur. Ayrıca yabancı dilde yayımlanmış

gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı'nın yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Bir sonraki başlıkta da gösterileceği üzere; 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesini değiştiren 7242 sayılı Kanun'un 32. maddesi, Anayasa'ya aykırıdır. Bu sebeple; 62. maddedeki şartlara atıf yapan ve böylece haber ve fikir alma hakkının icrasını Anayasa'ya aykırılık oluşturan söz konusu koşullara bağlayan 7242 sayılı Kanun'un 31. maddesi de, Anayasa'ya aykırıdır. Bu çerçevede; 7242 sayılı Kanun'un iptali istenen 31. maddesine ilişkin Anayasa'ya aykırılıklar, 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin tespitler üzerinden gösterilmek gerekir. Aşağıdaki açıklamalar, 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesine ilişkindir.

62. maddeye ilişkin olarak getirilen düzenlemelerle, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin bilgi ve haberlere erişim hakkına, üç düzlemde ciddi kayıtlama ve yasaklama eşliğine kayan sınırlamalar getirilmiştir:

- İlki; 3. fıkranın genişletilmesi sonucu getirilen sınırlama ve yasaklar.
- İkincisi; Basın İlan Kurumu kararlarının yasaklayıcı etkisi.
- Üçüncüsü; Adalet Bakanlığı'nın yasaklama yetkisi.

a) Hükümlüye yayın verilmesi yasağını öngören kayıtlar: Üçüncü fıkrada öngörülen düzenleme ile, herhangi bir şekilde pozitif hukuk düzleminde basılması ve dağıtılması konusunda yasak konulmamış yayınlara erişim kısıtlanmıştır. "Kurum disiplinini, düzenini ve güvenliğini bozan veya tehlikeye düşüren ya da hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez" şeklindeki yasak, cezaevi idaresine, keyfi kullanıma açık geniş bir takdir yetkisi vermektedir ve bu düzenleme ile hükümlülerin pek çok farklı yayına ulaşması yasaklanabilecektir. Bir yayının cezaevi disiplinini nasıl bozacağı ya da cezaevinin düzenini veya güvenliğini nasıl tehlikeye düşüreceğini öngörmek ve anlamak mümkün değildir; zira bu kavramların muğlaklığı, cezaevi yönetimine, mahkumların bilgi ve haberlere erişme hakkına keyfi olarak müdahale yetkisi vermektedir. Hükümlüyü iyileştirme amacına ulaşmayı zorlaştıracak yayın kavramının içeriğini somutlaştırmak ise, neredeyse olanaksızdır. Dahası; müstehcen fotoğraf dışında, haber, yazı ve yorumlar da, kesin yasak çizelgesinde yer almaktadır. "Müstehcen yorum" gibi hukuk nosyonu dışında yer alan öznel bir kavram, her türlü keyfi uygulamayı beraberinde getirir. Herhangi bir suç oluşturmayan, yayınlanması veya dağıtımı yasaklanmamış olan, haliyle serbestçe basılan ve dağıtılan yayınlardan, belirtilen muğlak ve hukuki değeri bulunmayan kavramlara dayanılarak hükümlülerin yoksun kılınması söz konusu olacaktır. Bu itibarla, 3. fıkra ile getirilen kısıtlamalar, Anayasa'nın 26. ve 27. maddelerinin koyduğu ölçütlere açıkça aykırıdır. Haber alma ve iletme özgürlüğünü sınırlamaya olanak tanıyan anayasal nedensellik ilkesi ile, yargıç kararı ve mahkeme kararı ölçütleri ihlal edilmektedir.

Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak serbestliğini de kapsar. Kişinin hürriyetinin kısıtlanması, diğer temel haklarından yararlanmasını engellemez. Mahkumların haklarına hâkim olan temel ilke, "normalleştirme" ilkesidir. Bu ilke birbiriyle ilintili iki unsur içerir: İlk olarak, mahpuslar, hürriyetlerinin kısıtlanmasının doğal sonuçları dışında temel haklarına sahip olmaya devam ederler; ikinci olarak da, cezaevi koşulları mümkün olduğu ölçüde dışarıdaki

koşullara benzemelidir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 10. maddesinde “özgürlüklerinden mahrum bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır” hükmü yer almaktadır. Bu kural, normalleştirme ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 10. maddeye ilişkin 21. no’lu genel yorumunda normalleştirme ilkesini benimsemiş ve “...hürriyetinden mahrum bırakılan kişiler... özgürlükten yoksun bırakılmanın sonuçları dışında herhangi bir baskı ve kısıtlama ile karşı karşıya bırakılamazlar. Bu durumdaki kişilerin onuru, özgür insanların onurunun korunduğu şekilde korunmalıdır. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler kapalı ortamda bulunmaktan kaynaklanan kaçınılmaz sınırlamaların dışında Sözleşmede güvence altına alınan tüm haklarına sahip olmaya devam ederler” (par.3) demiştir.

Normalleştirme ilkesi, kavramdan açıkça söz edilmeksizin, Avrupa Cezaevi Kurallarında da benimsenmiştir. 2 numaralı kurala göre; mahpuslar, haklarındaki mahkûmiyet hükmüyle ya da tutuklama kararıyla hukuken kısıtlananlar dışındaki haklarını muhafaza ederler. 5. kurala göreyse; cezaevindeki yaşam, mümkün olduğunca toplumdaki yaşamın pozitif boyutlarına yaklaştırılmalıdır. Mahpuslarla ilgili olarak hak temelli bir yaklaşım benimseme noktasında açık bir Avrupa konsensüsü kendisini böylece göstermiştir. Bu çerçevede; 24 numaralı kuralın 10. fıkrasıysa, mahpusa ilişkin hukuki rejim açısından haber alma hakkının esas olduğunu açıkça ifade etmektedir:

“Mahpuslar, adli bir merci tarafından bir kişiyle ilgili olarak belirli bir süre için konulan özel bir yasaklama olmadıkça; gazetelere, dergilere ve diğer yayınlara abone olarak ve bunları okuyarak, radyo ve televizyon yayınlarını takip ederek, kamusal meseleler hakkında düzenli olarak bilgi edinebilmelidirler”.

Görüldüğü üzere, Türkiye’nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulmuş bir yumuşak hukuk (soft law) aracı olarak dikkate alınması gereken Avrupa Cezaevi Kuralları’nda; mahpusların süreli ve süresiz yayınlara erişimlerinin esas olduğu belirtilmiş durumdadır.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kavramı açıkça kullanmadan, normalleştirme ilkesini benimsemiştir. Mahkeme, “mahpusların genel olarak Sözleşme’nin 5. maddesine uygun olarak kısıtlanan kişi özgürlüğü haklarının dışında Sözleşme’de güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerine sahip olmaya devam edeceklerinin” altını çizmiştir. (AİHM, Hirst/ Birleşik Krallık (no. 2), 6 Ekim 2005, başvuru no: 74025/01, §69). Bu bağlamda, Mahkeme, mahpusların Sözleşme’de güvence altına alınan haklarını muhafaza edeceklerine ilişkin içtihadını sıklıkla hatırlatmaktadır : “... mahpuslar, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak kötü muameleye ya da insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulamazlar”. (AİHM, Kalashnikov/Rusya, 15 Temmuz 2002, başvuru no: 47095/99). Mahpuslar; aile hayatına saygı hakkından (AİHM, Płoski/Polonya, 12 Kasım 2002, başvuru no: 26761/95); ifade özgürlüğünden (AİHM, Yankov/Bulgaristan, 11 Aralık 2003, başvuru no: 39084/97, §§ 126-145); ibadet hakkından (AİHM, Poltoratskiy/Ukrayna, 29 Nisan 2003, başvuru no: 38812/97, §§ 167-71); 6. madde çerçevesinde avukata ve mahkemeye erişme hakkından (AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, başvuru no: 4451/70); haberleşme hakkından (AİHM, Silver ve diğerleri /Birleşik Krallık, 25 Mart 1983, başvuru no : 5947/72 ve diğerleri) ve evlenme hakkından yararlanmaya devam ederler (AİHK, Hamer/Birleşik Krallık, 13 Aralık 1979, başvuru no : 7114/75). Bu haklara yönelik sınırlamaların, cezaevinde güvenliğin sağlanması amacı bakımından uygun ve ölçülü olmaları zorunludur (AİHM, Hirst/ Birleşik Krallık (no. 2), 6 Ekim 2005, başvuru no: 74025/01, §69).

Bütün bu aktarılanlar, normalleşme ilkesi ile fikir özgürlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi teyit etmektedir. Bu itibarla, iletişim özgürlükleri ve bilgilenme hakları zaten kısıtlı olan kişilere, bilgi ve haberlere erişim konusunda Anayasa dışı ve keyfi sınırlamalar koymak, normalleşme sürecine de aykırı düşer. Dolayısıyla, mahpuslar da, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına, resmi makamların müdahalesi olmaksızın bilgi ve fikirleri alma hakkına sahiptirler. Bu haklarına yönelik müdahalelerin de Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen koşullara uygun olması gerekir. Bu çerçevede, öncelikle temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, ancak Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde öngörülen nedenler ve kayıtlar çerçevesinde yasayla düzenlenebilir. Bu kapsamda, "kanunla sınırlama" ölçütünün karşılanabilmesi için, şekli anlamda kanunun var olması yeterli olmayıp, maddi anlamda kanunun şartlarının da bulunması gerekmektedir (AYM, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017, par.30). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları şarttır (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Bu çerçevede; kanunun öngörülebilirliğinden söz edebilmek için, kişilerin gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri biçimde açık olması ve kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı güvenceler içermesi gerekir (AİHM, Weber ve Saravina/Almanya, 29 Haziran 2006, başvuru no: 54934/00, §93-95 ve 145). Bu nitelikleri taşımayan bir normun kanun olarak kabul edilmesi mümkün değildir (AİHM, Işıkırık/Türkiye, 14 Kasım 2017, başvuru no: 41226/09, §§ 57-58).

Yukarıda belirtildiği üzere, iptali istenen kurallar; tamamen muğlak, hukuk dilinden uzak, öznel ve öngörülemez kavramlara dayalı olarak mahpusların bilgi ve fikirlere erişme özgürlüğüne keyfi olarak müdahale edilmesine olanak tanımaktadırlar. Bu nedenle keyfi müdahalelere karşı herhangi bir güvence içermeyen kuralların öngörülemez olduğu ve kanunla sınırlama koşuluna aykırılık oluşturduğu açıktır.

b) Basın İlan Kurumu aracılığı: Dördüncü fıkrada getirilen düzenleme ise, tamamen Anayasa dışı bir sınırlama ve yasaklama öngörmekte, Basın İlan Kurumu'ndan resmi ilan ve reklam yayınlama yetkisi almayan gazetelerin ceza infaz kurumlarına alınmayacağını düzenlemektedir. Bu kural, özellikle bağımsız ve yerel gazetelerin önemli bir kısmının cezaevlerine alınmaması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa'nın 29. maddesinde yayın çıkartmanın güvenceleri düzenlenmiştir. Özerk bir kurumdan çok idari ve siyasal niteliği baskın olan Basın İlan Kurumu'nun resmi ilan ve reklam yayınlama hakkı vermediği gazetelerin infaz kurumuna kabul edilmemesi, Anayasa ile güvence altına alınan süreli ve süresiz yayın hakkı ile 25., 26. ve 28. maddelerde düzenlenen düşünce, ifade ve basın özgürlük ve haklarına da aykırıdır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, özgürlük ve haklara yönelik müdahalelerin, anayasal nedensellik temelinde meşru bir amacının bulunması gerekir. İptali istenen dördüncü fıkradaki Basın İlan Kurumu'ndan resmi ilan ve reklam yetkisi almayan gazetelerin cezaevlerine alınmasını yasaklayan kuralın, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama nedenlerinden hiçbirine uymadığı, bu nedenle de meşru amaç taşımadığı açıktır. Basın İlan Kurumu kararlarının ölçüt alınması, varlık nedeni bilgi ve haber iletme hak ve ödevi olan basın yayın kuruluşları arasında ayrımcı ve bu yasağın mağduru olan gazeteler açısından çifte yasak anlamına gelen sonuçlar doğuracağından, eşitlik ilkesi bakımından da Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

c) Adalet Bakanlığı kararı: Aynı şekilde; yabancı dildeki yayınların ceza evlerine alınmasına ilişkin yetkinin hiçbir çerçeve ölçüt gözetilmeksizin Adalet Bakanlığı'nın inisiyatifine bırakılmış olması da, açıkça Anayasa madde 27'ye aykırı olduğu gibi; bu tanınan yetkinin herhangi bir meşru amacı bulunduğu da söylenemez. Madde 27 uyarınca yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımı ancak kanunla düzenlenebileceğine göre; Adalet Bakanı'nın ülkeye girişi serbest olan bir yayından mahpusları yoksun bırakabilmesi, açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Aynı şekilde, yabancı dilde yayınlanmış gazete ve dergilerin cezaevine alınması, hiçbir kritere yer verilmeksizin tamamen Adalet Bakanlığı'nın yetkisine bırakılmıştır.

Ceza evinde kalan mahkumların bilgiye erişim haklarına ilişkin sınırlama rejiminin yazılı yayının "dil"ine göre değişmesinin objektif bir amacı olmadığı gibi; Adalet Bakanı'nın yabancı yayınların hangisini hangi gerekçelerle kabul edeceğinin veya etmeyeceğinin yasada belirlenmemiş olması da, yürütmeye mahkumların bilgiye erişim hakkına keyfi şekilde müdahale imkanı sağlamış olmaktadır. Şu durumda; hakka yönelik sınırlama yasa eliyle belirlenmiş olmayıp, yürütmenin takdiri kararına bırakılmış olduğundan, 1982 Anayasasının 13. maddesinde ve 26. maddesinde yer alan "kanunla" sınırlama güvencesiyle birlikte, 7. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "yasama yetkisinin devredilmezliği" kuralına da aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Buna göre sınırlamalar ancak öngörüldükleri amacı gerçekleştirmek için gerekli olduğu ölçüde kısıtlanabilirler. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesinin gereklilik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkelerinden teşekkül ettiğini ifade eder (bkz. AYMK, 19 Şubat 2020, E. 2018/91, K. 2020/10). Yukarıda açıklandığı üzere, tamamen keyfi uygulamalara imkân tanıyan türde bir kuralın fikir ve haber alma hakkına getirdiği sınırlama, gereklilik ve orantılılık ölçütlerine uygun düşmemektedir ve ölçülü olmaktan uzaktır.

Aynı şekilde özgürlük ve haklara yönelik sınırlamaların demokratik toplumda gerekli olması, yani zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmesi gerekmektedir. Oysa iptali istenen kuralların zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğini söylemek de mümkün değildir. Suç unsuru taşıyan ve bu nedenle basılması ve dağıtılması yasaklanan yayınların cezaevlerine alınmayacağı açıktır. Ancak hiçbir suç unsuru taşımayan, serbestçe basılıp dağıtılan her türlü yayının mahpuslar için özel sınırlamalara tabi tutulması, Anayasa'ya olduğu gibi yukarıda detaylı olarak açıklanan ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerince de benimsenen normalleştirme ilkesine de aykırıdır. Olağan sosyal hayat için tehdit oluşturmayan hiçbir yayın, mahpus olmaları hasebiyle haber ve fikir alma haklarını kaybetmiş olmayan mahpuslar için de özel bir tehdit oluşturamaz. Bu nedenle, genel çıkarla bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurmayan iptali istenen kuralların demokratik toplumda gereklilik ilkesine de aykırı olduğu açıktır (ifade özgürlüğü alanında getirilen sınırlamaların genel yararlar ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurma gerekliliği hususunda, bkz. örneğin: AİHM, Piermont/Fransa, 27 Nisan 1995, başvuru no: 15773/89 15774/89, §77).

Açıklanan nedenlerle, 7242 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesine dahil edilen söz konusu kurallar, Anayasanın, 7., 10., 13., 25, 26., 27., 28. ve 29. maddelerine aykırıdır.

Kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı kütüphanelerde bulunan yayınlardan yararlanabilme hakkını analizi yapılan 62. maddedeki söz konusu Anayasa'ya aykırı şartlara

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

bağlayan 7242 sayılı Kanun'un 31.maddesinin iptali istenen bölümü de, şu halde, Anayasa'nın 7., 10., 13., 25, 26., 27., 28 ve 29. maddelerine aykırıdır.

7)- 7242 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin üçüncü fıkrası ile aynı maddeye eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un iptali istenen kuralı içeren 32. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiş ve maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin değişik üçüncü fıkrası ve eklenen dördüncü fıkrası şöyledir:

“(3) Kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmez.”

“(4) Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazeteler, ceza infaz kurumuna kabul edilmez. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hâli, bu hükmün dışındadır. Yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı yetkilidir.”

Görüldüğü üzere; bu değişikliklerle, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülere, kurum disiplinini, düzenini veya güvenliğini bozan ya da tehlikeye düşüren, hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının verilmeyeceği ve ayrıca Basın İlan Kurumu aracılığıyla resmî ilan ve reklam yayınlama hakkı bulunmayan gazetelerin, ceza infaz kurumuna kabul edilmeyeceği hükümlerine yer verilmiştir. Ancak ilan ve reklamın geçici süreyle kesilmesi hali hükmün dışında tutulmuştur. Ayrıca, yabancı dilde yayımlanmış gazete ve dergilerin ceza infaz kurumuna kabul edilmesinde Adalet Bakanlığı'nın yetkili olduğu hükmüne yer verilmiştir.

62. maddeye ilişkin olarak getirilen düzenlemelerle, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin bilgi ve haberlere erişim hakkına, üç düzlemde ciddi kayıtlama ve yasaklama eşliğine kayan sınırlamalar getirilmiştir:

-İlki; 3. fıkranın genişletilmesi sonucu getirilen sınırlama ve yasaklar.

-İkincisi; Basın İlan Kurumu kararlarının yasaklayıcı etkisi.

-Üçüncüsü; Adalet Bakanlığı'nın yasaklama yetkisi.

a) Hükümlüye yayın verilmesi yasağını öngören kayıtlar: Üçüncü fıkrada öngörülen düzenleme ile, basılması ve dağıtılması konusunda herhangi bir şekilde pozitif hukuk düzleminde yasak konulmamış yayınlara erişim kısıtlamanın ötesinde yasaklanmıştır: “Kurum disiplinini, düzenini ve güvenliğini bozan veya tehlikeye düşüren ya da hükümlülerin iyileştirilmesi amacına ulaşmayı zorlaştıran yahut müstehcen haber, yazı fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlüye verilmez” şeklindeki yasak, cezaevi idaresine, keyfi kullanıma açık geniş bir takdir yetkisi vermektedir ve bu düzenleme ile hükümlülerin pek çok farklı yayına ulaşması yasaklanabilecektir. Bir yayının cezaevi disiplinini nasıl bozacağı ya da cezaevinin düzenini veya güvenliğini nasıl tehlikeye düşüreceğini öngörmek ve anlamak mümkün değildir ve bu kavramların muğlaklığı, belirsizliği ve hukuki olarak nitelendirme olanağının bulunmaması; cezaevi yönetimine, mahkumların bilgi ve haberlere erişme hakkına keyfi olarak müdahale yetkisi vermektedir. Hükümlüyü iyileştirme amacına ulaşmayı

zorlaştıracak yayın kavramının içeriğini somutlaştırmak ise, neredeyse olanaksızdır. Dahası; müstehcen fotoğraf dışında, haber, yazı ve yorumlar da, kesin yasak çizelgesinde yer almaktadır. “Müstehcen yorum” gibi hukuk nosyonu dışında yer alan öznel bir kavram, her türlü keyfi uygulamayı beraberinde getirir. Herhangi bir suç oluşturmayan, yayınlanması veya dağıtımı yasaklanmamış olan, haliyle serbestçe basılan ve dağıtılan yayınlardan, belirtilen muğlak ve hukuki değeri bulunmayan kavramlara dayanılarak hükümlülerin yoksun kılınması söz konusu olacaktır. Bu itibarla, 3. fıkra ile getirilen kısıtlamalar, Anayasa’nın 26. ve 27. maddelerinin koyduğu ölçütlere açıkça aykırıdır. Haber alma ve iletme özgürlüğünü sınırlamaya olanak tanıyan anayasal nedensellik ilkesi ile, yargıç kararı ve mahkeme kararı ölçütleri ihlal edilmektedir.

Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak serbestliğini de kapsar. Kişinin hürriyetinin kısıtlanması, diğer temel haklarından yararlanmasını engellemez. Mahkumların haklarına hâkim olan temel ilke, “normalleştirme” ilkesidir. Bu ilke birbiriyle ilintili iki unsur içerir: İlk olarak, mahpuslar, cismani özgürlüklerinden alıkonulmanın doğal sonuçları dışında temel haklarına sahip olmaya devam ederler; ikinci olarak da, cezaevi koşulları mümkün olduğu ölçüde dışarıdaki koşullara benzemelidir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 10. maddesinde “özgürlüklerinden mahrum bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır” hükmü yer almaktadır. Bu kural, normalleştirme ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 10. maddeye ilişkin 21. no’lu genel yorumunda normalleştirme ilkesini benimsemiş ve “...hürriyetinden mahrum bırakılan kişiler... özgürlükten yoksun bırakılmanın sonuçları dışında herhangi bir baskı ve kısıtlama ile karşı karşıya bırakılamazlar. Bu durumdaki kişilerin onuru, özgür insanların onurunun korunduğu şekilde korunmalıdır. Özgürlüklerinden mahrum bırakılan kişiler kapalı ortamda bulunmaktan kaynaklanan kaçınılmaz sınırlamaların dışında Sözleşmede güvence altına alınan tüm haklarına sahip olmaya devam ederler” (par.3) demiştir.

Normalleştirme ilkesi, kavramdan açıkça söz edilmeksizin, Avrupa Cezaevi Kurallarında da benimsenmiştir. 2 numaralı kurala göre; mahpuslar, haklarındaki mahkûmiyet hükmüyle ya da tutuklama kararıyla hukuken kısıtlananlar dışındaki haklarını muhafaza ederler. 5. kurala göreyse; cezaevindeki yaşam, mümkün olduğunca toplumdaki yaşamın pozitif boyutlarına yaklaştırılmalıdır². Mahpuslarla ilgili olarak hak temelli bir yaklaşım benimseme noktasında açık bir Avrupa konsensüsü böylece kendini göstermiştir. Bu çerçevede; 24 numaralı kuralın 10. fıkrasıysa, mahpusa ilişkin hukuki rejim açısından haber alma hakkının esas olduğunu açıkça ifade etmektedir:

“Mahpuslar, adli bir merci tarafından bir kişiyle ilgili olarak belirli bir süre için konulan özel bir yasaklama olmadıkça; gazetelere, dergilere ve diğer yayınlara abone olarak ve bunları okuyarak, radyo ve televizyon yayınlarını takip ederek, kamusal meseleler hakkında düzenli olarak bilgi edinebilmelidirler”.

Görüldüğü üzere, Türkiye’nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulmuş bir yumuşak hukuk (soft law) aracı olarak dikkate alınması gereken Avrupa Cezaevi Kuralları’nda; mahpusların süreli ve süresiz yayınlara erişimlerinin esas olduğu belirtilmiş durumdadır.

Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kavramı açıkça kullanmadan, normalleştirme ilkesini benimsemiştir. Mahkeme, “mahpusların genel olarak Sözleşmenin 5. maddesine uygun olarak kısıtlanan kişi özgürlüğü haklarının dışında Sözleşmede güvence altına alınan tüm temel hak ve özgürlüklerine sahip olmaya devam edeceklerinin” altını çizmiştir. (AİHM, Hirst/ Birleşik Krallık (no. 2), 6 Ekim 2005, başvuru no: 74025/01, §69). Bu bağlamda, Mahkeme, mahpusların Sözleşme’de güvence altına alınan haklarını muhafaza edeceklerine ilişkin içtihadını sıklıkla hatırlatmaktadır: “... mahpuslar, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı olarak kötü muameleye ya da insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye tabi tutulamazlar”. (AİHM, Kalashnikov/Rusya, 15 Temmuz 2002, başvuru no: 47095/99). Mahpuslar; aile hayatına saygı hakkında (AİHM, Płoski/Polonya, 12 Kasım 2002, başvuru no: 26761/95); ifade özgürlüğünden (AİHM, Yankov/Bulgaristan, 11 Aralık 2003, başvuru no: 39084/97, §§ 126-145); ibadet hakkında (AİHM, Poltoratskiy/Ukrayna, 29 Nisan 2003, başvuru no: 38812/97, §§ 167-71); 6. madde çerçevesinde avukata ve mahkemeye erişme hakkında (AİHM, Golder/Birleşik Krallık, 21 Şubat 1975, başvuru no: 4451/70); haberleşme hakkında (AİHM, Silver ve diğerleri /Birleşik Krallık, 25 Mart 1983, başvuru no : 5947/72 ve diğerleri); ve evlenme hakkında yararlanmaya devam ederler (AİHK, Hamer/Birleşik Krallık, 13 Aralık 1979, başvuru no : 7114/75). Bu haklara yönelik sınırlamaların, cezaevinde güvenliğin sağlanması amacı bakımından uygun ve ölçülü olmaları zorunludur (AİHM, Hirst/ Birleşik Krallık (no. 2), 6 Ekim 2005, başvuru no: 74025/01, §69).

Bütün bu aktarılanlar, normalleşme ilkesi ile fikir özgürlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi teyit etmektedir. Bu itibarla, bilgi edinme hakkı ve iletişim özgürlükleri zaten kısıtlı olan kişilere, bilgi ve haberlere erişim konusunda Anayasa dışı ve keyfi sınırlamalar koymak, normalleşme sürecine de aykırı düşer. Dolayısıyla, mahpuslar da, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkına, resmi makamların müdahalesi olmaksızın bilgi ve fikirleri alma hakkına sahiptirler. Bu haklarına yönelik müdahalelerin de Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen koşullara uygun olması gerekir. Bu çerçevede, öncelikle temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, ancak Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinde öngörülen nedenler ve kayıtlar çerçevesinde yasayla düzenlenebilir. Bu kapsamda, “kanunla sınırlama” ölçütünün karşılanabilmesi için, şekli anlamda kanunun var olması yeterli olmayıp, maddi anlamda kanunun şartlarının da bulunması gerekmektedir (AYM, E. 2015/76, K. 2017/153, 15.11.2017, par.30). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları şarttır (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Bu çerçevede; kanunun öngörülebilirliğinden söz edebilmek için, kişilerin gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle davranışlarının sonucunu öngörebilecekleri biçimde açık olması ve kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı güvenceler içermesi gerekir (AİHM, Weber ve Saravina/Almanya, 29 Haziran 2006, başvuru no: 54934/00, §93-95 ve 145). Bu nitelikleri taşımayan bir normun kanun olarak kabul edilmesi mümkün değildir (AİHM, Işıkırık/Türkiye, 14 Kasım 2017, başvuru no: 41226/09, §§ 57-58).

Yukarıda belirtildiği üzere, iptali istenen kurallar; tamamen muğlak, hukuk dilinden uzak, öznel ve öngörülemez kavramlara dayalı olarak mahpusların bilgi ve fikirlere erişme özgürlüğüne keyfi olarak müdahale edilmesine olanak tanımaktadırlar. Amaca uygunluk bakımından da, mahpusların bilgilenme hakkına keyfi müdahale ile normalleşme ilkesi arasındaki çelişki de açıktır. Bu nedenle keyfi müdahalelere karşı herhangi bir güvence içermeyen kuralların öngörülemez olduğu ve kanunla sınırlama koşuluna aykırılık oluşturduğu açıktır.

b) Basın İlan Kurumu aracılığı: Dördüncü fıkrada getirilen düzenleme ise, tamamen Anayasa dışı bir sınırlama ve yasaklama öngörmekte olup, Basın İlan Kurumu'ndan resmi ilan ve reklam yayınlama yetkisi almayan gazetelerin ceza infaz kurumlarına alınmayacağını düzenlemektedir. Bu kural, özellikle bağımsız ve yerel gazetelerin önemli bir kısmının cezaevlerine alınmaması sonucunu doğuracaktır.

Anayasa'nın 29. maddesinde yayın çıkartmanın güvenceleri düzenlenmiştir. Özerk bir kurumdan çok idari ve siyasal niteliği baskın olan Basın İlan Kurumu'nun resmi ilan ve reklam yayınlama hakkı vermediği gazetelerin infaz kurumuna kabul edilmemesi, Anayasa ile güvence altına alınan süreli ve süresiz yayın hakkı ile 25., 26. ve 28. maddelerde düzenlenen düşünce, ifade ve basın özgürlük ve haklarına da aykırıdır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, özgürlük ve haklara yönelik müdahalelerin meşru bir amacının bulunması gerekir. İptali istenen dördüncü fıkradaki Basın İlan Kurumu'ndan resmi ilan ve reklam yetkisi almayan gazetelerin cezaevlerine alınmasını yasaklayan kuralın, Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama nedenlerinden hiçbirine uymadığı, bu nedenle de meşru amaç taşımadığı açıktır. Basın İlan Kurumu kararlarının ölçüt alınması, varlık nedeni bilgi ve haber iletme hak ve ödevi olan basın yayın kuruluşları arasında ayrımcı sonuçlar doğurup çifte mağduriyete yol açacağından; eşitlik ilkesi bakımından da Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

c) Adalet Bakanlığı kararı: Aynı şekilde; yabancı dildeki yayınların ceza evlerine alınmasına ilişkin yetkinin hiçbir çerçeve ölçüt gözetilmeksizin Adalet Bakanlığı'nın inisiyatifine bırakılmış olması da, açıkça Anayasa madde 27'ye aykırı olduğu gibi; bu tanınan yetkinin herhangi bir meşru amacı bulunduğu da söylenemez. Madde 27 uyarınca yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımını ancak kanunla düzenlenebileceğine göre; Adalet Bakanı'nın ülkeye girişi serbest olan bir yayından mahpusları yoksun bırakabilmesi, açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Aynı şekilde, yabancı dilde yayınlanmış gazete ve dergilerin cezaevine alınması, hiçbir kritere yer verilmeksizin tamamen Adalet Bakanlığı'nın yetkisine bırakılmıştır.

Ceza evinde kalan mahkumların bilgiye erişim haklarına ilişkin sınırlama rejiminin yazılı yayının "dil"ine göre değişmesinin objektif bir amacı olmadığı gibi; Adalet Bakanı'nın yabancı yayınların hangisini hangi gerekçelerle kabul edeceğinin veya etmeyeceğinin yasada belirlenmemiş olması da, yürütmeye mahkumların bilgiye erişim hakkına keyfi şekilde müdahale imkanı sağlamış olmaktadır. Şu durumda; hakka yönelik sınırlama yasa eliyle belirlenmiş olmayıp, yürütmenin takdiri kararına bırakılmış olduğundan, 1982 Anayasasının 13. maddesinde ve 26. maddesinde yer alan "kanunla" sınırlama güvencesiyle birlikte, 7. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "yasama yetkisinin devredilmezliği" kuralına da aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Buna göre sınırlamalar ancak öngörüldükleri amacı gerçekleştirmek için gerekli olduğu ölçüde kısıtlanabilirler. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesinin gereklilik, elverişlilik ve orantılılık alt ilkelerinden teşekkül ettiğini ifade eder (bkz. AYMK, 19 Şubat 2020, E. 2018/91, K. 2020/10). Yukarıda açıklandığı üzere, tamamen keyfi uygulamalara imkân tanıyan türde bir kuralın fikir ve haber alma hakkına getirdiği sınırlamanın, gereklilik ve orantılılık kıstaslarına uygun düştüğünü ve ölçülü olduğunu söylemek de mümkün değildir.

Aynı şekilde temel haklara yönelik sınırlamaların demokratik toplumda gerekli olması, yani zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmesi gerekmektedir. Oysa iptali istenen kuralların zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğini söylemek de mümkün değildir. Suç unsuru taşıyan ve bu nedenle basılması ve dağıtılması yasaklanan yayınların cezaevlerine alınmayacağı açıktır. Ancak hiçbir suç unsuru taşımayan, serbestçe basılıp dağıtılan her türlü yayının mahpuslar için özel sınırlamalara tabi tutulması, Anayasa'ya olduğu gibi yukarıda detaylı olarak açıklanan ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerince de benimsenen normalleştirme ilkesine de aykırıdır. Normal sosyal hayat için tehdit oluşturmayan hiçbir yayın, mahpus olmaları hasebiyle haber ve fikir alma haklarını kaybetmiş olmayan mahpuslar için de özel bir tehdit oluşturamaz. Bu nedenle, genel çıkarla bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurmayan iptali istenen kuralların demokratik toplumda gereklilik ilkesine de aykırı olduğu açıktır (ifade özgürlüğü alanında getirilen sınırlamaların genel yararlar ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurma gerekliliği hususunda, bkz. örneğin: AİHM, Piermont/Fransa, 27 Nisan 1995, başvuru no: 15773/89 15774/89, §77).

Açıklanan nedenlerle, 7242 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesine dahil edilen söz konusu kurallar, Anayasa'nın 7., 10., 13., 25., 26., 27., 28. ve 29. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmek gerekir.

8)- 7242 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen" ve "sulh ceza hakimi" ibarelerinin Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle; 5275 sayılı Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan" ibaresi "Terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen", "hâkim" ibaresi de "sulh ceza hâkimi" şeklinde değiştirilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un, "kapalı ceza infaz kurumu dışına çıkma hâlleri" ile ilgili söz konusu 92. maddesinin ikinci fıkrasının yeni hali şöyledir:

"(2) (Ek: 25/5/2005-5351/6 md.) Terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hâllerde, hükümlü veya tutuklular, rızaları alınmak koşuluyla, ilgili makamın ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkimi kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler. Bu süreler, hükümlü veya tutuklu dinlendikten sonra işin niteliğine göre, her defasında dört günü ve hiçbir surette onbeş günü geçmemek üzere hâkim tarafından tayin olunur ve hükümlülük ve tutuklulukta geçmiş sayılır. Ceza infaz kurumundan ayrılış ve dönüşlerinde hükümlü veya tutuklunun sağlık durumu doktor raporu ile tespit edilir. Yer gösterme sırasında yapılan işlemlere ilişkin belgelerin bir örneği ilgilinin dosyasında muhafaza edilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir."

5275 sayılı Kanun'un 92. maddesinde yapılan bu değişiklikle; terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hâllerde, hükümlü veya tutukluların, rızaları alınmak koşuluyla, ilgili makamın ve Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine sulh ceza hâkimi kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilecekleri düzenlenmiştir. Bu sürelerin on beş günü geçmemek üzere her defasında dört günlük sürelerle hâkim tarafından belirleneceği öngörülmüştür.

Maddede geçen yetkili makamların istihbarat birimleri olduğu anlaşılmaktadır. Uygulamada özellikle 2937 sayılı MİT Kanunu'nun 17.04.2014 tarihli 6532 sayılı kanunla

değiştirilen 6. maddesinde yapılan düzenleme ile terör suçlarında istihbarat görevlilerinin bu maddede öngörülen yetkiyi kullanmak için talepte buldukları ve bu talebin kabul edilerek mahpusların temel haklarının ihlal edildiği uygulama örnekleri giderek artmıştır. Söz konusu düzenleme, başta Anayasa'nın 17. maddesinde ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde mutlak bir şekilde yasaklanan işkence yasağı olmak üzere pek çok Anayasa hükmüne açıkça aykırıdır. Bir hükümlü veya tutuklunun 15 gün süreyle cezaevi dışında, hiçbir adli görevi olmayan istihbarat görevlileri tarafından yanında avukatları olmaksızın sorgulanmasının açık bir şekilde kötü muamele ve işkenceye onay vermek anlamına geldiği ortadadır.

Son yıllarda işkence ve kayıp iddiaları giderek artmaktadır ve pek çok ulusal ve uluslararası gözlemci, bu konudaki kaygı ve endişelerini dile getirmişlerdir. Ankara Barosu işkence ve kayıp iddialarına ilişkin raporlar düzenlediği gibi İnsan Hakları İzleme Örgütü de kayıp iddialarına ilişkin yakın tarihli bir rapor yayınlamıştır.

Her ne kadar düzenlemede ilgilinin rızası ile cezaevi dışına çıkarılacağı kuralına yer verilmiş ise de, bunun da başlı başına işkenceye ve kötü muameleyle zemin hazırladığı açıktır. Eğer tutuklu ya da hükümlünün rızası varsa, bu kişilerin cezaevinde avukatlarının nezaretinde sorgulanmaları suretiyle her türlü bilginin elde edilebileceği açıktır. Hal böyleyken, kişinin 15 gün boyunca istihbarat birimlerince tutulmaya ve sorgulanmaya rıza göstereceğini beklemek akla yatkın değildir. Böyle bir "rıza"nın tehdit ve zorla alınacağı konusunda kuşkuların doğması kaçınılmazdır. Gerçekten de, mahpus konumunda olan rızası alınacak kişi, muhatap olacağı kamu görevlileri karşısında son derece kırılabilir bir durumda olacaktır. Kişinin; yaşamının ve güvenliğinin devlete emanet edildiği hapis koşullarında, iş birliğine yönelik böyle bir resmi talebi kabul etmemesi halinde tehdit altında olacağını düşünmesi ve cezalandırılma korku ve baskısı duyması sebebiyle kendisine gelecek talebi kabul etmek zorunda hissetmesi kuvvetle muhtemeldir. Bir başka deyişle, tutuklu ya da hükümlü sıfatıyla kamu görevlileri nazarında kırılabilir bir durumda bulunan mahpus kişinin iradesinin böyle bir konuda sağlıklı ve sakatlanmamış şekilde ifade edilebileceğini kabul etmek kural olarak mümkün değildir. Dolayısıyla, yasada öngörülen rıza koşulu da bizatihi kişileri kötü muamele riski ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Oysa devletin, konumu kırılabilir taşıyan mahpusu, aksine, kötü muamelelere karşı korumaya dair bir pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleyle ve cezaya tabi tutma yasağına ilişkin 3. maddesi bağlamında, devletin, kırılabilir bir durumda olan mahpusu koruma yükümlülüğünün altını çizmektedir: "... hapis, mahpusa, Sözleşme'de güvencelenen haklardan yararlanma hakkını kaybettirmez. Aksine, hapsedilmiş kişi, bazı durumlarda, halinin kırılabilirliği sebebiyle ve tamamıyla devletin sorumluluğu altında bulunduğu için, daha büyük bir korumaya ihtiyaç duyabilir. Bu bağlamda; 3. madde, yetkili otoritelere, tüm mahpusların insan onuruna saygılı koşullarda tutulmasını, tedbirin infaz koşullarının, ilgiliyi, mahpusluğa ilişkin kaçınılmaz ıstırap derecesini aşan yoğunlukta bir sıkıntı ya da sınamaya tabi tutmamasını ve hapsedmeye ilişkin pratik gereklilikler dikkate alınarak, mahpusun sağlık ve esenliğinin uygun şekilde sağlanmasını temine ilişkin bir pozitif yükümlülük yükler" (AIHM, Florea/Romanya, 14 Eylül 2010, başvuru no: 37186/03, §50).

Görüldüğü üzere; devletin, işkenceyle mücadele, bu çerçevede işkence ve kötü muameleyle imkân verecek uygulamaları ortadan kaldırma ve yasaklama pozitif (olumlu) yükümlülüğü vardır. Özellikle devletin sorumluluğu altında bulunan ve konumlarının kırılabilirliği sebebiyle devlet görevlileri nezdinde kendilerini baskı altında hissedecek tutuklu ve

hükümlülerin yargılama sürecinde yer almayan ve hatta herhangi bir adli bir görevi olmayan istihbarat birimlerine teslim edilerek on beş güne kadar ailelerinden ve avukatlarından habersiz bir şekilde ve nerede oldukları da yakınlarına bildirilmeden sorgulanmaları, başlı başına bir kötü muamele oluşturacağı gibi, kişileri sistemli işkence riskine açık hale getirecektir. Yasada bu kişilerin çıkış ve girişlerinde ve her uzatma sırasında doktor muayenesi yapılması ve rapor alınması zorunluluğu da öngörülmemiştir. Bu nedenle, ihtilafı kural, açık bir şekilde Anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan; kişilerin sorgu amacıyla istihbarat birimlerine teslim edilmesi, Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını da ihlal edecektir. Zira, Anayasa'nın 19. maddesinde devletin bu hakka yönelik olarak alabileceği tedbirler ve sınırlamalar arasında, istihbarat birimlerine teslimi içerebilecek bir yetkilendirme bulunmamaktadır. Kişilerin cezaevi dışında istihbarat birimlerinde tutulmasının özgürlük hakkına müdahale teşkil ettiğinde kuşku yoktur; ancak 19. madde, böyle bir müdahaleye yetki vermemektedir. Böyle bir tedbirin sulh ceza hakimliği kararıyla uygulanması da kişiler açısından herhangi bir güvence teşkil etmediği gibi; ihtilafı düzenlemede, 19. maddede yer alan güvencelerden hiçbirine de yer verilmemiştir. Gerçekten de 19. maddede; en kısa sürede yakınlarına haber verme, avukatına ulaşma, karara itiraz etme gibi hiçbir güvenceye yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Anayasa'da yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin istisnalarla uyumlu olmadan, her türlü keyfiliğe açık şekilde ve bulunduğu konumun kırılabilirliği sebebiyle mahpusun geçerli addedilemeyecek rızası temelinde kendisinin özgürlüğünden alıkoymasını içeren ihtilafı kural, Anayasa'nın 19. maddesine de aykırıdır.

Anayasa madde 19/4'ün gözaltı süresini bile 48 saat ile sınırladığı, toplu suçlarda ise bu sürenin 4 günü geçemeyeceği ve bu sürelerin ancak olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılabildiği dikkate alınır; ihtilafı kuralda mahpus için gözaltı güvencelerinin bile öngörülmemiş olması, kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından "hukuk dışı bir zemin" yaratarak 19. maddeye aykırılık teşkil ettiği gibi, 13. maddenin öngördüğü ölçülülük ilkesine de aykırıdır. Zira, mahpusu ikametinden alıkoymanın meşru bir amaçla açıklandığı varsayımında bile, bunun ölçülü olması gerekir. 15 günlük süre, hiçbir anayasal kavramla açıklanamaz.

Adil yargılanma hakkının temel gerekleri bakımından, bu kişilerin sorgulanması sırasında avukat yardımından yararlanma hakkı tanınmamıştır. Adli görevi ve yetkisi bulunmayan istihbarat birimleri tarafından alınan ifadelerin bu kişilerin kendisi hakkında delil olarak kullanılması mümkün olmadığı gibi, başkaları hakkında kullanılması da açık bir şekilde adil yargılanma hakkı ihlali teşkil edecektir. Bu uygulamanın çoğunlukla gizli tanıklığa zorlama şeklinde kullanılacağı açıktır. Bu koşullarda cebir ve tehditle elde edilen bilgilerin yargılamada delil olarak kullanılması, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu gibi aynı zamanda 38. maddede öngörülen hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılması yasağına da aykırılık teşkil edecektir.

Yapılan düzenleme ile ayrıca mahpusların hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik hakları ihlal edilmiştir. Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde mahpuslara çeşitli haklar tanınmıştır. Bunların başında suç ve cezanın kanuniliği ve şahsiliği ilkeleri ile masumiyet hakkı gelmektedir. Bunun dışında Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS'ye ek 7 no'lu Protokol uyarınca mükerrer yargılama yapılması yasaklanmıştır. Kaldı ki kovuşturma ve hükümden sonraki aşamalarda mahpusla ilgili yargılamayı yapan mahkeme görevli ve yetkili olduğundan, bu yetkinin sulh ceza hakimine tanınması yargı yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Ayrıca hiçbir sulh ceza hakimi, kovuşturma ve hükümden sonraki aşamalarda kendisini mahkeme yerine koyup, bir başka soruşturma dosyası dahi olsa, söz konusu mahpusun hapisaneden

çıkartılması ile ilgili işlem yapamaz. Olsa olsa bir başka soruşturma sebebiyle, mahpusun hapisanede ilgili savcılık ve avukatı nezaretinde ifadesi alınabilir veya sorgusu yapılabilir. Hapishaneden çıkartma işlemlerinde yetki, kovuşturma ve hükümden sonraki aşamada mahkemeye aittir.

Ceza hukukumuzda kişiler şüpheli, sanık veya tanık olarak adli işlemlere muhatap olurlar. 92.maddenin 2.fıkrasındaki düzenlemede mahpusların herhangi bir hukuki nitelendirmeye tabi olmadan, sanki kolluğun yardımcısı gibi kullanılmak istenmesi, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Hukukumuzda gizli ve açık tanıkla ilgili düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemelerin tamamen dışında belirsizlik yaratan ve öngörülemeyen böyle bir düzenleme yapılması, ölçülülük ilkesine de aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 17., 19., 36. ve 38. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

9)- 7242 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin yedinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile 5275 sayılı Kanunun 105/A maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu 105/A maddesinin burada iptali istenen yeniden düzenlenmiş yedinci fıkrası şöyledir:

“(7) Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir. Kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.”

Görüldüğü üzere; denetimli serbestlik tedbirine ilişkin olan bu maddenin yeniden düzenlenen yedinci fıkrası ile, hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verileceği öngörülmüştür.

Bu kural, açık bir şekilde Anayasanın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesi ile çelişmektedir. Anayasanın 38. maddesi uyarınca suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak; kişinin masumiyeti asıl olduğundan, suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup, kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karinesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir. Anılan karine, bir kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kamu

yetkilileri tarafından suçlu ilan edilmesine karşı koruma sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi de, bireysel başvurularda suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar hiç kimsenin yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemeyeceğini ve suçlu muamelesine tabi tutulamayacağını karara bağlamıştır (AYM, Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26, 27).

Anayasa Mahkemesi, ayrıca, söz konusu ilkeyi maddi anlamda hukuk devletinin bir unsuru olarak görmektedir: “Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır” (AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, K.T. 02.05.2018, R.G. 6/6/2018 – 30443, III-8).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.11/1), Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.14/2) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (m.6/2); masumiyet karinesini ifade eden başlıca uluslararası hak koruma belgeleridir. AİHS’nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre: “Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır”. Türkiye Anayasası’na göre; savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde dahi bu ilkeye istisna getirilmesi mümkün değildir (m.15/2). Bu güvence, herkes için, her zaman ve her yerde geçerlidir.

Nasıl ki Anayasa Mahkemesi, masumiyet karinesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, AİHM de, masumiyet karinesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemededen kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (AİHM, *Allenet de Ribemont-Fransa*, 10 Şubat 1995, başvuru no : 15175/89, § 36).

İzahtan varestedir ki; kişinin kamu davası açıldığı sırada var olan bir ceza mahkumiyetine ilişkin olarak denetimli serbestlikten yararlanıyor bulunması, onun, masumiyet karinesinin korumasından yararlanma hakkının düşümüne yol açmaz. Kişinin suçlu olup olmadığının ortaya çıkarılmasına yönelik olan kamu davası, kişinin suçlu olduğuna ilişkin bir karine oluşturmaz.

İptali istenen kural ile, denetimli serbestlik tedbiri süresinde bulunan hükümlülere, suçluluğu mahkeme kararı ile kesinleşmeyen, alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı dava açılması halinde suçlu muamelesi yapılmaktadır. Üstelik kişinin kovuşturma sonucunda beraat etmesi, ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi hallerinde de infaz hakiminin kararı ile denetimli serbestliğe devam edilebileceği belirtilmiştir.

Düzenleme, bu bakımdan kişi hakkında dava açılmasına sonuç bağlayarak denetimli serbestlik uygulamasına son verilmesini öngörmektedir ve kişiyi suçlu olarak kabul etmektedir. Bu nedenle kural, Anayasa’nın 38. maddesine açıkça aykırıdır, iptal edilmesi gerekir.

10)- 7242 sayılı Kanun’un 48. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun’un 107. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin Anayasa’ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun’un 48. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’un şartlı salıverilmeyi düzenleyen 107. maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Bu düzenleme ile infaz rejiminde köklü bir değişiklik yapılarak süreli hapis cezalarının infazında koşullu salıverilme oranının 2/3 yerine 1/2 olarak uygulanması öngörülmüştür. Ancak bazı suçlardan mahkûm olanlar, bu değişikliğin

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

dışında bırakılarak koşullu salıverilme oranının 2/3 olarak uygulanmaya devam edilmesi öngörülmüştür. 107. maddenin, ilgili ikinci fıkrası şöyledir:

“(2) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. (Ek cümleler:14/4/2020-7242/48 md.) Ancak, Türk Ceza Kanununun;

a) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

b) Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

c) İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

d) Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

e) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,

f) Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

g) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar,

h) Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ilâ 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,

Cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.”

Aynı maddenin dördüncü fıkrasında da değişiklik yapılarak örgütlü suçlarda koşullu salıverme infaz oranının 3/4 yerine 2/3 olarak uygulanması öngörülmüştür.

Dolayısıyla infaz sisteminde koşullu salıverme oranları değişik suçlar bakımından oldukça farklı düzenlenmiştir. Verilen süreli hapis cezasının süresinden bağımsız olarak bazı suçlar için 1/2, bazı suçlar için 2/3 diğer bazı suçlar için ise 3/4 olarak uygulanacak olmasıdır. Yasada yapılan değişikliklerin suç tipine göre öngördüğü muamele farklılığı, nesnel ve haklı bir nedene dayanmamaktadır. Bu çerçevede benzer menfaatleri koruyan ve benzer cezalar

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

öngörülen bazı suçlarda koşullu salıverilme oranı ½ olarak belirlenmiş iken, aynı türde başka bazı suçlar bakımından ise 2/3 olarak öngörülmüştür.

Aynı şekilde örgütlü suçlar bakımından da terör örgütleri ile diğer suç örgütleri arasında koşullu salıverilme açısından ciddi bir farklılık yaratılmıştır. Buna göre suç örgütleri açısından koşullu salıverilme oranı 2/3 olarak düzenlenmiş iken, terör örgütleri açısından ise ¾ olarak öngörülmüştür. Oysa terör suçlarında zaten cezalar diğer suç örgütlerine göre TMK'nın 5. maddesi uyarınca ½ oranında artırılarak verilmektedir. Dolayısıyla silahlı suç örgütüne üyelik nedeniyle alt sınırdan beş yıl ceza verilirken, terör örgütü üyesine 7,5 yıl hapis cezası verilecektir. Herhangi bir indirim veya artırım uygulanmadığını varsayarsak silahlı suç örgütü üyesi 40 ay sonra koşullu salıverme ile tahliye olurken terör örgütü üyesi ancak 67,5 ay sonra koşullu salıverme olanağına sahip olacaktır.

Bu durumu daha da ağırlaştırıcı temel sorun ise, ülkemizde terör kavramının, uluslararası tanımlardan oldukça farklı bir şekilde, hiçbir şekilde şiddete bulaşmamış, sadece yazı yazmış, fikir beyan etmiş ya da herhangi bir şekilde muhalif tavır almış kişiler için çok kolay bir şekilde uygulanabiliyor olmasıdır. Son yıllarda terör örgütü üyeliği ya da terör örgütüne yardım suçundan açılan soruşturma, kovuşturma ve mahkûmiyet sayıları dünyada bir rekor kırıldığını göstermektedir.

Son beş yıllık TCK m.314' e ilişkin soruşturma ve dava istatistikleri de aşağıda yer almaktadır:

Soruşturmalar:

Yıl		Toplam Karar Sayısı	KYYOK	Kamu Davası	Yetkisizlik	Görevsizlik	Birleştirme	Başka Büro
2014	TCK 314	55058	7081	5362	27967	12104	2537	7
2015	TCK 314	36425	7443	13409	10206	26	5336	5
2016	TCK 314	155014	13531	34595	63452	2652	40673	111

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

2017	TCK 314	457423	65308	133505	175944	5480	77000	186
2018	TCK 314	444342	145419	85888	149552	3705	59579	199

Mahkeme Kararları:

TCK 314					
Yıl	Mahkumiyet	Beraat	HAGB	Diğer	Toplam
2014	1641	1118	123	17110	19992
2015	3336	2437	162	4945	10880
2016	4049	3036	338	6798	14221

2017	36927	6096	692	24471	68186
2018	108412	23970	4455	43165	180002

Görüldüğü gibi son yıllarda soruşturma ve kovuşturma sayılarında oldukça yüksek bir artış söz konusudur. Bunda darbe girişiminin etkisi olduğu açıktır. Ancak açılan soruşturmalarda ve verilen kararlarda Türkiye'nin de tabii olduğu uluslararası hukuk ilkelerinden ciddi sapmalar olduğu yönünde çok ciddi kaygılar vardır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mijatovic, son Türkiye ziyaret raporunda şu değerlendirmede bulunmuştur:

“40. Bu gelişmelerin sonucunda, Komiser, bilhassa OHAL'in başlangıcından beri, savcılarının ve giderek artan bir şekilde mahkemelerin de, terörist veya suç örgütü üyesi addettikleri kişilere karşı suç tanımının kapsamını gittikçe genişlettiklerini gözlemler. Bu çerçevede, son yıllarda, Türk adalet sistemine aşına olanlar için bile öngörülebilir olmayan ceza yargılamaları başlatılmıştır. Meselenin boyutunu göstermesi bakımından, Komiser, resmi istatistiklere göre 2018'de, silahlı suç örgütlerine üyeliği ilgilendiren TCK 314. madde uyarınca 43 553, Terörle Mücadele Kanunu altında 2 280 hapis cezasına mahkûmiyet kararı verildiğini kaydeder. Komiser, ayrıca, bu döneme Türk hukuk düzenine yeni, yetersiz bir şekilde tanımlanmış kavramların girişinin eşlik ettiğini not eder. Bunlar hukuka uygun eylemler ile suç teşkil eden eylemler arasındaki ayrımı iyice muğlak hale getirmiş görünen “iltisak” ve “irtibat” kavramlarıdır.”

Son yıllarda pek çok uluslararası gözlemci Türkiye'de terör kavramının amacı dışında kullanıldığı yönünde tespitlerde bulunmuştur. Venedik Komisyonu, 2016 yılında TCK'nın 314 maddesi de dahil olmak üzere bazı maddelerini (halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeyi ve toplumun belirli kesimlerini aşağılamayı cezalandıran 216. madde; silahlı suç örgütlerine ilişkin 220. madde; Cumhurbaşkanı'na hakareti düzenleyen 299. madde; Türk milletini, devleti ve kurumlarını aşağılamayı düzenleyen 301. madde; silahlı suç örgütüne üyeliğe ilişkin 314. madde) inceleyen bir görüş yayınlamıştır. Venedik Komisyonu, bu görüşünde söz konusu maddelerin lafzında yapılan bazı olumlu değişikliklere ve Yargıtay'ın uygulamayı iyileştirme çabalarına rağmen, ilerlemenin açıkça yetersiz kaldığını ve bütün bu maddelerin orantısız yaptırımlara imkân vermeye devam ettiğini, AİHS ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin koruması altındaki fiilleri cezalandıracak şekilde çok geniş yorumlandığı ve uygulandığı sonucuna varmıştır.

AİHM, yakın tarihli Selahattin Demirtaş (2) ve Kavala kararlarında, Türkiye'nin, siyasi muhalefeti ve insan hakları savunucularını susturmak için hak sınırlama yetkisini kötüye kullanarak AİHS'nin (5. maddeyle bütünleşik olarak) 18. maddesini ihlal ettiğini saptamıştır (AİHM, Selahattin Demirtaş/Türkiye (no 2), 20 Kasım 2018, başvuru no : 14305/17, §242-274; AİHM, Kavala/Türkiye, 10 Aralık 2019, başvuru no : 28749/18, §197-232). Kamu makamlarının hak sınırlama yetkilerini kötüye kullandıklarına ilişkin bu tür tespitlerin Türkiye açısından ne ölçüde ağır bir kınama oluşturdukları izahtan varestedir.

Türkiye’de son yıllarda iddianamelerin ve ceza yargılamalarının siyasi saiklerle, adil yargılanma hakkı gereklerine taban tabana zıt şekilde yapıldığı olgusunu, AYM’nin yakın zamanlı Füsun Üstel ve diğerleri kararı da teşhir etmektedir. Yüksek Mahkeme, kamuoyunda “Barış İçin Akademisyenler Bildirisi” olarak bilinen metnin bizzat PKK tarafından hazırlanmış olduğunu kabul edip, imzacıları mahkûm eden ağır ceza mahkemelerinden hiçbirinin, Savcılığın bu delilsiz iddiasınının gerçekliğini araştırmadığını şu şekilde tespit etmiştir: “Söz konusu delil ve değerlendirmelerin yargılamaların esasını doğrudan etkileyecek önemde olduğu tartışmasızdır. Bildiriye imza atanların çok sayıda mahkemede yargılandıkları düşünüldüğünde mahkemelerden hiçbirinin bu yönde bir araştırmaya ve değerlendirmeye gitmemiş olması anlaşılır değildir” (AYM, Füsun Üstel ve diğerleri kararı, başvuru no: 2018/17635, K.T. 26 Temmuz 2019, R.G. 19/9/2019- 30893, par.94). Anayasa Mahkemesi’nin salt bu gözlemi dahi, son yıllarda bazı ilk derece mahkemeleri tarafından muhalif görüşlerin hayali ve yapay gerekçelerle terörle nasıl ilişkilendirildiğini ve ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin nasıl göz göre göre yerle yeksan edildiğini teşhir etmektedir.

Dolayısıyla infaz sisteminde koşullu salıverme oranlarında yapılan değişikliklerle yaratılan suçlara dayalı farklılık, Anayasa’ya aykırıdır. Getirilen düzenleme ile oluşturulan üç farklı oran, benzer türdeki suçlardan ceza almış failler ve/veya aynı sürelerde hapis cezası almış farklı suç failleri arasındaki muamele farklılığına ilişkin olarak objektif bir temele dayanmamaktadır. Özellikle ifade edilmelidir ki, iptali istenen kuralla adi suçluların cezaevinde kalma süreleri kısaltılırken, siyasal nitelikli suçlar ya da fikir suçları olarak nitelendirilen suç tiplerinin de içinde yer aldığı terör suçlarında cezaevinde kalma süreleri aynı bırakılmıştır. Oysa; infaz hukukuna ilişkin düzenlemelerin suç tiplerine ilişkin sınıflamalardan değil, suçlu kişiden hareket etmesi gerekir. Özellikle iptali istenen kural ile bu suçlardan mahkûm olan çocuklar ½ infaz oranından yararlanamayacaklardır. Bu çocuklar hakkında 2/3 infaz oranının uygulanması öngörülmüştür. Oysa 2/3 infaz oranının düzenlendiği İnfaz Kanununun 107. maddesinin dördüncü fıkrasının çocuklar yönünden uygulanamayacağı hükmü bulunmaktadır. Bu düzenleme yasa yapma tekniği açısından sorunlu olduğu gibi Anayasa’nın 10. maddesi çerçevesinde, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına açıkça aykırıdır.

Kuşkusuz, suç ve ceza politikasını belirleme bakımından yasama organı takdir yetkisine sahiptir. Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında benzer bir düzenlemeye ilişkin kararında cezanın caydırıcılığının ve suçlunun topluma uyum sağlayabilmesinin başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılmasının, ceza politikasının temel ilkesini oluşturduğunu belirterek toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığının, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olduğunu ve bu hususun devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine tabi olduğunu vurgulamıştır (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19,07,1991).

Bununla birlikte Mahkeme, cezanın infazının, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçladığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak da suçlunun topluma kazandırılması amacının gerçekleştirilebilmesinin suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme, suçlunun topluma kazandırılması amacı ile infaz hukuku arasında şöyle bir ilişki kurmuştur:

“Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkûmların işledikleri suçlara

göre bir ayırıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur.

Şartla salıvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündendir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur.

Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.” (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19.07.1991, AMKD. S. 27, s. 473 vd.). Mahkeme, böylece infaz sisteminde işlenen suçun türüne göre farklı infaz rejiminin uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Aynı görüşü Mahkeme aynı düzenlemeye ilişkin başka bir kararında da sürdürmüştür (E. 1991/34, K. 1991/34, 8.10.1991, AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

Mahkemenin bu yaklaşımı da dikkate alındığında 107. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan örgütlü suçlardan mahkûm olan çocuklar ile MİT Kanunu'nda yer alan suçlardan mahkûm olanların şartlı tahliye oranlarının istisnalar arasına alınmasının meşru ve haklı kılan nesnel bir neden bulunmamaktadır.

Bu itibarla, “suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır” cümlesiyle belirtilen suç tiplerinin, maddenin 2. fıkrasında düzenlenen koşullu salıverme oranından yararlandırılan suç tiplerinden ayrı tutulması, korunması gereken hukuki yararlar ilgili bir dengesizlik yaratmaktadır ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Tıpkı 107. maddenin 2. fıkrasındaki gibi korunması gereken hukuki yarar ilkesi uyarınca, söz konusu suç tipleri ve özel kanunlarda tanımlanmış suçlar daha alt düzeyde korunması gereken hukuki yarar içerdiklerinden dolayı koşullu salıverme oranlarının 1/2 olması gerekmektedir. Kaldı ki, bu şekilde kategorize edilen suç tipleri veya özel kanun ismiyle torbaya atılan suçların içerisinde doğrudan doğruya ifade özgürlüğünü ilgilendiren suç tipleri bulunmaktadır. Bu suçları oluşturan TCK m.220, TCK m.314, TMK m.4, TMK m.6 ve m.7, 2937 sayılı MİT Kanunu'ndaki suçlar, TCK 305, 318, 319, 324, 327, 329, 330, 332, 334, 338 ve 339 numaralı maddelerin mutlaka ayrı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. Madde numarasını belirttiğimiz suçların koşullu salıverme oranının 107. maddenin 2.fıkrasında belirtildiği gibi ½ olması eşitlik ve ölçülülük ilkelerinin gereği olduğundan, bunları ayrık tutan ibareler iptal edilmelidir.

Ayrıca benzer hukuki menfaatleri koruyan suçlardan ve aynı süre hapis cezalarına mahkûm edilmiş kişilerin bazılarının daha uzun süre hürriyetinden yoksun bırakılması aynı zamanda bütün kamusal yetkilerin kullanılmasında kamu yararının gözetilmesini zorunlu kılan hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devletinde bütün kamusal işlemlerde olduğu gibi, yasaların da kamu yararını gözetmesi gerekir. İfade özgürlüğünü herkes için, özellikle de siyasi muhalifler için güvence altına almak, demokratik hukuk devletinin bir gereği olduğu gibi Anayasa madde 13'ün güvence altına aldığı –çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık düşüncesi öğeleriyle tanımlanan- demokratik toplumun da

olmazsa olmaz niteliğindedir. Yukarıda etraflıca açıklandığı gibi ülkemizde terör suçları kavramı, gerçekten şiddete başvuran, başkalarının can ve mal güvenliğini tehdit eden kişileri cezalandırmaktan çok, siyasal iktidarın politikalarına eleştirel yaklaşımı olan kişi ve toplumsal kesimleri, hatta farklı sesleri susturma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle, Türkiye’de siyasi bir araca çevrilmiş terör suçlarından mahkûm olanların çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmasını öngören düzenlemenin kamu yararı amacı taşımadığı açıktır. Hak koruma eksenli bir yaklaşım benimsemesi gereken Anayasa Mahkemesi’nin, burada eşitlik ilkesi çerçevesinde yapacağı incelemede, söz konusu “terör suçları” kavramını, ilgili kanuni düzenlemelerin lafzının ötesine geçerek, uygulamada sistematik şekilde barışçıl muhaliflere karşı özgürlük ve hak ihlallerine yol açan çarpıtılmış kapsamı üzerinden değerlendirmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin bu çerçevede iptal kararı verebilmesi için, “terör suçları” kavramı içinde gerçekte terörle ilgisi olmayan muhalif fikir insanlarına isnat edilen suçların ve onlara ilişkin mahkumiyetlerin de sistematik şekilde bulunması olgusunu saptaması yeterlidir. Eşitlik kavramıyla ilgili hukuki yorum, olgusal gerçeklikten kopuk şekilde gerçekleştirilemez.

Açıklanan nedenlerle 5275 sayılı Kanun’un 107. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen “Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.” şeklindeki cümle, Anayasa’nın 2. , 10. ve 13. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmelidir.

11)- 7242 sayılı Kanun’un 52. Maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun’un geçici 6. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Beşinci” ibaresi TCK’nın 314. Maddesinin üçüncü fıkrası yönünden, “ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar” ibaresi 7. Maddenin ikinci fıkrası yönünden; ikinci fıkrasında yer alan “Beşinci” ibaresi TCK’nın 314. Maddesinin üçüncü fıkrası yönünden, ve “Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar” ibaresinin 7. Maddenin ikinci fıkrası yönünden Anayasa’ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun’un 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’a geçici 6. madde eklenmiş ve denetimli serbestlik sisteminde bir sefer uygulanmak üzere geçici bir hüküm öngörülmüştür. 7242 sayılı Kanun’un iptali istenen kuralları içeren 52. maddesi şöyledir:

“MADDE 52- 5275 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 6- (1) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), işkence suçu (madde 94 ve 95), eziyet suçu (madde 96), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “bir yıl”lık süre, “üç yıl” olarak uygulanır.

(2) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "iki yıl"lık süre, "dört yıl" olarak uygulanır.

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilir.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, iyi hâlli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır.

(4) 30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, üç gün; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır."

Düzenleme uyarınca;

1) 30.03.2020 tarihine kadar işlenmiş suçlarla ilgili olarak denetimli serbestlik süresi bir yıl yerine üç yıl olarak uygulanacaktır. Ancak bazı suçlar bu uygulamanın dışında bırakılmıştır. İstisna tutulan suçlar;

Kasten öldürme (TCK m.81, 82, 83); Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları; Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (TCK m.87/2-d), İşkence suçu (madde 94 ve 95), Eziyet suçu (madde 96), Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188), TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan Millete ve Devlete karşı suçlar; ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardır.

2) Maddenin ikinci fıkrasına göre, 30.03.2020 tarihine kadar (bu tarih dahil) işlenen suçlardan mahkumiyet halinde, 0 ila 6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile 70 yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında denetimli serbestlik süresinin 2 yıl yerine 4 yıl olarak uygulanacağı, ağır hastalık, engellilik veya kocama sebebiyle yaşamını tek başına sürdüremeyecek olan 65 yaşını bitirmiş hükümlülerin ise koşullu salıverilmeleri için ceza infaz kurumlarında geçirmeleri gereken sürelerin, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebileceği düzenlemiştir. Bu fıkradan faydalanamayacak hükümlüler ise; Türk Ceza Kanunu'nun kasten

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan hükümlülerdir.

Görüldüğü gibi iptali istenen kural ile denetimli serbestlik sisteminde bir defaya mahsus olarak sürelerin uzatılması suretiyle hükümlülerin infaz edilecek cezalarında indirim yapılması sağlanarak daha erken tahliye edilmeleri sağlanmıştır. İstisna suçlar dışında 30.03.2020 tarihinden önce işlenen bir suçtan 6 yıla kadar hapis cezasına mahkûm olan bir kişi infaz kurumuna girmeyecektir. Yine 10 yıl hapis cezası alan bir kişi 2 yıl ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra tahliye olabilecektir.

Öngörülen düzenleme ile Koronavirüs (covid-19) salgınının doğurduğu tehlike de dikkate alınarak cezaevlerindeki aşırı yoğunluğun azaltılması amacıyla özel af niteliğinde bir geçici madde ile bir defalığına uygulanmak üzere 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından denetimli serbestlik süresi üç yıla çıkarılmıştır. Ancak bu hüküm, bütün mahkûmlar açısından uygulanmayacaktır. Bazı suçlardan hüküm giyen mahkûmlar, bu uygulamanın dışında tutulmuştur. Uygulama kapsamı dışında tutulan suçlar arasında Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Beşinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar da yer almaktadır. Beşinci Bölümde TCK'nın silahlı örgüt üyeliğini düzenleyen 314. maddesi de yer almaktadır. Ayrıca bu hüküm, 3713 sayılı Kanun'un 3. maddesinde sayılan terör suçları arasında da yer almaktadır.

Yukarıda 10 numaralı başlık altında açıklandığı gibi son yıllarda ülkemizde terör kavramı uluslararası tanımlardan oldukça farklı bir şekilde hiçbir şekilde şiddete bulaşmamış, demokratik toplumun çoğulculuk ögesinin gereği olarak sadece yazı yazmış, fikir beyan etmiş, ya da herhangi bir şekilde yöneticilere karşı eleştirel bir tavır almış kişiler için çok kolay bir şekilde uygulanabilir hale gelmiştir. Son yıllarda terör örgütü üyeliği, terör propagandası ya da terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarından açılan soruşturma, kovuşturma ve mahkûmiyet sayıları rekor seviyelere yükselmiştir.

Son beş yıllık TCK m. 314' e ilişkin soruşturma ve dava istatistikleri de aşağıda yer almaktadır.

Soruşturmalar:

314. m Yıl	Toplam Karar Sayısı	KYYOK	Kamu Davası	Yetkisizlik	Görevsizlik	Birleştirme	Başka Büro
2014	55058	7081	5362	27967	12104	2537	7

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

2015	36425	7443	13409	10206	26	5336	5
2016	155014	13531	34595	63452	2652	40673	111
2017	457423	65308	133505	175944	5480	77000	186
2018	444342	145419	85888	149552	3705	59579	199

Mahkeme Kararları:

TCK 314					
Yıl	Mahkûmiyet	Beraat	HAGB	Diğer	Toplam
2014	1641	1118	123	17110	19992

2015	3336	2437	162	4945	10880
2016	4049	3036	338	6798	14221
2017	36927	6096	692	24471	68186
2018	108412	23970	4455	43165	180002

Görüldüğü gibi son yıllarda soruşturma ve kovuşturma sayılarında oldukça yüksek bir artış söz konusudur. Bunda darbe girişiminin etkisi olduğu açıktır. Ancak açılan soruşturmalarda ve verilen kararlarda uluslararası hukuk ilkelerinden açık ve belirgin sapmalar olduğu yönünde çok ciddi kaygılar vardır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mijatovic son Türkiye ziyaret raporunda şu değerlendirme bulunmuştur:

“40. Bu gelişmelerin sonucunda, Komiser, bilhassa OHAL’in başlangıcından beri, savcıların ve giderek artan bir şekilde mahkemelerin de, terörist veya suç örgütü üyesi addettikleri kişilere karşı suç tanımının kapsamını gittikçe genişlettiklerini gözlemler. Bu çerçevede, son yıllarda, Türk adalet sistemine aşına olanlar için bile öngörülebilir olmayan ceza yargılamaları başlatılmıştır. Meselenin boyutunu göstermesi bakımından, Komiser, resmi istatistiklere göre 2018’de, silahlı suç örgütlerine üyeliği ilgilendiren TCK 314. madde uyarınca 43 553, Terörle Mücadele Kanunu altında 2 280 hapis cezasına mahkûmiyet kararı verildiğini kaydeder. Komiser, ayrıca, bu döneme Türk hukuk düzenine yeni, yetersiz bir şekilde tanımlanmış kavramların girişinin eşlik ettiğini not eder. Bunlar hukuka uygun eylemler ile suç teşkil eden eylemler arasındaki ayrımı iyice muğlak hale getirmiş görünen “iltisak” ve “irtibat” kavramlarıdır.”

Son yıllarda pek çok uluslararası gözlemci Türkiye’de terör kavramının amacı dışında kullanıldığı yönünde tespitlerde bulunmuştur. Venedik Komisyonu, 2016 yılında TCK’nın 314 maddesi de dahil olmak üzere bazı maddelerini (halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeyi ve toplumun belirli kesimlerini aşağılamayı cezalandıran 216. madde; silahlı suç örgütlerine ilişkin 220. madde; Cumhurbaşkanı’na hakareti düzenleyen 299. madde; Türk milletini, devleti ve kurumlarını aşağılamayı düzenleyen 301. madde; silahlı suç örgütüne üyeliğe ilişkin 314. madde) inceleyen bir görüş yayınlamıştır. Venedik Komisyonu bu görüşünde söz konusu maddelerin lafzında yapılan bazı olumlu değişikliklere ve Yargıtay’ın uygulamayı iyileştirme

çabalarına rağmen, ilerlemenin açıkça yetersiz kaldığını ve bütün bu maddelerin orantısız yaptırımlara imkân vermeye devam ettiğini, AİHS ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin koruması altındaki fiilleri cezalandıracak şekilde çok geniş yorumlandığı ve uygulandığı sonucuna varmıştır. AİHM, yakın tarihli Selahattin Demirtaş (2) ve Kavala kararlarında, Türkiye'nin, siyasi muhalefeti ve insan hakları savunucularını susturmak için hak sınırlama yetkisini kötüye kullanarak AİHS'nin (5. maddeyle bütünleşik olarak) 18. maddesini ihlal ettiğini saptamıştır (AİHM, Selahattin Demirtaş-Türkiye (no 2), başvuru no : 14305/17, 20 Kasım 2018, par. 242-274; AİHM, Kavala-Türkiye, başvuru no: 28749/18, 10 Aralık 2019, par. 197-232). Kamu makamlarının hak sınırlama yetkilerini kötüye kullandıklarına ilişkin bu tür tespitlerin Türkiye açısından ne ölçüde ağır bir kınama oluşturdukları izahtan varestedir.

Türkiye'de son yıllarda iddianamelerin ve ceza yargılamalarının siyasi saiklerle, adil yargılanma hakkı gereklerine taban tabana zıt şekilde gerçekleştirildiği bir vakıadır. Siyasi muhaliflere yönelik olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 170. maddesine, AİHM ve AYM kararlarına apaçık şekilde aykırı olarak oluşturulan iddianamelere dayalı olarak gerçekleştirilen ceza yargılamaları ve Anayasa madde 19 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesindeki tutuklama nedenlerinin var olup olmadığını dikkate almadan otomatik şekilde gerçekleştirilen tutuklamalar ile; yargının, demokratik muhalefete karşı siyasal bir cezalandırma aygıtı gibi işletildiği çok sayıda örnek vardır. Anayasa Mahkemesi, Temmuz 2019'da verdiği Füsün Üstel ve diğerleri kararında, kamuoyunda "Barış İçin Akademisyenler Bildirisi" olarak bilinen metnin bizzat PKK tarafından hazırlanmış olduğu şeklindeki hayali bir varsayımla, imzacıları mahkûm eden ağır ceza mahkemelerinden hiçbirinin, Savcılığın bu delilsiz iddiasınının gerçekliğini araştırmadığını şu şekilde tespit etmiştir: "Söz konusu delil ve değerlendirmelerin yargılamaların esasını doğrudan etkileyecek önemde olduğu tartışmasızdır. Bildiriye imza atanların çok sayıda mahkemede yargılandıkları düşünüldüğünde mahkemelerden hiçbirinin bu yönde bir araştırmaya ve değerlendirmeye gitmemiş olması anlaşılır değildir" (AYM, Füsün Üstel ve diğerleri kararı, başvuru no: 2018/17635, K.T. 26 Temmuz 2019, R.G. 19/9/2019 - 30893, p.94). Anayasa Mahkemesi'nin salt bu gözlemi dahi, son yıllarda bazı ilk derece mahkemeleri tarafından demokratik toplumun çoğulculuk ögesi içinde yer alan ve ifade özgürlüğü koruması altında olan görüşlerin hayali ve yapay gerekçelerle terörle nasıl ilişkilendirildiğini ve ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin nasıl göz göre göre altüst edildiğini teşhir etmektedir.

Görüldüğü gibi terör mevzuatı özellikle de terör örgütü üyeliği suçu evrensel tanımlarından oldukça farklı bir şekilde demokratik toplumun vazgeçilmez bileşeni olan demokratik muhalefeti susturma ve cezalandırma aracı olarak kullanılmaktadır. Yukarıda yer verilen istatistikler, bu suçların gerçekten kamu düzeni için tehdit oluşturan, kişilerin mal ve can güvenliğine karşı şiddete başvuran kişileri cezalandırmak için kullanılmadığını göstermektedir.

Bu tür suçlar, yürütme ve yönetimin politika ve icraatlarını eleştiren kişilere karşı öngörülemez şekilde kullanılarak; ifade ve örgütlenme özgürlükleri kapsamında korunan fiilleri cezalandırmak, böylece demokratik muhalefeti, olgu ve verilere dayalı eleştiriyi susturmak ve korkutmak için araçsallaştırılmaktadır. Getirilen düzenlemenin de aynı amaçları taşıdığı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bütün kamusal işlemlerde olduğu gibi, yasaların da kamu yararını gözetmesi gerekir. Demokratik hukuk devletinin ve demokratik toplumun temel bileşeni olarak ifade özgürlüğünü, herkes için ve özellikle de siyasi muhalifler açısından güvence altına almak; Anayasa madde 2 ve 13'ün olduğu kadar, madde 25 ve 26'nın da bir gereğidir. Yukarıda etraflıca açıklandığı gibi

Ülkemizde terör suçları kavramı, gerçekten Şiddete başvuran, kişilerin can ve mal güvenliğini tehdit eden kişileri cezalandırmaktan ziyade iktidarın politikalarına eleştirel yaklaşımı olan muhalif sesleri susturma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle terör suçlarından mahkûm olanların, diğer suçlu kategorilerine göre çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmasını öngören düzenlemenin demokratik toplum bakımından kamu yararı amacı taşımadığı açıktır. Aksine AİHM içtihatlarında sıklıkla vurgulanan caydırıcı etki doğuracağı ve kişileri görüşlerini açıklamaktan caydıracağı görülmektedir. Bu nedenle kamu yararı amacı taşımayan, yalnızca siyasal iktidarı elinde tutanların öznel çıkarlarına hizmet eden düzenleme, Anayasanın 2. maddesine ve ayrıca demokratik toplum gereklerini zedelediği için de, yine Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre hukuk önünde eşitlik ilkesi, herkesin mutlak olarak aynı kurallara tabi tutulmasını değil, benzer durumda olanların benzer muameleye tabi tutulmasını gerektirir. Ancak benzer durumdaki kişiler için farkı muamele öngörülmüşse bunun objektif nedenlere dayanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında benzer bir düzenlemeye ilişkin kararında cezanın caydırıcılığının ve suçlunun topluma uyum sağlayabilmesinin başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılmasının, ceza politikasının temel ilkesini oluşturduğunu belirterek toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlılığının, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olduğunu ve bu hususun devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine tabi olduğunu vurgulamıştır (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19,07,1991).

Bununla birlikte Mahkeme, cezanın infazının, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçladığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak da suçlunun topluma kazandırılması amacının gerçekleştirilebilmesinin suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme, suçlunun topluma kazandırılması amacı ile infaz hukuku arasında Şöyle bir ilişki kurmuştur:

“Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkûmların işledikleri suçlara göre bir ayırıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra Şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur.

Şartla salıvermede aĐdaŐ eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündendir. Bu yöntemde işlenen suçun, Şartla salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur.

Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında Şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.” (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19.07.1991, AMKD. S. 27, s. 473 vd.). Mahkeme böylece infaz

sisteminde işlenen suçun türüne göre farklı infaz rejiminin uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Aynı görüşü Mahkeme aynı düzenlemeye ilişkin başka bir kararında da sürdürmüştür (E. 1991/34, K. 1991/34, 8.10.1991, AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

Mahkemenin bu yaklaşımı da dikkate alındığında geçici 6. maddede öngörülen geçici denetimli serbestlik süresinden bazı suçlardan mahkûm olanların yararlanamayacağı anlamına gelmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi tamamen siyasi saiklerle cezalandırılan siyasi -haliyle fikri temele dayalı- suçluların, denetimli serbestlik kapsamı dışında tutularak daha uzun süre özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını gerektiren objektif ve haklı bir neden bulunmamaktadır.

Yine yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi uluslararası anlamından tamamen uzaklaştırılmış terör örgütü üyeliği kavramı ile anayasal güvence altındaki siyasi ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin demokratik muhalefeti nedeniyle çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını meşru ve haklı kılan objektif bir neden bulunmamaktadır ve söz konusu düzenlemeler, açıkça Anayasanın 10. Maddesine aykırıdır. Zira aynı ya da benzer durumda bulunan kişilerin aynı muameleye tabi tutulmasını zorunlu tutan hukuk önünde eşitlik ilkesi, objektif gerekçelere dayanmayan farklı muamelelere izin vermez. Aynı süre cezaya mahkûm edilmiş kişilerin, nesnel ve haklı bir temeli olmayan farklı düzenlemelerle hürriyetlerinden daha uzun süre mahrum bırakılmaları eşitlik ilkesini ihlal eder.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde 10 yıl hapis cezasına çarptırılan bir adi suçlu iki yıl cezaevinde kaldıktan sonra tahliye edilebilecek iken, yazdığı iki köşe yazısı dolayısıyla örgüte yardım suçundan mahkûm edilen ve 10 yıl hapis cezasına çarptırılan bir gazeteci en erken 7,5 yıl sonra tahliye edilebilecektir. Ayrıca gerçekten şiddet kullanan suç örgütü üyeleri bu düzenlemeden yararlanırken siyasi mahkûmlar, terör örgütüne yardım ettikleri gerekçesiyle söz konusu denetimli serbestlik düzenlemesinden yararlanamayacaklardır. Aynı durumda bulunan iki kategori hükümlü arasında suç tiplerine göre yapılan ayırım temelinde oluşturulan bu hukuki rejim farklılığı, açık bir şekilde eşitlik ilkesini ihlal etmektedir ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Ayrıca bu mahpus kişiler salgın nedeniyle ciddi bir risk altındadırlar. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, devletlere olumlu (pozitif) yükümlülükler de yüklemektedir. Özellikle öngörülebilir bir tehdidin söz konusu olduğu hallerde devletler yaşamsal risklere karşı gerekli önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü altındadırlar. Koronavirüs salgınının özellikle cezaevlerinde kalan kişiler için büyük risk oluşturduğu konusunda uluslararası kuruluşların uyarıları olduğu gibi 7242 sayılı yasanın zamanlaması ve diğer yasa tekliflerinin önüne çekilerek, milletvekillerinin maske takarak yoğun ve aralıksız bir yasama sürecinde kabul etmesi, covid-19 pandemisinin yarattığı kolektif riski mahpuslar açısından asgariye indirme çabasını göstermektedir. Bu kadar açık ve yakın bir tehdit ve tehlike karşısında hijyen ve sosyal mesafe tedbirlerine uyulmasının mümkün olmadığı cezaevlerinde mahpusların tutulmaya devam edilmesi, Anayasa madde 56'nın güvencelediği sağlık hakkını ve bunun yaşam hakkını tehdit ettiği varmış olması bakımından, yaşam hakkını da ihlal etmektedir ve düzenleme bu yönüyle de Anayasanın 17. maddesine aykırıdır. Kaldı ki, savaş, seferberlik ve olağanüstü hallerde bile "kişinin yaşama hakkına dokunulamaz" şeklindeki anayasal yasak, herkes için, her yerde ve her zaman yaşam hakkı güvencesi sağlar (Anayasa, m.15). Bu yasak ve güvence, Devlet'e bütün yurttaşlar için olduğundan daha çok mahpuslar için özgül pozitif yükümlülükleri beraberinde getirir. Bu yükümlülük Devlet için, Anayasa madde 5 gereği, hareket özgürlüğü yoksunluğundan koruyucu önlemler alma seçeneğinden bulunmayan

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

mahpuslar açısından azami bir yükümlülüğe dönüşür. Bu itibarla söz konusu ayrımcı düzenleme, Anayasa madde 17 ve 56'ya olduğu kadar Anayasa madde 5 ve 15'e de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 5275 sayılı Kanunun geçici 6. maddesinde yer alan iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2., 5.,10.,13., 15., 17. ve 56. maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir.

12)- 7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. Maddenin üçüncü fıkrası yönünden, "220 nci maddesinde" ibaresinin altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralar yönünden ve "ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan" ibaresinin 7. Maddenin ikinci fıkrası yönünden; altıncı fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. Maddenin üçüncü fıkrası yönünden ve "Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan" ibaresinin 7. Maddenin ikinci fıkrası yönünden Anayasaya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a geçici 9. madde eklenmiştir. İptali istenen kuralları içeren söz konusu 53. madde şöyledir:

"MADDE 53- 5275 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 9- (1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlardan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 30/3/2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanunun 39 ilâ 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır. 55 inci madde hükümleri saklıdır.

(2) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla 89 uncu maddede yapılan değişiklikler, 1/1/2021 tarihinden itibaren uygulanır.

(3) 105/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "beş gün"lük süre, 1/1/2021 tarihine kadar "yirmibeş gün" olarak uygulanır.

(4) 5237 sayılı Kanunun 102, 103, 104, 105 ve 188 inci maddelerinde düzenlenen suçlardan 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 28/6/2014 tarihinden önce işlenmiş olanlar için verilen süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranı üçte iki olarak uygulanır.

(5) Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere üç kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır.

(6) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmalarına bir yıl veya daha az süre kalanlar, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. Bu hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarında barındırılır. İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkra da belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkra da belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin hakkından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü 31/12/2020 tarihine kadar uygulanır.”.

Bu maddenin birinci fıkrası ile temel olarak 30.03.2020 tarihinden önce işlenmiş disiplin cezalarının ve tedbirlerinin infaz edilmiş olmak kaydıyla kaldırılması öngörülmüştür. Böylece iyi hal koşulunu sağlamış sayılan mahkûmların denetimli serbestlikten ve koşullu salıvermeden yararlanmaları mümkün olacaktır. Ancak bazı suçlardan mahkûm olanlar, bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Kapsam dışı bırakılan suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar şeklinde belirtilmiştir.

Aynı şekilde altıncı fıkrasında da belli koşulları sağlayan hükümlülerin açık ceza evlerine geçişine olanak tanınmıştır. Ancak bu fıkra kapsamında da bazı suçlardan mahkûm olanlar kapsam dışında bırakılmıştır. Kapsam dışı bırakılan suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar şeklinde belirtilmiştir.

Her iki fıkra da yapılan düzenlemeler, belli suç kategorisi içinde yer alan mahpusların erken tahliye edilmesi sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık, TCK'nın 314.maddesinin üçüncü fıkrası ve 220. maddenin altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarında düzenlenen ve TMK'nın 7. Maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve temel olarak ifade özgürlüğü kapsamındaki fikir ve görüş açıklamaları ya da gazetecilik faaliyetleri kapsamındaki fiilleri dolayısıyla mahkûm edilen kişilerin öngörülen hükümlerin dışında bırakılması, Anayasa'ya aykırıdır.

Yukarıda defalarca açıklandığı gibi terör mevzuatı, özellikle de terör propagandası ya da terör örgütüne yardım veya örgüt adına suç işleme suçları, uluslararası hukuk ve düzenleme tanımlarından oldukça farklı bir şekilde demokratik muhalefeti susturma ve cezalandırma aracı olarak kullanılmaktadır. Yukarıda yer verilen istatistikler bu suçların gerçekten kamu düzeni için tehdit oluşturan, kişilerin mal ve can güvenliğine karşı şiddete başvuran kişileri cezalandırmak için kullanılmadığını göstermektedir.

Bu suç türleri, siyasal iktidarın, söz ve yazıları, eleştirileri nedeniyle rahatsızlık duyduğu kişiler için öngörülemeyen şekilde kullanılarak ifade ve örgütlenme özgürlükleri kapsamında korunan fiilleri ve fikirleri cezalandırmak, böylece muhalefeti ve objektif eleştiriyi susturmak ve korkutmak için kullanıldığını göstermektedir. Getirilen düzenlemenin de aynı amaçları taşıdığı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bütün kamusal işlemlerde olduğu gibi, yasaların da kamu yararını gözetmesi gerekir. Demokratik hukuk devletinin temellerinden biri ve demokratik toplumun temel taşı olarak ifade özgürlüğü; herkes için ve özellikle de siyasi muhalifler bakımından güvence altındadır. Yukarıda etraflıca açıklandığı gibi ülkemizde terör suçları kavramı, gerçekten şiddete başvuran, kişilerin can ve mal güvenliğini tehdit eden kişileri cezalandırmaktan ziyade iktidarın politikalarına eleştirel yaklaşımı olan muhalif sesleri susturma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle terör suçlarından mahkûm olanların çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmasını öngören düzenlemenin kamu yararı amacı taşımadığı açıktır. Aksine AİHM içtihatlarında sıklıkla vurgulanan caydırıcı etki doğuracağı ve kişileri görüşlerini açıklamaktan caydıracağı görülmektedir. Bu nedenle kamu yararı amacı taşımayan ve daha çok, yönetimde bulunanların siyasal münavebeyi zorlaştırma hedeflerine hizmet eden düzenleme, hukuk devleti ile olduğu kadar demokratik toplum düzeninin gerekleri ile de bağdaşmadığından, Anayasanın 2. ve 13. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen düzenleme, Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre hukuk önünde eşitlik ilkesi, herkesin mutlak olarak aynı kurallara tabi tutulmasını değil, benzer durumda olanların benzer muameleye tabi tutulmasını gerektirir. Ancak benzer durumdaki kişiler için farklı muamele öngörülmüşse bunun objektif ve haklı nedenlere dayanması gerekir. Vurgulamak gerekir ki, hükümlü mahpusluk, tipik bir benzerlik statüsüdür.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında benzer bir düzenlemeye ilişkin kararında cezanın caydırıcılığının ve suçlunun topluma uyum sağlayabilmesinin başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılmasının, ceza politikasının temel ilkesini oluşturduğunu belirterek toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığının, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olduğunu ve bu hususun devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine tabi olduğunu vurgulamıştır (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19,07,1991).

Bununla birlikte Mahkeme, cezanın infazının, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçladığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak da suçlunun topluma kazandırılması amacının gerçekleştirilebilmesinin suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme, suçlunun topluma kazandırılması amacı ile infaz hukuku arasında şöyle bir ilişki kurmuştur:

“Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkûmların işledikleri suçlara göre bir ayırıma gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur.

Şartla salıvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündendir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur.

Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.” (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19.07.1991, AMKD. S. 27, s. 473 vd.). Mahkeme, böylece infaz sisteminde işlenen suçun türüne göre farklı infaz rejiminin uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Aynı görüşü Mahkeme aynı düzenlemeye ilişkin başka bir kararında da sürdürmüştür (E. 1991/34, K. 1991/34, 8.10.1991, AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

Mahkemenin bu yaklaşımı ışığında, geçici 9. maddede öngörülen disiplin affından ve açık cezaevine geçme olanağından bazı suçlardan mahkûm olanların yararlanamayacak olması, eşitlik ilkesine aykırılık ve ayrımcılık oluşturmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi tamamen siyasi saiklerle cezalandırılan siyasi suçluların getirilen af düzenlemelerinin kapsamı dışında tutularak daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını gerektiren objektif ve haklı bir neden bulunmamaktadır.

Yine tekrar tekrar vurgulandığı üzere, uluslararası anlamından tamamen uzaklaştırılmış terör suçları kavramı ile anayasal güvence altındaki siyasi ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin demokratik muhalefet nedeniyle çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını meşrulaştıran objektif bir neden bulunmamaktadır ve söz konusu düzenlemeler açıkça Anayasa'nın 10. Maddesine aykırıdır. Zira, aynı ya da benzer durumda bulunan kişilerin aynı muameleye tabi tutulmasını gerekli kılan hukuk önünde eşitlik ilkesi, objektif gerekçelere dayanmayan farklı muamelelere izin vermez. Aynı süre cezaya mahkûm edilmiş kişilerin, meşru ve haklı nedenlere dayanmayan farklı düzenlemelerle hürriyetlerinden daha uzun süre mahrum bırakılmaları eşitlik ilkesini ihlal eder. Bu nedenle, iptali istenen düzenleme, açık bir şekilde eşitlik ilkesini ihlal etmektedir ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Ayrıca bu kişiler salgın nedeniyle ciddi bir risk altındadırlar. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı Türkiye Cumhuriyeti'ne önleyici önlemler alma yönünde olumlu (pozitif) yükümlülükler yüklemektedir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 2 uygulamasında da, özellikle öngörülebilir bir tehdidin söz konusu olduğu hallerde taraf devletler, yaşamsal risklere karşı gerekli önleyici tedbirleri alma yükümlülüğü altındadırlar. Koronavirüs salgınının özellikle mahpuslar için büyük risk oluşturduğu konusunda uluslararası kuruluşların uyarıları vardır. Nitekim, yukarıda açıklandığı üzere, 7242 sayılı yasanın zamanlaması ve öneri aşamasından TBMM Genel Kurulu'nda görüşme ortam ve koşullarına kadar -kabul edilmesi dahil sosyal mesafe kuralları eşiğinde cereyan eden- yasama tarzı, ancak covid-19 pandemisi ile açıklanabilir. Buna karşın ve bu denli açık bir tehdit karşısında hijyen ve sosyal mesafe tedbirlerine uyulmasının mümkün olmadığı “mahpus mesafesi” koymanın mümkün olmadığı cezaevlerinde kişilerin tutulmaya devam edilmesi, yaşam hakkı için yakın ve ciddi bir tehdit oluşturduğundan, bu düzenleme, sağlık hakkını güvenceleyen Anayasa m.56'ya ve bunun yaşam hakkını tehdit eşiğine varmış olması nedeniyle de Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. Öte yandan, yine önceki başlıkta değinildiği üzere; yaşam hakkının, her zaman, her yerde ve herkes için geçerli olacak şekilde, insan haklarının sert çekirdeği olarak herhangi bir sapma kabul etmeyen hak niteliğiyle korunması gerektiğinden, mahpuslar arasında bu bakımdan ayırım yapılması, Anayasa madde 5, 10, 15 ve 17 ile 56'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 5275 sayılı Kanunun geçici 9. maddesinde yer alan iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 15., 17. ve 56. maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir.

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

13)- 7242 sayılı Kanun'un 63. maddesiyle 5607 sayılı Kanun'a eklenen geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

5607 sayılı yasaya eklenen geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesiyle, daha önce AYM tarafından iptal edilmiş olan şu hüküm aynen yeniden yasalaştırılmıştır: "Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar ise gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir".

Anayasa Mahkemesi'nin 5.4.2007 tarihli 2005/127 E. 2007/42 K. numaralı kararı benzer bir düzenlemeye ilişkindir.

AYM kararına konu olan 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ilk derece mahkemelerince karar verilmiş olup, temyiz edilmekle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş bulunun dava dosyalarından, lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan ilgili mahkemesine iade edilebilir. Bu halde, mahkemesince duruşma yapılarak karar verilir."

15.4.2020 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 7242 sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 63. maddesi ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa eklenen geçici madde aşağıdaki gibidir:

"GEÇİCİ MADDE 12 – (1) Haklarında hüküm verilmiş olup da dosyası infaz aşamasında olanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren doksan gün içinde suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar parayı Devlet Hazinesine ödedikleri takdirde Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeden faydalanabilir.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte bu Kanunun kapsamına giren suçlardan dolayı kanun yolu incelemesinde bulunan dosyalardan, 3'üncü ve 5 inci maddede bu maddeyi ihdas eden Kanunla yapılan düzenlemeler nedeniyle lehe değerlendirme yapılması gereken dosyalar hakkında bozma kararı verilir. Yargıtay Cumhuriyet başsavcılığında bulunan dosyalar ise gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir."

AYM'nin adı geçen kararının ilgili kısmı da şu şekildedir:

"Anayasa'nın 6. maddesinde, hiç kimsenin veya organın kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı; 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı; 154. maddesinin birinci fıkrasında da, mahkemelerce verilen kararların son inceleme yerinin Yargıtay olduğu hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu kural, ilk derece mahkemelerince verilip temyiz edilen hükümlerde başlamış olan temyiz sürecini sonlandırarak, Ceza Yargılaması Yasası sistemine uygun olmayan biçimde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını, ilk hükmün ortadan kalkmasına ve yeni bir hüküm kurulmasına neden olan karar mercii konumuna getirmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesi olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilen yetki, bu madde ile yapılan düzenleme ile yinelenmiştir. Kanunların Anayasa'ya uygun bir şekilde çıkarılması, TBMM'nin asli görevi olup; AYM tarafından iptal edilmiş bir düzenlemenin hemen aynısının burada yer alması, Anayasa sadakat andı ile de bağdaşmamaktadır. Geçici 12. madde ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilen yetki Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da dikkate alındığında ve Anayasa'nın 154. maddesinin açık düzenlemesi olan mahkemelerce verilen kararların son inceleme yerinin Yargıtay olduğu hükmüne açık bir aykırılıktır. Bütün bunların ötesinde Anayasa madde 153/son açıkça ihlal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı yok sayılarak, 5607 sayılı Kanun'a eklenen geçici 12. maddeye koyulan “Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyalar ise gelişlerindeki usule uygun olarak ilk derece mahkemelerine gönderilir” şeklindeki kural, daha önce iptal nedenini oluşturan Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırı olduğu gibi, Anayasa, m.153/sona da aykırı olup, iptal edilmelidir.

14)- 7242 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle 3713 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlenin 3. maddede yer alan “314” ibaresinin üçüncü fıkra yönünden ve 7. maddenin ikinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırılığı

7242 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinin birinci fıkrasına “Ancak, süreli hapis cezaları bakımından düzenlenen koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak uygulanır.” cümlesi eklenerek, TMK kapsamındaki suçlardan mahkûm olunan süreli hapis cezaları bakımından koşullu salıverilme oranının dörtte üç olarak uygulanması öngörülmüştür.

Yukarıda açıklandığı gibi, 7242 sayılı Kanun'la yapılan değişikliklerle infaz sisteminde koşullu salıverme oranları değişik suçlar bakımından oldukça farklı düzenlenmiştir. Verilen süreli hapis cezasının süresinden bağımsız olarak koşullu salıverme oranları bazı suçlar için ½, bazı suçlar için 2/3 iptali istenen kuralları içeren düzenleme ile TMK kapsamındaki suçlar için ise ¾ olarak uygulanacağı öngörülmüştür. Yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen kurallar ifade özgürlüğü kapsamında korunan fikir ve düşünce açıklamalarını evrensel terör tanımından uzaklaşarak muhalifleri cezalandırma aracına dönüşmüştür. Hiçbir şekilde şiddetle ya da şiddet savunusu ile bağlantısı olmayan, yalnızca eleştirel tutumları ve muhalif konumları dolayısıyla pek çok kişi iptali istenen kurallar çerçevesinde yargılanmakta ve mahkûm edilmektedir. Bu kişilerin sırf muhalif olduğu için daha fazla cezaevinde tutulmalarının objektif bir temeli bulunmamaktadır. Bu çerçevede örgütlü suçlar bakımından terör örgütleri ile diğer suç örgütleri arasında da koşullu salıverilme açısından ciddi bir farklılık yaratılmıştır. Buna göre, suç örgütleri açısından koşullu salıverilme oranı 2/3 olarak düzenlenmiş iken, terör örgütleri açısından ise ¾ olarak öngörülmüştür. Oysa terör suçlarında zaten cezalar diğer suç örgütlerine göre TMK'nın 5. maddesi uyarınca ½ oranında artırılarak verilmektedir. Dolayısıyla silahlı suç örgütüne üyelik dolayısıyla alt sınırdan beş yıl ceza verilirken, salt eleştirel birkaç yazı yazdığı veya sosyal medya paylaşımında bulunduğu için terör örgütüne yardım suçlamasıyla terör örgütü üyesi gibi cezalandırılan bir kişiye 7,5 yıl hapis cezası verilecektir. Herhangi bir indirim veya artırım uygulanmadığını varsayarsak silahlı suç örgütü üyesi 40 ay sonra koşullu salıverme ile tahliye olurken terör örgütüne yardım ettiği gerekçesiyle 7.5 yıl ceza verilen bir kişi ancak 67,5 ay sonra koşullu salıverme olanağına sahip olacaktır.

Bu durumu daha da ağırlaştırılan temel sorun ise, ülkemizde terör kavramının, uluslararası tanımlardan oldukça farklı bir şekilde, hiçbir şekilde şiddete bulaşmamış, demokratik toplumun gereği olarak sadece yazı yazmış, fikir beyan etmiş ya da herhangi bir şekilde muhalif tavır almış kişiler için çok kolay bir şekilde uygulanabiliyor olmasıdır. Son yıllarda terör örgütü üyeliği, terör propagandası ya da terör örgütüne yardım suçlarından açılan soruşturma, kovuşturma ve mahkûmiyet sayıları; dünya ölçeğinde, demokratik hukuk devletleriyle kıyaslanamayacak şekilde, bir rekor kırıldığını göstermektedir.

Yukarıda verilen istatistiklerden de görüldüğü gibi son yıllarda soruşturma ve kovuşturma sayılarında oldukça yüksek bir artış söz konusudur. Bunda darbe girişiminin etkisi olduğu açıktır. Ancak açılan soruşturmalarda ve verilen kararda uluslararası hukuk ilkelerinden belirgin ve açık sapmalar olduğu yönünde çok ciddi kaygılar vardır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mijatovic son Türkiye ziyaret raporunda şu değerlendirme bulunmuştur:

“40. Bu gelişmelerin sonucunda, Komiser, bilhassa OHAL’in başlangıcından beri, savcılarının ve giderek artan bir şekilde mahkemelerin de, terörist veya suç örgütü üyesi addettikleri kişilere karşı suç tanımının kapsamını gittikçe genişlettiklerini gözlemler. Bu çerçevede, son yıllarda, Türk adalet sistemine aşına olanlar için bile öngörülebilir olmayan ceza yargılamaları başlatılmıştır. Meselenin boyutunu göstermesi bakımından, Komiser, resmi istatistiklere göre 2018’de, silahlı suç örgütlerine üyeliği ilgilendiren TCK 314. madde uyarınca 43 553, Terörle Mücadele Kanunu altında 2 280 hapis cezasına mahkûmiyet kararı verildiğini kaydeder. Komiser, ayrıca, bu döneme Türk hukuk düzenine yeni, yetersiz bir şekilde tanımlanmış kavramların girişinin eşlik ettiğini not eder. Bunlar hukuka uygun eylemler ile suç teşkil eden eylemler arasındaki ayrımı iyice muğlak hale getirmiş görünen “iltisak” ve “irtibat” kavramlarıdır.”³

Son yıllarda pek çok uluslararası gözlemci Türkiye’de terör kavramının amacı dışında kullanıldığı yönünde tespitlerde bulunmuştur. Venedik Komisyonu, 2016 yılında TCK’nın 314 maddesi de dahil olmak üzere bazı maddelerini (halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeyi ve toplumun belirli kesimlerini aşağılamayı cezalandıran 216. madde; silahlı suç örgütlerine ilişkin 220. madde; Cumhurbaşkanı’na hakareti düzenleyen 299. madde; Türk milletini, devleti ve kurumlarını aşağılamayı düzenleyen 301. madde; silahlı suç örgütüne üyeliğe ilişkin 314. madde) inceleyen bir görüş yayınlamıştır. Venedik Komisyonu bu görüşünde söz konusu maddelerin lafzında yapılan bazı olumlu değişikliklere ve Yargıtay’ın uygulamayı iyileştirme çabalarına rağmen, ilerlemenin açıkça yetersiz kaldığını ve bütün bu maddelerin orantısız yaptırımlara imkân vermeye devam ettiğini, AİHS ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin koruması altındaki fiilleri cezalandıracak şekilde çok geniş yorumlandığı ve uygulandığı sonucuna varmıştır.⁴ AİHM, yakın tarihli Selahattin Demirtaş (2) ve Kavala kararlarında, Türkiye’nin, siyasi muhalefeti ve insan hakları savunucularını susturmak için hak sınırlama yetkisini kötüye kullanarak AİHS’nin (5. maddeyle bütünleşik olarak) 18. maddesini ihlal ettiğini saptamıştır (AİHM, Selahattin Demirtaş-Türkiye (no 2), başvuru no : 14305/17, 20 Kasım 2018, p.242-274; AİHM, Kavala-Türkiye, başvuru no: 28749/18, 10 Aralık 2019, p.197-232). Kamu makamlarının hak sınırlama yetkilerini kötüye kullandıklarına ilişkin bu tür tespitlerin Türkiye açısından ne ölçüde ağır bir kınama oluşturdukları izahtan varestedir.

Türkiye’de son yıllarda iddianamelerin ve ceza yargılamalarının siyasi saiklerle, adil yargılanma hakkı gereklerine taban tabana zıt şekilde gerçekleştirildiği bir vakıadır. Siyasi muhaliflere yönelik olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 170. maddesine, AİHM ve AYM

kararlarına apaçık şekilde aykırı olarak oluşturulan iddianamelere dayalı olarak gerçekleştirilen ceza yargılamaları ve Anayasa madde 19 ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesindeki tutuklama nedenlerinin var olup olmadığını dikkate almadan otomatik şekilde gerçekleştirilen tutuklamalar ile; yargının, demokratik muhalefete karşı siyasal bir cezalandırma aygıtı gibi işletildiği çok sayıda örnek vardır. Anayasa Mahkemesi, geçen yıl verdiği Füsun Üstel ve diğerleri kararında, kamuoyunda "Barış İçin Akademisyenler Bildirisi" olarak bilinen metnin bizzat PKK tarafından hazırlanmış olduğunu kabul edip, imzacıları mahkûm eden ağır ceza mahkemelerinden hiçbirinin, Savcılığın bu delilsiz iddiasının gerçekliğini araştırmadığını şu şekilde tespit etmiştir: "Söz konusu delil ve değerlendirmelerin yargılamaların esasını doğrudan etkileyecek önemde olduğu tartışmasızdır. Bildiriye imza atanların çok sayıda mahkemede yargılandıkları düşünüldüğünde mahkemelerden hiçbirinin bu yönde bir araştırmaya ve değerlendirmeye gitmemiş olması anlaşılır değildir" (AYM, Füsun Üstel ve diğerleri kararı, başvuru no: 2018/17635, K.T. 26 Temmuz 2019, R.G. 19/9/2019- 30893, p.94). Anayasa Mahkemesi'nin salt bu gözlemi dahi, son yıllarda bazı ilk derece mahkemeleri tarafından muhalif görüşlerin hayali ve yapay gerekçelerle terörle nasıl ilişkilendirildiğini ve ceza hukukunun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin yargı yoluyla nasıl askıya alındığını veya ortadan kaldırıldığını teşhir etmektedir.

Değinen bu Anayasa dışı uygulamalar da, 7242 sayılı Kanun m. 65 ile koşullu salıverme oranlarında yapılan değişikliklerle yaratılan suçlara dayalı farklılığın Anayasa'ya aykırılığını apaçık bir biçimde ortaya koymaktadır. Getirilen düzenleme ile oluşturulan üç farklı oran, ne meşru ve haklı bir nedene ne de nesnel bir temele dayanmaktadır. Aynı sürelerde hapis cezası almış farklı suç failleri arasındaki muamele farklılığını haklı kılacak nesnel bir ölçüt bulunmamaktadır. Oysa; infaz hukukuna ilişkin düzenlemelerin suç tiplerine ilişkin sınıflamalardan değil, suçlu kişiden hareket etmesi gerekir. Bu düzenlemeler, Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına açıkça aykırıdır.

Bu tür suçlar, yürütme ve yönetimin politika ve icraatlarını eleştiren kişilere karşı öngörülemez şekilde kullanılarak; ifade ve örgütlenme özgürlükleri kapsamında korunan fiilleri cezalandırmak, böylece demokratik muhalefeti, olgu ve verilere dayalı eleştiriye susturmak ve korkutmak için araçsallaştırılmaktadır. Getirilen düzenlemenin de aynı amaçları taşıdığı açıktır.

Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak bütün kamusal işlemlerde olduğu gibi, yasaların da kamu yararını gözetmesi gerekir. Demokratik hukuk devletinin temellerinden biri, ifade özgürlüğünü herkes için, özellikle de siyasi muhalifler için güvence altına almaktır. Yukarıda etraflıca açıklandığı gibi ülkemizde terör suçları kavramı, gerçekten şiddete başvuran, kişilerin can ve mal güvenliğini tehdit eden kişileri cezalandırmaktan ziyade iktidarın politikalarına eleştirel yaklaşımı olan muhalif sesleri susturma aracı olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle terör suçlarından mahkûm olanların çok daha uzun süre hürriyetlerinden yoksun bırakılmasını öngören düzenlemenin kamu yararı amacı taşımadığı açıktır. Aksine AİHM içtihatlarında sıklıkla vurgulanan caydırıcı etki doğuracağı ve kişileri görüşlerini açıklamaktan caydıracağı görülmektedir. Bu nedenle kamu yararı amacı taşımayan, yalnızca siyasal iktidarı elinde tutanların öznel çıkarlarına hizmet eden düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesine ve –çoğulculuk, hoşgörü ve açıklık düşüncesi ile tanımlanan- demokratik toplum düzenine zarar verdiği için de Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre hukuk önünde eşitlik ilkesi herkesin mutlak olarak aynı kurallara tabi tutulmasını değil, benzer durumda olanların

benzer muameleye tabi tutulmasını gerektirir. Ancak benzer durumdaki kişiler için farkı muamele öngörülmüşse bunun objektif nedenlere dayanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında benzer bir düzenlemeye ilişkin kararında cezanın caydırıcılığının ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesinin başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılmasının, ceza politikasının temel ilkesini oluşturduğunu belirterek toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığının, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırılmasına esas olduğunu ve bu hususun devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine tabi olduğunu vurgulamıştır (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19,07,1991).

Bununla birlikte Mahkeme, cezanın infazının, işlenen suçun türüne bağlı olmaksızın, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçladığını belirtmiştir. Buna bağlı olarak da suçlunun topluma kazandırılması amacının gerçekleştirilebilmesinin suça bağlı kalmadan ayrı bir programın uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme, suçlunun topluma kazandırılması amacı ile infaz hukuku arasında şöyle bir ilişki kurmuştur:

“Tüm çabalar, suçlunun uyumsuzluğuna neden olan psikolojik, çevresel, sosyal ve kişisel etkenlerin belirli bir infaz programı içinde giderilerek, suça yeniden yönelmesini önlemektir. Bu program, suça göre değil, suçlunun infaz süresince gösterdiği davranışlarına ve gözlenen iyi durumuna göre düzenlenecektir. Bu da infazın, mahkûmların işledikleri suçlara göre bir ayırımı gidilmeden, aynı esaslara ve belirli bir programa göre yapılmasını ve sonuçlarının gözlenmesini gerektirir. Aynı miktar cezayı alan iki hükümlüden birinin, sırf suçunun türü nedeniyle daha uzun süre ceza çektikten sonra şartla salıverilmesi, cezaların farklı çektirilmesi sonucunu doğurur ve bu iki mahkûm arasında eşitsizliğe neden olur.

Şartla salıvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündendir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur.

Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.” (AYM, E.1991/17, K.1991/23, 19.07.1991, AMKD. S. 27, s. 473 vd.). Mahkeme böylece infaz sisteminde işlenen suçun türüne göre farklı infaz rejiminin uygulanmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Aynı görüşü Mahkeme aynı düzenlemeye ilişkin başka bir kararında da sürdürmüştür (E. 1991/34, K. 1991/34, 8.10.1991, AMKD. S. 27, s. 571 vd.).

Mahkemenin bu yaklaşımı da dikkate alındığında 3713 sayılı Kanun kapsamındaki iptali istenen suçlardan mahkûm olanlar ile diğer suçlardan aynı süreli hapis cezasına mahkûm olanlar arasında yaratılan farklılığı haklı kılan objektif bir neden olduğunu söylemek mümkün değildir.

TMK'da düzenlenen iptali istenen suçlardan mahkûm olanların adi suçlara göre zaten çok yüksek olan cezalarının çok daha yüksek bir oranını cezaevinde geçirmelerini gerektiren objektif bir neden bulunmamaktadır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi tamamen uluslararası anlamından uzaklaştırılmış terör kavramı ile anayasal güvence altındaki siyasi ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin siyasi muhalefetleri dolayısıyla çok daha uzun süre

hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını meşrulaştıran objektif bir neden bulunmamaktadır ve söz konusu düzenlemeler, açıkça Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Zira, aynı ya da benzer durumda bulunan kişilerin aynı muameleye tabi tutulmasını zorunlu tutan hukuk önünde eşitlik ilkesi, haklı gerekçelere dayanmayan farklı muamelelere izin vermez. Aynı süre cezaya mahkûm edilmiş kişilerin, objektif bir temeli olmayan farklı düzenlemelerle hürriyetlerinden daha uzun süre mahrum bırakılmaları eşitlik ilkesini ihlal eder.

Açıklanan nedenlerle 7242 sayılı Kanun'un 65. maddesiyle 3713 sayılı Kanun'un 17. maddesine eklenen cümlede yer alan iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırıdır ve iptalleri gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun pek çok maddesinin açıkça Anayasa'ya aykırı olduğu yukarıda etraflı bir şekilde açıklanmıştır. Ayrımcı nitelikte hükümler içeren ve salgın döneminde pek çok insanın yaşamını tehlikeye atan düzenlemelerin uygulanmasıyla telafisi imkânsız zararlar doğmuş bulunmaktadır. Bu nedenle acilen görüşülerek iptaline karar verilmesi gerekir. Ancak Mahkemenin hemen karar vermemesi halinde doğacak zararları önlemek amacıyla derhal yasanın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi gerekir.

Anayasal gereklere uymadan kabul edilen ve iptal edilmesi gereken bir kuralın uygulanması halinde telafisi imkânsız zararların doğacağı açıktır. Bu nedenle ivedilikle yürürlüğünün durdurulması gerekir.

Diğer taraftan Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanmadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, açıkça Anayasa'ya aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

- A- Tümünün, Anayasanın 87. ve 88. maddelerine,
- A- Aşağıdaki maddelerinin;

1-) 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin yeniden düzenlenen dördüncü fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine,

2-) 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 112. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlenin, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine,

3-) 18. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 14. maddesine eklenen altıncı fıkranın, Anayasa'nın 2., 19. ve 38. maddelerine,

4-) 23. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 37. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümledeki "duruşma," ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine,

5-) 25. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "n" bendinin, Anayasa'nın 13. ve 19. maddelerine,

6-) 31. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 61. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan "ve 62. maddedeki şartları taşıyan" ibaresinin, Anayasa'nın 7., 10., 13., 25, 26., 27., 28. ve 29. maddelerine,

7-) 32. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin üçüncü fıkrası ile aynı maddeye eklenen dördüncü fıkranın, Anayasa'nın 7., 10., 13., 25., 26., 27., 28. ve 29. maddelerine,

8-) 37. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 92. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Terör ve örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen" ve "sulh ceza hâkimi" ibarelerinin, Anayasa'nın 17., 19., 36. ve 38. maddelerine,

9-) 46. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin yedinci fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesine,

10-) 48. maddesiyle değiştirilen 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine,

11-) 52. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 6. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. maddenin üçüncü fıkrası yönünden, "ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar" ibaresinin 7. maddenin ikinci fıkrası yönünden; ikinci fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. maddenin üçüncü fıkrası yönünden ve "Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar" ibaresinin 7. maddenin ikinci fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2., 5.,10.,13., 15., 17. ve 56. maddelerine,

12-) 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. maddenin üçüncü ikinci fıkrası yönünden, "220. maddesinde" ibaresinin altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralar yönünden, "ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan" ibaresinin 7. maddenin ikinci fıkrası yönünden; altıncı fıkrasında yer alan "Beşinci" ibaresinin 314. maddenin üçüncü fıkrası yönünden ve "Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar" ibaresinin 7. maddenin ikinci fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 15., 17. ve 56. maddelerine,

13-) 63. maddesiyle 5607 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 6., 9., 153. ve 154. maddelerine,

14-) 65. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlelerin 3. maddede yer alan "314" ibaresinin üçüncü fıkrası yönünden ve 7. maddesinin ikinci fıkrası yönünden, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine,

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

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

Ek Dilekçe

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA

İşbu dilekçenin sunulmasının amacı, 7256 sayılı Kanunun değişiklik yaptığı bir maddenin daha önce 7242 sayılı Kanuna ilişkin (esas yönünden) iptal ve yürürlüğün durdurulması talebimize konu olmuş olmasıdır.

Şöyle ki; 7256 sayılı Kanunun 31. maddesi ile; 7242 sayılı Kanunun 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’a eklenen geçici 9. maddesinde bazı ibare değişiklikleri yapılmış olup söz konusu geçici 9. maddede yer alan bazı ibarelerin (esas yönünden) iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle mahkemeniz nezdinde dava açılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla halen Anayasa Mahkemesinin görüşmekte olduğu bir başvuruya konu maddede 7256 sayılı Kanun ile “*değişiklik*” yapılmış olmaktadır.

Yüce Mahkemenizin müstakar hale gelmiş kararları göz önüne alındığında iptal talebine konu bir maddede daha sonra bir değişiklik yapıldığında söz konusu başvuruya ilişkin olarak “*Konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” şeklinde kararlar verilmektedir.

Dolayısıyla 7242 sayılı Kanun ile ilgili olarak açılmış olan davada da bu yönde karar verilmesinin muhtemel olduğu değerlendirildiğinden işbu dilekçenin Yüce Mahkemenize sunulması gereği doğmuştur.

Aşağıda öncelikle 7242 sayılı Kanun ile ilgili olarak yapılmış olan başvuruya ilişkin bilgiler verilecek, örnek iki Anayasa Mahkemesi Kararına değinilecek ve daha sonra genel bir değerlendirme yapılarak talebimiz açıklanacaktır.

7242 sayılı Kanuna İlişkin Başvuru:

14/04/2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanunun bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından mahkemeniz nezdinde 11/06/2020 tarihinde(esas yönünden) iptal davası açılmış bulunmaktadır.

7242 sayılı Kanunun (esas yönünden) iptali istenen hükümleri arasında 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’a eklenen geçici 9. maddesinde yer alan bazı ibareler de yer almaktadır.

Söz konusu başvurumuz mahkemeniz nezdinde henüz karara bağlanmamışken 7256 sayılı Kanunun 31. maddesi ile 7242 sayılı Kanunun 53. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’a eklenen geçici 9. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Böylece 7242 sayılı Kanunun, iptal ve yürürlüğünün durdurulması istemine konu olan bir maddesi “*değiştirilmiş*” bulunmaktadır.

Daha Önce Verilen Benzer Kararlar:

Mahkemeniz tarafından verilen “*Konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” şeklindeki kararlarla ilgili hususun daha sağlıklı olarak

Esas Sayısı : 2020/53

Karar Sayısı : 2021/55

değerlendirilebilmesi amacıyla öncelikle kısaca Anayasa Mahkemesinin daha önce benzer durumlarda verdiği örnek iki karara değinmek uygun olacaktır.

İlk olarak Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından 6721 sayılı Türkiye Maarif Vakfı Kanununun çeşitli hükümlerinin iptal edilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin olarak verilen Esas No: 2016/159 Karar No: 2018/108 sayılı karar örnek olarak verilebilir. Söz konusu karar 10/01/2019 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

Dava dilekçesiyle Kanundaki “*Milli Eğitim Bakanlığı ’nın uygun gördüğü yurt dışında kamuya ait varlıklar Bakanlar Kurulu kararı ile bedelsiz olarak Türkiye Maarif Vakfına devredilir*” cümlesinin iptali istenmiştir.

Başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir.

“J. Kanun’un Geçici 1. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin “...Millî Eğitim Bakanlığının uygun gördüğü yurt dışında kamuya ait varlıklar Bakanlar Kurulu kararı ile bedelsiz olarak Türkiye Maarif Vakfına devredilir.” Bölümünün İncelenmesi

100. Dava konusu kuralda yer alan “...Bakanlar Kurulu...” ibaresi 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 156. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle “...Cumhurbaşkanı...” şeklinde değiştirilmiştir.

101. Bu nedenle konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.”

Görüldüğü üzere iptal dilekçesinin mahkemeye sunulmasından sonra geçen zamanda, Anayasa değişikliğiyle getirilen yeni Cumhurbaşkanlığı sistemine uyum amacıyla yapılan değişiklikler kapsamında bu maddede de bir ibare değişikliği yapılmış ve “Bakanlar Kurulu” ibaresi “Cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu hususu gerekçe göstererek başvurunun esasına hiç girmeden “*konusu kalmayan kurala ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” karar vermiştir. Hâlbuki yapılan değişikliğe bakıldığında bu değişikliğin başvurunun esasını hiç değiştirmediği ve iptal dilekçesinde değinilen hususlarla hiç ilgili olmadığı açıktır. Ancak buna karşın Anayasa Mahkemesi bu basit ibare değişikliği nedeniyle iptali istenen kuralın “konusunun kalmadığı” ve dolayısıyla da “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde karar vermiştir.

İkinci olarak yine Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekilleri tarafından 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun çeşitli hükümlerinin iptal edilmesi istemiyle açılan davaya ilişkin olarak verilen Esas No: 2016/179 Karar No: 2017/176 sayılı karar örnek olarak verilebilir. Söz konusu karar 08/02/2018 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

Dava dilekçesiyle 6740 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 4632 sayılı Kanuna eklenen ek 2. maddenin birinci ve beşinci fıkralarındaki bazı cümle ve ibarelerin iptali istenmiştir.

Başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kararın ilgili kısmı aşağıdaki gibidir.

“A. Kanun’un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun’a Eklenen Ek 2. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

3. Dava konusu kural, 18.1.2017 tarihli ve 6770 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 18. maddesiyle değiştirilmiştir. Bu nedenle konusu kalmayan cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.”

Görüldüğü üzere iptal dilekçesinin mahkemeye sunulmasından sonra geçen zamanda bu maddede de bir değişiklik yapılmıştır. Ancak yapılan değişiklik aslında bir değişiklik değil maddenin birinci cümlesine “ile 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamında kurulmuş olan sandıkların iştirakçisi olarak çalışmaya başlayanlar,” ibaresinin eklenmesinden ibarettir. Anayasa Mahkemesi ibare eklenmesi hususunu gerekçe göstererek başvurunun esasına hiç girmeden “konusu kalmayan cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına” karar vermiştir. Hâlbuki yapılan değişikliğe bakıldığında bu değişikliğin iptali istenen hususu ve dolayısıyla başvurunun esasını hiç değiştirmedigi, iptal dilekçesinde değinilen hususlarla hiç ilgili olmadığı ve sadece maddedeki uygulamanın kapsamını genişleten ibare eklenmesinden ibaret olduğu açıktır. Ancak buna karşın Anayasa Mahkemesi bu ibare eklenmesi hususu nedeniyle de iptali istenen kuralın “konusunun kalmadığı” ve dolayısıyla da “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde karar vermiştir.

Genel Değerlendirme:

Doktrinde, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararların bir kısmı Anayasa’da düzenlenmediği halde Anayasa Mahkemesi tarafından içtihatlarla oluşturulan kararlar olarak sınıflandırılmaktadır. “Karar verilmesine yer olmadığına” dair kararlar da bu tür kararların usule ilişkin olanları arasında yer almaktadır.⁵

Yani Anayasa’da, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde bu türde bir karar verilebileceğine dair bir düzenleme olmamasına karşın Anayasa Mahkemesi, tarihsel süreç içinde bu şekilde farklı kararlar da vermek durumunda kalmıştır. Örneğin “yürürlüğün durdurulması” kararları da bu tür kararlar arasında yer almaktadır.

Doktrinde pek fazla incelenmemiş olduğu anlaşılacakla birlikte iptal başvurularına ilişkin olarak hangi durumlarda “Karar verilmesine yer olmadığına” dair kararlar verilebileceği hususu kısaca şu şekilde özetlenmiştir.⁶

- ✓ Anayasa’ya aykırılığı öne sürülen kuralın daha önce Mahkemece iptal edilmiş olması
- ✓ Anayasa’ya aykırılığı öne sürülen kuralın dava açıldıktan sonra yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi

⁵ Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri s.172 İsmail Köküsarı (XII Levha Yayıncılık)

⁶ İptal Davaları ve İtiraz Başvurularında Usulün Anayasal Denetime Etkisi – Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın (Anayasa Yargısı İncelemeleri 1 – Anayasa Mahkemesi Yayınları)

Aslında işin özünde pek bir sorun görülmemektedir. Diğer yüksek yargı organları gibi Anayasa Mahkemesi de önüne gelen davalarda bu şekilde farklı kararlar vermek durumunda kalmıştır ve bu husus genel olarak olağan karşılanmaktadır.

Nihayetinde örneğin bir mahkemenin itiraz yoluna başvurması üzerine Anayasa Mahkemesi daha kararını vermeden ilgili hüküm ayrıca iptal davasına da konu olduğunda ve Anayasa Mahkemesi ilk davada kuralın iptaline karar verdiğinde diğer davada ise “karar verilmesine yer olmadığına” karar verebilecektir. Aynı husus Anayasa Mahkemesinin bakmakta olduğu davaya konu kuralın karar verilmeden önce yürürlükten kaldırılmasında da geçerlidir.

Ancak davaya konu kuralın karar verilmesinden önce sadece değiştirilmesi durumunda sorun ortaya çıkmaktadır. Burada hangi değişikliklerin davanın konusunu ortadan kaldırdığının titizlikle incelenmesi gerekir. Dava konusu bir kuralda yapılan en küçük bir değişikliğin davanın konusunu ortadan kaldırdığı söylenemez. Bir iptal başvurusunda değinilen anayasaya aykırılık hususları karşısında, davaya konu kuralın esaslı olarak değişmesi durumunda belki “karar verilmesine yer olmadığına” karar verilmesi doğal karşılanabilecektir. Bununla birlikte yukarıda verilen örnek kararlarda olduğu gibi yapılan değişiklik kuralın esasını hiç değiştirmeyen bir ibare değişikliği ya da kurala hiç dokunmayan bir ibare eklenmesi olduğunda davanın konusunun ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Bu hallerde karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi açıkça Anayasanın 36. ve 150. maddelerine aykırılık oluşturacaktır.

Anayasanın 36. maddesine göre “Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi altındaki davaya bakmaktan kaçınmaz.” Davanın konusunu ortadan kaldıracak bir değişiklik yapılmamış ve iptal talebinde ileri sürülen gerekçeler dikkate alındığında iptali istenen hüküm yürürlükte kalmaya devam ediyorsa böyle bir kuralı incelemenin Anayasa Mahkemesinin görevi ve yetkisi içinde olmadığı söylenemez. Aksine söz konusu hüküm yürürlükte kalmaya devam ettiğine ve bu hüküm aleyhine açılmış bir dava bulunduğuna göre söz konusu davaya bakmak Anayasa Mahkemesinin görevidir ve Anayasa Mahkemesi bu görevini yapmaktan kaçınmaz. Aksine tutum açık bir şekilde Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

Aynı şekilde Anayasanın 150. maddesinde iptal davası açma yetkisi Cumhurbaşkanına, TBMM’de en çok üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. Bu şekilde dava konusu kuralın esasını değiştirmeyen bir değişiklik halinde karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi durumunda, söz konusu hüküm hakkında iptal davası açılmasını olanaksız hale gelmektedir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi, kuralın değişmesi nedeniyle bu şekilde bir karar verdiği durumlarda iptal veya itiraz başvurusunda bulunan makama dönerek başvurunun yeni kurala uygun olarak düzeltilmesi gibi bir uygulamaya gitmemektedir. Diğer taraftan, değişiklik ile getirilen yeni kural aleyhine iptal davası açılması halinde de dava yalnızca yeni getirilen kural ya da ibare aleyhine açıldığından doğal olarak Anayasa Mahkemesi yalnızca yeni değişiklik ile ilgili anayasaya aykırılık iddialarını değerlendirmekte, kuralın değişiklik öncesinde yürürlükte olan diğer kısımlarını incelememektedir. Bu durumda kuralda değişiklik dışı kalan hükümler aleyhine iptal davası açma hakkı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Bu açık bir şekilde Anayasanın 150. maddesinde düzenlenen iptal davası açma yetkisinin ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Anayasanın tanıdığı bir hakkın Anayasa Mahkemesinin bir yorumu ile bu şekilde ortadan kaldırılması Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Bir hukuk devletinde hiçbir kuralın denetimsiz kalması düşünülemez. Denetime istisna getirilecekse de bu ancak anayasa koyucunun iradesiyle anayasa metninde yer verilmesiyle mümkündür. Anayasada böyle bir istisna bulunmadığına göre iptal davasından istisna bir kural düşünülemez ve Anayasa Mahkemesi yorum yoluyla böyle bir istisna türetemez. Anayasa Mahkemesini yukarıda örnekleri verilen kararlarında ve başka pek çok kararında, yapılan değişikliklerle davanın konusu ortadan kalkmamış olmasına rağmen söz konusu iptal davalarını karar verilmesine yer olmadığı kararı vermek suretiyle sonuçsuz bırakmış ve dava konusu kurallar yürürlükte kalmaya devam etmişlerdir. Bu kurallar söz konusu içtihat yoluyla anayasallık denetiminin dışına çıkarılmış ve denetlenemez bir normlar kategorisi oluşmuştur.

Ayrıca söz konusu kararlarla iptal davasını açan milletvekillerinin ve siyasi parti gruplarının iptal davası açma yetkisi de ortadan kaldırılmıştır. Açılan iptal davaları karara bağlanmaksızın Mahkeme davadan el çekmiş, davalar sonuçsuz kalmış ve dava konusu hükümler yürürlükte kalmaya ve uygulanmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu yorum ve uygulamasının Anayasaya uygun olmadığı, açıkça “makul olmayan” sonuç doğurduğu ortadadır. Uluslararası hukukta yorum yöntemlerini düzenleyen 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31. ve 32. maddelerine göre makul olmayan sonuçlara götürülen yorum yapılamaz. Eğer yorum açık bir şekilde makul olmayan bir sonuca götürüyorsa tamamlayıcı yorum yöntemlerine başvurulmalıdır. Ancak belirtilmelidir ki bu konuda herhangi bir tamamlayıcı yöntemeye başvurmaya gerek olmaksızın Anayasanın yukarıda sözü edilen 36 ve 150. maddelerinin lafzı ve amacı dikkate alındığında dava konusu hükümde davanın konusunu ortadan kaldırmayan değişikliklerin yapılması halinde “karar verilmesine yer olmadığı” kararı verilemeyeceği açıktır.

Bu makul olmayan sonuçtan kaçınmak için Anayasa Mahkemesi yukarıda verilen örneklerde olduğu gibi davanın konusunu ortadan kaldırmayan değişikliklerde “karar verilmesine yer olmadığına” karar vermekten kaçınmalıdır. Aksi halde yeni değişiklik aleyhine

dava açılır ise yapılan değişikliğin konusu olmayan ancak hükmün yürürlükte kalmaya devam eden kısımlarını da incelemesi gerekir. Ya da ilgili maddede bir değişiklik yapıldığında dava açana tebliğde bulunarak dilekçesini değişikliğe uyarlaması için süre vermesi gerekir. Bu son iki önerinin zorlama olduğu açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen tutumunu sürdürmesi halinde anayasaya uygunluğu sağlamanın başka bir yolu olmadığı görülmektedir.

Sonuç ve Talep:

Yukarıda açıklanan gerekçelerle işbu başvurumuzun;

I. 7242 sayılı Kanuna ilişkin (esas yönünden) başvurumuza ek beyan olarak veya

II. 7256 sayılı Kanuna ilişkin başvurumuza ek olarak ve 7242 sayılı Kanuna ilişkin başvurumuz bağlamında kabul edilmesi ve 7242 sayılı Kanun ile ilgili açtığımız davanın konusu ortadan kalkmadığından söz konusu dava hakkında “karar verilmesine yer olmadığı” kararı verilmemesi ve davanın esastan incelenmeye devam edilmesi hususunda gereğini saygılarımızla arz ederiz.

“ ...

Muğla Denetimli Serbestlik Müdürlüğünün 02/03/2021 tarih ve 2019/824 NKL sayılı yazısında; halen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezası infaz edilen Hükümlü ...'ün 21/05/2020 tarihinde işlediği 5607 sayılı Kanunun 3/18 maddesine muhalefet suçundan kamu davası açıldığı, işlediği suçun alt sınırının 1 yıl ve daha üstü hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç olması nedeniyle 5275 Sayılı Kanunu'nun 105/A-7 maddesine göre ...'ün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmesi konusunda bir karar verilmesinin talep edildiği görülmüştür.

Hukuki Süreç:

Hükümlü hakkında Muğla İnfaz Hakimliğinin 24/09/2019 tarih ve 2019/1614 Esas, 2019/1613 Karar sayılı kararı ile cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilmiştir.

Yatağan Cumhuriyet Başsavcılığının 26/01/2021 tarih ve 2021/35 esas sayılı iddianamesi ile Yatağan Asliye Ceza Mahkemesinin 2021/107 esasına kaydedilerek kamu davası açılmıştır.

İddianamede sanık hakkında uygulanması talep edilen 5607 sayılı Kanunun 3/18 maddesinin hapis cezasının alt sınırının 1 yıldan fazla olduğu görülmüştür.

Ardından Muğla İnfaz Hakimliğinin 05/03/2021 tarih ve 2021/796-2021/857 esas-karar sayılı kararı ile hükümlü ...'ün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrası uyarınca açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmiştir.

İptali İstenen Kanun Maddesi:

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 7242 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile eklenen “Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezanın alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine İnfaz Hakimliği tarafından hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir.” şeklindeki 105/A maddesinin 7 fıkrasının ilk cümlesidir.

Hakimliğimizin Başvuru Yetkisi:

6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. Maddesinde, bir Davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde itiraz yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir.

Mahkememiz Muğla ilinin 1 nolu Ağır Ceza Mahkemesi olması nedeniyle HSK kararları uyarınca, Muğla İnfaz Hakimliğinin vermiş olduğu kararlara karşı itiraz merci olup, itirazları incelemek ve karar vermekle görevli ve yetkilidir.

Muğla İnfaz Hakimliğinin söz konusu kararına karşı hükümlü müdafisi tarafından itiraz edilmesi nedeniyle itirazın incelenmesi için dosya mahkememize intikal etmiştir.

5275 Sayılı Kanunu'nun 105/A maddesinin 7. fıkrasının ilk cümlesinin Muğla İnfaz Hakimliğinin 2021/857 esas sayılı dosyasında uyguladığı kanun maddesidir. Dolayısıyla Mahkememiz tarafından itiraz edilmesi nedeniyle incelenecek olan kanun maddesi olması nedeniyle Mahkememiz tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını varılması karşısında itiraz yoluna başvuru yetkisi taşıdığı anlaşılmıştır.

Anayasaya Aykırılık İle İlgili Gerekçeler:

Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" düzenlemesini bulundurmak suretiyle masumiyet karinesi açıkça benimsenmiştir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre "Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır". Bu madde masumiyet karinesini güvence altına almaktadır.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna konu olan 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk beş fıkrasında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma şartları ve usulü düzenlenmiştir. Altıncı ve yedinci fıkralarında ise denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilme halleri düzenlenmiştir. Bu maddenin 7. fıkrasında;

"Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezanın alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine İnfaz Hakimliği tarafından hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir. Kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi halinde hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hakimi tarafından karar verilir" denilmektedir.

Bu maddenin 7. fıkrasındaki düzenlemeye göre hükümlünün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesine göre denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazından faydalanmasına başlanmasından sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilebilmektedir.

Hükümlünün faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin mahrum kalmasına ve bu tedbirin sona erdirilerek açık ceza infaz kurumuna gönderilmesi için hakkında suç tarihi denetimli serbestlik tedbirinin başlanmasından sonra olan ve alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılması yeterli görülmektedir.

Söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak Anayasa'nın 38/2 maddesi ve AİHS'nin 6/2 maddesinde de yer almakta olan masumiyet karinesi üzerinde durulması gerekmektedir. Sanığın suçlu olduğu hukuken ispatlanmış (buna ilişkin karar kesinleşmemiş) olmasına rağmen, başka bir yargısal karar veya kamu makamlarının beyanları ile suçlu olduğuna ilişkin bir görüş yansıtılması halinde

masumiyet karinesinin ihlal edileceği açıktır. Buna göre, bir kişi ancak kesinleşmiş karar ile yasal açıdan suçlu sayılabilir.

Bilindiği üzere, kovuşturma aşaması iddianamenin kabul edilmesi ile başlamakta ve mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesi ile sona ermektedir. 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının ilk cümlesinde kamu davasının açılmış olması hali ifadesi ile kovuşturma aşamasının başlaması sürecinden bahsetmektedir. Bu bahsedilen süreçte kişinin suçlu olduğundan bahsetmek veya bu surece ilişkin olarak yaptırımlar uygulamak masumiyet karinesine aykırıdır.

Somut olayda, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasını infaz eden hükümlünün, hakkında 21/05/2020 tarihinde alt sınırı 1 yıl ve daha fazla olan hapis cezası gerektiren 5607 sayılı Kanunun 3/18 maddesine muhalefet etmek suçundan Yatağan Asliye Ceza Mahkemesine hitaben iddianame düzenlenmesi, mahkeme tarafından iddianamenin kabul edilmesi üzerine 2021/107 esasına kaydedilmesi nedeniyle 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. Fıkrasının ilk cümlesi uyarınca cezasını çekmek üzere açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmiştir. Bu işlemin gerçekleşebilmesi için sanık hakkında alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suçtan kamu davası açılması yeterlidir. Ve hükümlü hakkındaki bu süreç, koşullu salıverilme tarihine kadar veya daha kısa sürede gerçekleşmesi halinde açılan kamu davasının neticesinde beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddi veya düşme kararı verilmesine kadar sürecektir.

5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının ilk cümlesinin uygulanmasında, kişi hakkındaki kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul edilerek hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmekte ve cezasını açık ceza infaz kurumunda çekmesine neden olunmaktadır. Kaldı ki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan kovuşturma aşamasında olan suç hakkında da ilgili Mahkeme tarafından herhangi bir tedbire (tutuklama vs.) başvurma ihtiyacı hissetmediği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hakkı, suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlara dahi uygulaması (Allenet de Ribemont - Fransa, Y.B ve Diğerleri - Türkiye, Çelik - Türkiye)karşısında, kişinin tekrar ceza infaz kurumuna girmesine neden olacak kadar bir ağır kararın masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmesi imkansızdır. Bu durumda hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul edilerek bu tür bir uygulamanın yapılmasının ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması halinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, sözkonusu maddenin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2. maddesine aykırı olduğu ve AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2 maddesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından Mahkememiz tarafından 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmasına, hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle infazın durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Mahkememizin 2021/264 Değişik İş sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 7242 sayılı Kanun'un 46. Maddesi ile eklenen "Hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezanın alt sınırı 1 yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine İnfaz Hakimliği tarafından hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilebilir." şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının ilk cümlesinin

Esas Sayısı : 2021/36

Karar Sayısı: 2021/27

Anayasa'nın 38/2. maddesine aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİ'NE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü ... hakkındaki denetimli serbestlik tedbiri uygulanan cezanın İNFAZININ DURDURULMASINA,

Bu konuda Muğla Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazılmasına,

3- Mahkememizin 2021/264 Değişik İş sayılı olan davasında 6216 Sayılı Kanunu'n 40/5 maddesinde düzenlenen 5 aylık sürenin gözönüne alınmasına,

4- Karar aslının ve dosyanın onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair karar; dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda oybirliğiyle verildi.”