

“ ...

1- 7328 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 18. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasaya aykırılığı

7328 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 18. maddesine eklenen fıkra ile Cumhuriyet başsavcılarının, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkili oldukları hükme bağlanmıştır.

Söz konusu değişiklikle Cumhuriyet başsavcılarının savcılarının soruşturma yapılmasına yer olmadığına ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarını denetleme görev ve yetkisi verilmek suretiyle cumhuriyet başsavcılarını sadece idari yönden değil, yargısal yönden de savcılarının hiyerarşik üstü (amiri) haline getirilmiştir. Böylece savcılar yargısal yetkileri bakımından da başsavcılarının emri altına alınmışlardır. Savcılarının bireysel soruşturmalarda verdikleri yargısal kararlar bakımından başsavcılarının emrine tabi hale gelmişlerdir.

Bu değişiklikle yargı bağımsızlığına ilişkin yapısal sorunlar daha da derinleşmiştir. Bu nedenle, ihtilafli kural; başta Anayasanın 2. maddesinde Devletin temel niteliklerinden biri olarak öngörülen hukuk devleti ilkesi olmak üzere yargı bağımsızlığını güvence altına alan Anayasanın 9., 138 ve 140. maddeleri ile adil yargılanma hakkını güvence altına alan 36. maddeye açıkça aykırıdır.

İptali istenen düzenlemenin ihlal ettiği Anayasa maddelerinin kapsamı şöyledir:

Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 138. maddesinde yargı bağımsızlığına ilişkin temel kurallara yer verilmiştir. Buna göre;

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

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

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

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

Aynı şekilde Anayasanın 140. maddesinde, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin

geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasal düzenlemelerin önemli bir kısmı siyasi ve sosyal bağlamın genelinde uygulandığı ve bu ortamla etkileşim halinde olduğu için; iptali istenen kuralın demokratik hukuk devletinin değerleri üzerindeki etki ve sonuçlarının analizi, Türkiye'nin siyasi konjonktüründen bağımsız olamaz. Dava konusu değişiklikte iktidarın toplum üzerindeki baskısını daha da artırmayı amaçladığı açıktır. Bütün söylemlerinde toplumu iktidar yanlıları ve karşıtları şeklinde ayırtıran iktidar, kendi yandaşlarını "millet", karşıtlarını ise vatan haini ve düşman olarak nitelendirmekte ve farklı fikir beyanları ile toplumsal sorunlara ilişkin eleştirel düşünce ve önerileri –yapıcı da olsa- otomatik olarak "suçluluk" olarak kategorize etmektedir. Yandaş yayın organları ve sosyal medyadaki trol ordusu ile muhalefeti ve muhalifleri sürekli düşmanlaştıran iktidar, muhalif sesleri susturmak için ceza hukukunu kullanmaktan kaçınmamaktadır. Adli istatistiklere göre 2020 yılında 11 milyondan fazla kişi şüpheli olarak işlem görmüştür. Başsavcılar eliyle tüm savcılarını denetimi altına almayı hedefleyen iktidarın, muhaliflere yönelik soruşturmalarda takipsizlik kararı verilmesini önlemeyi, böylece yargılama suretiyle baskı ve tehdit altında tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Ancak bu düzenlemenin yukarıda belirtildiği gibi Anayasanın temel ilkelerine aykırı olduğu ve demokratik hukuk devleti ile bağdaşmadığı açıktır. Yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü için bir ön şart ve adil yargılanmanın temel bir teminatıdır. Konuya ilişkin olan ve aşağıda özetlenen uluslararası hukuk müktesebatı, iptali istenilen kuralın yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkıyla çeliştiği tespitini temelleyen nesnel veriler sunmaktadır.

Yürütme ve yönetim makamlarının hukuka bağlı olması ve keyfiliğin ortadan kaldırılması anlamına gelen hukuk devleti, ancak tarafsız ve bağımsız bir yargının etkin bir şekilde işlemesi ile mümkün olabilir. Aynı şekilde Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıdır. AİHM içtihadına göre, bir mahkemenin bağımsızlığına kanaat getirebilmek için, şu unsurlara bakılması gerekir: üyelerinin atanma biçimi ve görev süreleri, dışarıdan gelen baskılara karşı teminatların bulunması ve mahkemelerin demokratik bir toplumda kamuoyuna telkin etmesi gereken güven düşünüldüğünde, bağımsız oldukları görüntüsünü verip vermedikleridir (Findlay/Birleşik Krallık, 25.02.1997, § 73, Reports 1997-I; Brudnicka and Diğerleri/Polonya, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II).

Tarafsızlık ise, davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkarıya sahip olmaması olarak tanımlanmaktadır (Fey/Avusturya, 24.02.1993, §§ 27, 28 ve 30, Series A no. 255-A; Wettstein/İsviçre, no. 33958/96, § 42, ECHR 2000XII). Mahkeme, tarafsızlık sorununu, öznel ve nesnel olmak üzere iki açıdan değerlendirmektedir. Mahkemenin Piersack/Belçika kararında, bu ayırım şöyle formüle edilmiştir: "Her ne kadar tarafsızlık normalde ön yargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsî hükmünün değer-

lendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirleyecek nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.” (Piersak /Belçika, no. 8692/79, § 30, 01.10.1982).

Yargının bağımsızlığı, yargı dışı organ ve kişilere karşı güvence altına alınması gerektiği gibi yargının içinden gelecek hukuk dışı emir ve talimatlara karşı da güvence altına alınmış olmalıdır. AİHM Salov/Ukrayna kararında (no. 65518/01, 06.09.2005) Bölge Mahkemesi Başkanlığının bir davayı yeniden inceleme ve soruşturmayı genişletmek üzere alt mahkemeye iade ederken hakime değerlendirme marjı bırakmaması ve söz konusu hakimin atanma ve terfi bakımından Bölge Mahkemesi Başkanının değerlendirmesine tabi olmasını göz önüne alarak somut olayda bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla mahkemeler bireysel davalarda üst mahkemelerin emrine de tabi tutulmaları gerekir.

Anayasa madde 138’in öngördüğü yargı bağımsızlığı kuralları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında somutlaştırılan iç bağımsızlık ve dış bağımsızlık öğeleri arasında tam bir paralellik, hatta örtüşme bulunmaktadır. Madde 138, hakimlere hitap eden bir hüküm olsa da, iki nedenle, savcıların işlem ve işlevlerini de kapsamına almaktadır. İlki, “Mahkemelerin bağımsızlığı” kenar başlıklı bu madde, sav+savunma+hüküm diyalektiğinde “gerçeği ve haklı olanı ortaya çıkarma” sürecinde savcılık makamı temel bir işlev görür. İkinci olarak, “Bu görevler meslekten hakimler ve savcılar eliyle yürütülür” hükmü (md.140/1, c.2) de, savcılığın, yargı kararının ortaya çıkmasının ayrılmaz bir ögesi olduğunu teyit etmektedir. Bu işlevin yerine getirilmesi, savcının dosyayı oluşturmada özerk olmasını gerekli kılar.

Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde âdil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre, “Herkes, mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukukî uyuşmazlığın karara bağlanmasında, kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

İnsan Hakları Komitesi bu maddede yer alan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkına ilişkin olarak 32 Nolu Genel Yorumunda şöyle demiştir.

“Madde 14 paragraf 1’deki anlamıyla bir yargı organının yetkililiği, bağımsızlığı ve tarafsızlığı, herhangi bir istisna tanımayan, mutlak bir haktır. Bağımsızlık gerekliliği, özellikle, yargıçların atanmasında izlenen usuller ve aranan vasıflarla; zorunlu emeklilik yaşına veya görev bitimine kadar görev güvencesiyle; bunların olduğu yerlerde terfi, tayin, el çektirme ve görevden alma gibi işlemleri düzenleyen kurullarla ve yargının, yürütmenin ve yasamanın politik müdahalelerinden fiilen bağımsız olmasıyla ilgilidir. Devletler, yargının bağımsızlığını güvence altına alacak; tayin, ücret, görevlendirme, terfi, el çektirme, disiplin cezaları ve görevden alma gibi işlemleri net usullere ve nesnel ölçütlerle sağlayan yasalar hazırlayarak yargıçları, kararlarında herhangi bir siyasal etkiden koruyacak önlemleri almalıydılar. Yargı ve yürütmenin işlev ve yetkilerinin birbirinden net biçimde ayırt edilemediği veya bunlardan ikincisinin birincisini denetleyip yönlendirebildiği durumlar bağımsız yargı nosyonu ile bağdaşmaz. Yargıçların çıkar çatışmalarına ve sindirmeye karşı korunmaları gerekir. Bağımsızlıklarını güvence altına almak için, görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlikleri, ücretleri, hizmet koşulları ve emeklilik yaşları dahil olmak üzere yargıçların statüleri yeterli hukuksal güvenceye sahip olmalıdır.” (İnsan Hakları Komitesi, Mahkemeler Önünde Eşitlik ve Adil Yargılanma Hakkına ilişkin 32 Nolu Genel Yorum, (2007), para.19, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokuman-tasyon/files/original/ef7bb6e002bf95d5e806892e55432758.pdf>)

Yargının bir unsuru olarak savcılarının da bağımsızlığının güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Avrupa Konseyi belli standartlar geliştirmiştir. Avrupa Savcıları Danışma Konseyi, 2018 yılında kabul ettiği “Savcılarının Bağımsızlığı, Hesap Verebilirliği ve Etiği”ne ilişkin 13 Nolu görüşünde savcılarının bağımsızlığı şu şekilde tanımlanmıştır:

“Savcılarının bağımsızlığı

15. ”Bağımsızlık”, savcılarının hukuka ve hukukun üstünlüğü ilkesine saygı duyulmasını ve hukukun tam olarak uygulamasını sağlamak amacıyla görevlerini yerine getirirken hukuka aykırı müdahalelere tabi tutulamamaları ve herhangi bir siyasi baskıya veya hukuka aykırı bir etkiye maruz kalmamaları anlamına gelir.

16. Bağımsızlık, hem bir bütün olarak savcılık kurumu, hem savcılara ilişkin özel organ hem de aşağıda açıklandığı anlamda bireysel savcılar için geçerlidir.” (Avrupa Savcıları Danışma Konseyi, “Savcılarının Bağımsızlığı, Hesapverebilirliği ve Etiği” konusunda Görüş No: 13(2018), [https://rm.coe.int/opinion-13-ccpe-2018-2e-independence-accountability-and-et-hics-of-pros/1680907e9d#\\_ftn9](https://rm.coe.int/opinion-13-ccpe-2018-2e-independence-accountability-and-et-hics-of-pros/1680907e9d#_ftn9) )

Anayasa madde 138’in bu belge ışığında yorumlanması da, “mahkemelerin bağımsızlığı” kurallarının savcılık tarafından (sav+savunma+hüküm üçlüsünde) görülen işlevi de kapsamına aldığı görüşünü pekiştirmektedir.

Aynı görüşte; savcılarının görevinin zor ve talepkâr olduğu belirtilerek mesleğin profesyonellik, karakter, cesaret, denge ve kararlılık gerektirdiği vurgulanmış ve mesleğe alımda bu hususların gözetilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ancak bu kişisel gerekliliklerin savcılarının bağımsızlığını sağlamak için yeterli olmadığı ve savcılarının statüsünün ve bağımsızlığının açıkça tanınması ve yasalarla güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir (para. 23).

Savcılarının statülerinde ve davranışlarında bağımsız olması gerektiği belirtilerek, savcılarının dış bağımsızlıktan -yani yargı dışı organlar, kamu veya özel otoriteler, siyasi partiler gibi makamlardan gelecek usulsüz ve hukuk dışı müdahalelere karşı bağımsızlık- ve iç bağımsızlıktan -yani bazı hukuk sistemlerinde savcılık kurumu içinde hiyerarşi tanınmış olsa bile savcılarının yargısal işlevlerini özgürce yerine getirebilmesi ve karar verebilmesi- yararlanmaları gerektiği vurgulanmıştır (para.31).

AİHM içtihadında savcılığın yürütmeden bağımsız olması gerektiğinin vurgulandığı, aksi halde savcılığın ceza soruşturması ve yargılamaındaki rolünün meşruluğuna gölge düşeceği vurgulanmıştır. Savcılığın hukuka saygının garantörü ve toplumun savunucusu olması gerektiği, herhangi bir sosyal, siyasi ve dini grubun, hükümetteki herhangi bir fraksiyonun çıkarları için araç veya destekçilerinin koruyucusu haline gelmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu şartın özellikle savcılarının örgütlü suçlar ya da yolsuzlukla mücadele konularına müdahil olduğu veya bireysel hak ve özgürlüklere, özellikle de özgürlük hakkına etkisi olduğu durumlarda hayati bir nitelik kazandığı vurgulanmıştır (para.32).

İç bağımsızlığın her savcınının her şeyi yapmakta özgür olduğu anlamına gelmeyeceği; savcılarının, bağımsızlığa hanel getirmeksizin, savcılık kurumunun bir bütün olarak düzgün işleyişini sağlamak ve adalet hizmetlerinin yerine getirilmesi ve insan haklarının korunmasında etkinliği, açıklığı ve uyumluluğu sağlamak amacıyla bir hiyerarşiye tabi tutulabileceği belirtil-

miştir (para.39). Ancak dikkat edilmesi gereken husus, bu hiyerarşinin bağımsızlığa hanel getirmemesidir. Bağımsızlığı zedeleyen bir hiyerarşi, hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Hiyerarşinin bağımsızlığa hanel getirmemesi için hukukun uygulanmasında birliği sağlamaya ve savcılıkların önceliklerini belirlemeye yönelik tavsiye ve yönergelerin genel nitelikte olması, yazılı olarak verilmesi ve şeffaf olması gerekir (para. 40). Bir savcının kendi hiyerarşik üstlerinden hukuka aykırı görünen veya mesleki etik kurallarına uygun olmayan bireysel talimatlar alması halinde, savcı bunlara uymak zorunda kalmamalı ve bu durumdaki savcıya gerekçelerini hiyerarşik üstüne sunma fırsatı verilmelidir (para.42). Alt derece savcılarının hukuka aykırı ya da haksız olduğunu düşündükleri talimat ve görevlendirmeler aleyhine başvurabilecekleri açık mekanizmaların bulunması gerekir (para.43).

Yine Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan Hukuk Devleti Kontrol Listesinde (Venice Commission, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007, Venedik Komisyonu tarafından 11-12 Mart 2016 tarihinde yapılan 106. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiştir, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-tur)) yargı bağımsızlığının bir unsuru olarak savcılarının bağımsızlığına özel bir önem atfedilmiş ve bir ülkede savcılarının bağımsızlığının güvence altına alınıp alınmadığını tespit etmek için sorulması gereken sorular şu şekilde belirtilmiştir:

“Savcılık kurumu için yeterli özerklik sağlanmış mıdır?

i. Savcılık makamı devlet yapısı içerisinde yeterli özerkliğe sahip midir? Savcı, siyasi beklentilerden ziyade hukuka dayanarak mı hareket etmektedir?

ii. Belirli davalarda yürütmenin, savcılık makamına özel talimatlar vermesine izin verilmekte midir? Eğer verilebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli, yazılı ve kamu denetimine tabi midir?

iii. Belirli davalarda, savcı kendisinden daha az kıdemli bir başka savcıya doğrudan talimatlar verebilir mi? Eğer verebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli ve yazılı şekilde midir?

iv. Daha az kıdemli savcı, kendisine yöneltilen talimatlara karşı, hukuka aykırı olması veya uygunsuz temellere dayanması nedenleriyle itiraz edebilir mi?

v. Ayrıca, savcı kendi yerinin değiştirilmesi ile ilgili talimatların geçerliliğine itiraz edebilir mi?

vi. Savcının görevinin feshine sadece emeklilik yaşının gelmesi nedeniyle veya disiplin amaçlarıyla mı izin verilir? Bunun yerine, savcılar uzun bir zaman için yeniden seçilme olasılığı olmadan atanmakta mıdır?

vii. Bu konular ve savcılarının görevden alınmasının temelleri açıkça kanunda düzenlenmiş midir?

viii. Savcılarının görevden alınmasına karşı kanun yolları mevcut mudur?

ix. Savcılar hakkında yapılan atama, nakil, ve terfi işlemleri objektif kriterlere mi dayanmaktadır, özellikle siyasi hususlar yerine beceri, doğruluk ve tecrübe mi esas alınmaktadır?



x. Savcılar için adil ve yeterli maaşlar mevcut mudur?

xi. Savcının uyguladığı yöntemler, sahip olduğu takdir yetkisinin nesnel olarak uygulanmadığı algısına yol açmakta mıdır?

xii. Savcıların verdiği kararlar yargı denetimine tabi midir?

Görüldüğü gibi Venedik Komisyonunun hukuk devletinin gereklerine ilişkin kriterleri ile Avrupa Savcıları Danışma Konseyi görüşünde yer alan ilkeler örtüşmektedir. Aynı ilkeler, Venedik Komisyonu tarafından 2010 yılında kabul edilen Yargı Sistemlerinin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları: II Bölüm, Savcılık Hizmetleri Raporunda da (17-18 Aralık 2010) yer almaktadır (para.31-32). Buna göre savcılığın tarafsızlığını sağlamak için sadece dış etkilere karşı bağımsızlığının güvence altına alınması yeterli olmayıp, savcılar, savcılık mekanizması içinde de uygunsuz etkilere maruz kalmadan yargı süreçlerinde bağımsız bir şekilde karar alabilmelidir.

Sonuç olarak bir hukuk devletinde savcılık makamına yetkilerini kullanmasında hukuka aykırı siyasi etkilere korunmasını sağlayacak yeterli özerklik sağlanmalıdır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, savcılık makamı sadece hukuka dayalı ve hukuka uygun bir şekilde davranmalıdır. Bu durum, kanunun savcılık makamına, ceza yargılaması başlatma konusunda belli oranda takdir yetkisi tanınmasına engel bir durum değildir. Savcılık kurumu içinde de özerklik sağlanmalı ve savcılar arasında katı bir hiyerarşi bulunmamalıdır. Hukuka aykırı talimatlara karşı savcıların itiraz edebileceği mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin temel kurallar savcılar için de geçerli olmalıdır. Yolsuzluklara karşı bir güvence olarak savcı maaşlarının da yeterli olması önemlidir. Savcılığın doğrudan iktidarın kontrolünde olması ya da iktidarın kontrolü olmasa bile savcılarının genel olarak iktidara yakın kişilerden oluşması halinde, soruşturma yetkisinin kötüye kullanılması, uygun olmayan veya taraflı soruşturmaların açılmasına neden olabilir. Bu durum, hukukun eşit ve tarafsız uygulanmasını tehlikeye sokar ve bu yüzden bu tarz bir yoğunlaşma hukuk devleti için bir tehlikedir. Kamunun algısı böyle bir etkinin belirlenmesi açısından önemlidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da çeşitli kararlarında savcılığın bağımsızlığı konusunda Avrupa Savcıları Danışma Konseyinin benimsediği ilkelere uygun kararlar vermiştir. Alman savcılık sisteminde Adalet Bakanlığının savcılara emir verme yetkisini inceleyen Mahkeme, Alman yasası somut davalara ilişkin talimatların yasaya aykırı olamayacağını ve hatta bazı eyaletlerde bunların yazılı olmasını öngörmesine rağmen ABAD, bunun “her koşulda, bir cumhuriyet savcısının kararının (...) ilgili eyalet adalet bakanının talimatına tabi olması olasılığını ortadan kaldırmadığına” ve yasallık ilkesinin varlığının, “eyalet adalet bakanlığının, eyalet savcılığının sahip olduğu takdir yetkisini etkileyecek talimatlar vermesini önlemeyeceğini belirtmiştir (ABAD, 27 Mayıs 2019 tarihli ve C-508/18 ve C 82/19 sayılı birleştirilmiş davalar, para. 80, 81.)

Aynı şekilde ABAD C-566/19 PPU ve C-626/19 PPU'da sayılı birleşik davalarda, hiyerarşik bir yapıya sahip olan fakat Adalet Bakanının sadece ceza politikasına ilişkin genel nitelikte talimatlar verme yetkisinin bulunduğu ve bireysel davalara ilişkin talimat verme yasağı öngören Fransız savcılık sistemini incelemiştir. ABAD, bağımsızlığın bireysel davalarda yürütmenin savcılık makamına talimat verme riskini yeterince ortadan kaldıracak kurumsal ve yasal güvencelerin bulunmasını gerektirdiğini ve somut davada bu koşulun yerine getirildiğini

Esas Sayısı : 2021/83  
Karar Sayısı : 2022/168

belirtmiştir (ABAD, 12. Aralık 2019 tarihli ve C-566/19 ve C-626/19 sayılı birleştirilen davalar, para. 8, 10, 52, 54.)

İptal davası konusu kural; yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı bağlamında, savcıların yargısal bağımsızlık ve özerkliğine ilişkin olarak üzerinde açık bir uluslararası konsensus bulunan yukarıdaki ölçütlerin tamamını ihlal etmektedir:

- İptali istenen kural ile başsavcılara genel nitelikte talimatlar verme yetkisi değil, somut soruşturmalarda savcılarca verilen bireysel kararları denetleme yetkisi verilmektedir.

- Bu talimatların yazılı olmasını zorunlu kılan bir hükme yer verilmemiştir ve söz konusu talimatlar, öznel ve keyfi değerlendirmelere ve siyasetin müdahalesine karşı tamamen açık hale getirilmiştir. (Anayasa madde 137 gereğince, idari hiyerarşik ilişkide bile memurun, amirin “kanunsuz emri”ne itiraz hakkı, hatta yerine getirmeme ve emre karşı direnme hakkı bulunduğu halde, yargı görevinin temel taşı olarak dosyayı oluşturan savcıya, başsavcı karşısında reva görülen muamele, Anayasa madde 138 ve 140 hükümleri ile bağdaşır olmaktan uzaktır).

- Savcılara başsavcılarının kararlarına itiraz etme yetkisi tanınmamıştır.

Dolayısıyla belirtilen Avrupa standartlarında öngörülen hiçbir güvence yasada bulunmamaktadır.

Kaldı ki; mevzuat, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesini ve bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesini sağlayacak ve yargı bağımsızlığıyla bağdaşan gerekli araçlara da sahiptir. Zira; savcılarca verilecek takipsizlik kararlarının yargısal denetimi mevzuatta zaten öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 173. maddesine göre ilgililer takipsizlik kararlarına karşı itiraz edebilirler ve bu itirazlar sulh ceza hakimlerince incelenir. Uygulama birliğini sağlayacak olan ise yargısal içtihatlardır.

İptali istenen kural, iç bağımsızlık ilkesine aykırı olarak savcılarının bütün bireysel soruşturmalarda verecekleri kararı başsavcının denetimine açmıştır. Ancak bu denetimin kapsamı ve ilkeleri belli değildir. Savcılara başsavcının talimatları karşısında kendi gerekçelerini ileri sürme olanağı da tanınmamıştır.

İptali istenilen kuralın, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Zira; hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Yine, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Oysa, ihtilafli kural, başsavcının işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu denetleme imkanı öngörmemekte; soruşturma yapılmasına yer olmadığına ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararlara ilişkin adil yargılanma hakkı güvencelerini ortadan kaldırmakta; savcılarının

anılan türdeki kararları üzerinde yürütmenin hukuk dışı müdahalelerini mümkün hale getirmekte ya da daha da kolaylaştırmakta ve CMK m.173 ve yargısal içtihatlarla zaten sağlanabilen/sağlanması mümkün olan bir sonucu elde etmek gerekçesiyle, yargı bağımsızlığı ve son tahlilde de (zincirleme olarak) temel hak ve özgürlüklerin tamamı üzerinde ölçüsüz, keyfi ve antidemokratik sonuçlar doğurmak suretiyle, kamu yararına açık şekilde aykırılık taşımaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural Anayasanın 2., 9., 36., 138. ve 140. maddelerine aykırıdır iptal edilmesi gerekir.

2- 7328 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 5235 sayılı Kanunun 40. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasaya aykırılığı

7328 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 40. maddesine eklenen fıkra ile Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet başsavcılarında Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkili oldukları hükme bağlanmıştır.

Bu kural yukarıda incelenen kural ile tamamen aynıdır ve orada başsavcılara tanınan yetki, bu kural ile Bölge Adliye Mahkemesi başsavcılarında tanınmaktadır. Dolayısıyla aynı gerekçeler bu kural için de geçerlidir.

Söz konusu değişiklikle Cumhuriyet başsavcılarında savcılarının soruşturma yapılmasına yer olmadığına ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararlarını denetleme görev ve yetkisi verilmek suretiyle cumhuriyet başsavcılarını sadece idari yönden değil, yargısal yönden de savcılarının hiyerarşik üstü (amiri) haline getirilmiştir. Böylece savcılar yargısal yetkileri bakımından da başsavcılarının emri altına alınmışlardır. Savcılarının bireysel soruşturmalarda verdikleri yargısal kararlar bakımından başsavcılarının emrine tabi hale gelmişlerdir.

Bu değişiklikle yargı bağımsızlığına ilişkin yapısal sorunlar daha da derinleşmiştir. Bu nedenle, ihtilafli kural; başta Anayasanın 2. maddesinde Devletin temel niteliklerinden biri olarak öngörülen hukuk devleti ilkesi olmak üzere yargı bağımsızlığını güvence altına alan Anayasanın 9., 138 ve 140. maddeleri ile adil yargılanma hakkını güvence altına alan 36. maddeye açıkça aykırıdır.

İptali istenen düzenlemenin ihlal ettiği Anayasa maddelerinin kapsamı şöyledir:

Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin tarafsız ve bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Anayasanın 138. maddesinde yargı bağımsızlığına ilişkin temel kurallara yer verilmiştir. Buna göre;

“Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

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

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



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

Aynı şekilde Anayasanın 140. maddesinde, hakim ve savcılarının nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işlerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasal düzenlemelerin önemli bir kısmı siyasi ve sosyal bağlamın genelinde uygulandığı ve bu ortamla etkileşim halinde olduğu için; iptali istenen kuralın demokratik hukuk devletinin değerleri üzerindeki etki ve sonuçlarının analizi, Türkiye'nin siyasi konjonktüründen bağımsız olamaz. Dava konusu değişiklikte iktidarın toplum üzerindeki baskısını daha da artırmayı amaçladığı açıktır. Bütün söylemlerinde toplumu iktidar yanlıları ve karşıtları şeklinde ayırtan iktidar kendi yandaşlarını “millet”, karşıtlarını ise vatan haini ve düşman olarak nitelendirmekte ve iktidar karşıtlığını otomatik olarak “suçluluk” olarak kategorize etmektedir. Yandaş yayın organları ve sosyal medyadaki trol ordusu ile muhalefeti ve muhalifleri sürekli düşmanlaştıran iktidar, muhalif sesleri susturmak için ceza hukukunu kullanmaktan kaçınmaktadır. Adli istatistiklere göre 2020 yılında 11 milyondan fazla kişi şüpheli olarak işlem görmüştür. Başsavcılar eliyle tüm savcılarını denetimi altına almayı hedefleyen iktidarın, muhaliflere yönelik soruşturmalarda takipsizlik kararı verilmesini önlemeyi, böylece yargılama suretiyle baskı ve tehdit altında tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

Ancak bu düzenlemenin yukarıda belirtildiği gibi Anayasanın temel ilkelerine aykırı olduğu ve demokratik hukuk devleti ile bağdaşmadığı açıktır. Yargı bağımsızlığı hukukun üstünlüğü için bir ön şart ve adil yargılanmanın temel bir teminatıdır. Konuya ilişkin olan ve aşağıda özetlenen uluslararası hukuk müktesebatı, ihtilafı kuralın yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkıyla çeliştiği tespitini temelleyen objektif veriler sunmaktadır.

Yönetimin hukuka tabi olması ve keyfiliğin ortadan kaldırılması anlamına gelen hukuk devleti ancak tarafsız ve bağımsız bir yargının etkin bir şekilde işlemesi ile mümkün olabilir. Aynı şekilde Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkıdır. AİHM içtihadına göre, bir mahkemenin bağımsızlığına kanaat getirebilmek için, şu unsurlara bakılması gerekir: üyelerinin atanma biçimi ve görev süreleri, dışarıdan gelen baskılara karşı teminatların bulunması ve mahkemelerin demokratik bir toplumda kamuoyuna telkin etmesi gereken güven düşünüldüğünde bağımsız oldukları görüntüsünü verip vermedikleridir (Findlay /Birleşik Krallık, 25.02.1997, § 73, Reports 1997-I; Brudnicka and Diğerleri/Polonya, no. 54723/00, § 38, ECHR 2005-II).

Tarafsızlık ise davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaatin bulunmaması, özellikle mahkemenin veya üyelerinden bazılarının taraflara karşı, onların leh ve aleyhinde bir duygu veya çıkarıya sahip olmaması olarak tanımlanmaktadır (Fey/Avusturya, 24.02.1993, §§ 27, 28 ve 30, Series A no. 255-A; Wettstein/İsviçre, no. 33958/96, § 42, ECHR 2000XII). Mahkeme, tarafsızlık sorununu, öznel ve nesnel olmak üzere iki açıdan değerlendirmektedir. Mahkemenin Piersack/Belçika kararında, bu ayrım şöyle formüle edilmiştir: “Her ne kadar tarafsızlık normalde ön yargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun,

Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsî hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirleyecek nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir.” (Piersak /Belçika, no. 8692/79, § 30, 01.10.1982).

Yargının bağımsızlığı yargı dışı organ ve kişilere karşı güvence altına alınması gerektiği gibi yargının içinden gelecek hukuk dışı emir ve talimatlara karşı da güvence altına alınmış olmalıdır. AİHM Salov/Ukrayna kararında (no. 65518/01, 06.09.2005) Bölge Mahkemesi Başkanlığının bir davayı yeniden inceleme ve soruşturmayı genişletmek üzere alt mahkemeye iade ederken hakime değerlendirme marjı bırakmaması ve söz konusu hakimin atanma ve terfi bakımından Bölge Mahkemesi Başkanının değerlendirmesine tabi olmasını göz önüne alarak somut olayda bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla mahkemeler bireysel davalarda üst mahkemelerin emrine de tabi tutulmaları gerekir.

Anayasa madde 138’in öngördüğü yargı bağımsızlığı kuralları ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında somutlaştırılan iç bağımsızlık ve dış bağımsızlık öğeleri arasında tam bir paralellik, hatta örtüşme bulunmaktadır. Madde 138, hakimlere hitap eden bir hüküm olsa da, iki nedenle, savcıların işlem ve işlevlerini de kapsamına almaktadır. İlki, “Mahkemelerin bağımsızlığı” kenar başlıklı bu madde, sav+savunma+hüküm diyalektiğinde “gerçeği ve haklı olanı ortaya çıkarma” sürecinde savcılık makamı temel bir işlev görür. İkinci olarak, “Bu görevler meslekten hakimler ve savcılar eliyle yürütülür” hükmü (md.140/1, c.2) de, savcılığın, yargı kararının ortaya çıkmasının ayrılmaz bir ögesi olduğunu teyit etmektedir. Bu işlevin yerine getirilmesi, savcının dosyayı oluşturmada özerk olmasını gerekli kılar.

Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde âdil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre “Herkes, mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşittir. Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukukî uyuşmazlığın karara bağlanmasında, kanunla kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir...”

İnsan Hakları Komitesi bu maddede yer alan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde yargılanma hakkına ilişkin olarak 32 Nolu Genel Yorumunda şöyle demiştir.

“Madde 14 paragraf 1’deki anlamıyla bir yargı organının yetkililiği, bağımsızlığı ve tarafsızlığı, herhangi bir istisna tanımayan, mutlak bir haktır. Bağımsızlık gerekliliği, özellikle, yargıçların atanmasında izlenen usuller ve aranan vasıflarla; zorunlu emeklilik yaşına veya görev bitimine kadar görev güvencesiyle; bunların olduğu yerlerde terfi, tayin, el çektirme ve görevden alma gibi işlemleri düzenleyen kurullarla ve yargının, yürütmenin ve yasamanın politik müdahalelerinden fiilen bağımsız olmasıyla ilgilidir. Devletler, yargının bağımsızlığını güvence altına alacak; tayin, ücret, görevlendirme, terfi, el çektirme, disiplin cezaları ve görevden alma gibi işlemleri net usullere ve nesnel ölçütlerle sağlayan yasalar hazırlayarak yargıçları, kararlarında herhangi bir siyasal etkiden koruyacak önlemleri almalıdırlar. Yargı ve yürütmenin işlev ve yetkilerinin birbirinden net biçimde ayırt edilemediği veya bunlardan ikincisinin birincisini denetleyip yönlendirebildiği durumlar bağımsız yargı nosyonu ile bağdaşmaz. Yargıçların çıkar çatışmalarına ve sindirmeye karşı korunmaları gerekir. Bağımsızlıklarını güvence altına almak için, görev süreleri, bağımsızlıkları, güvenlikleri, ücretleri, hizmet koşulları ve emeklilik yaşları dahil olmak üzere yargıçların statüleri yeterli hukuksal güvencelere sahip olmalıdır.” (İnsan Hakları Komitesi, Mahkemeler Önünde Eşitlik ve Adil Yargılanma Hakkına

ilişkin 32 Nolu Genel Yorum, (2007), para.19, <http://insanhaklarisavunuculari.org/dokuman-tasyon/files/original/ef7bb6e002bf95d5e806892e55432758.pdf>

Yargının bir unsuru olarak savcılarının da bağımsızlığının güvence altına alınmış olması gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Avrupa Konseyi belli standartlar geliştirmiştir. Avrupa Savcıları Danışma Konseyi 2018 yılında kabul ettiği “Savcılarının Bağımsızlığı, Hesap Verebilirliği ve Etiği”ne ilişkin 13 Nolu görüşünde savcılarının bağımsızlığı şu şekilde tanımlanmıştır:

“Savcılarının bağımsızlığı

15. “Bağımsızlık”, savcılarının hukuka ve hukukun üstünlüğü ilkesine saygı duyulmasını ve hukukun tam olarak uygulamasını sağlamak amacıyla görevlerini yerine getirirken hukuka aykırı müdahalelere tabi tutulamamaları ve herhangi bir siyasi baskıya veya hukuka aykırı bir etkiye maruz kalmamaları anlamına gelir.

16. Bağımsızlık, hem bir bütün olarak savcılık kurumu, hem savcılara ilişkin özel organ hem de aşağıda açıklandığı anlamda bireysel savcılar için geçerlidir.” (Avrupa Savcıları Danışma Konseyi, “Savcılarının Bağımsızlığı, Hesapverebilirliği ve Etiği” konusunda Görüş No: 13(2018), [https://rm.coe.int/opinion-13-ccpe-2018-2e-independence-accountability-and-et-hics-of-pros/1680907e9d#\\_ftn9](https://rm.coe.int/opinion-13-ccpe-2018-2e-independence-accountability-and-et-hics-of-pros/1680907e9d#_ftn9) )

Anayasa madde 138’in bu belge ışığında yorumlanması da, “mahkemelerin bağımsızlığı” kurallarının savcılık tarafından (sav+savunma+hüküm üçlüsünde) görülen işlevi de kapsamına aldığı görüşünü pekiştirmektedir.

Aynı görüşte savcılarının görevinin zor ve talepkâr olduğu belirtilerek mesleğin profesyonellik, karakter, cesaret, denge ve kararlılık gerektirdiği vurgulanmış ve mesleğe alımda bu hususların gözetilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ancak bu kişisel gerekliliklerin savcılarının bağımsızlığını sağlamak için yeterli olmadığı ve savcılarının statüsünün ve bağımsızlığının açıkça tanınması ve yasalarla güvence altına alınması gerektiği belirtilmiştir (para. 23).

Savcılarının statülerinde ve davranışlarında bağımsız olması gerektiği belirtilerek, savcılarının dış bağımsızlıktan -yani yargı dışı organlar, kamu veya özel otoriteler, siyasi partiler gibi makamlardan gelecek usulsüz ve hukuk dışı müdahalelere karşı bağımsızlık- ve iç bağımsızlıktan -yani bazı hukuk sistemlerinde savcılık kurumu içinde hiyerarşi tanınmış olsa bile savcılarının yargısal işlevlerini özgürce yerine getirebilmesi ve karar verebilmesi- yararlanmaları gerektiği vurgulanmıştır (para.31).

AİHM içtihadında savcılığın yürütmeden bağımsız olması gerektiğinin vurgulandığı, aksi halde savcılığın ceza soruşturması ve yargılamasındaki rolünün meşruluğuna gölge düşeceği vurgulanmıştır. Savcılığın hukuka saygının garantörü ve toplumun savunucusu olması gerektiği, herhangi bir sosyal, siyasi ve dini grubun, hükümetteki herhangi bir fraksiyonun çıkarları için araç veya destekçilerinin koruyucusu haline gelmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu şartın özellikle savcılarının örgütlü suçlar ya da yolsuzlukla mücadele konularına müdahil olduğu veya bireysel hak ve özgürlüklere, özellikle de özgürlük hakkına etkisi olduğu durumlarda hayati bir nitelik kazandığı vurgulanmıştır (para.32).

İç bağımsızlığın her savcınının her şeyi yapmakta özgür olduğu anlamına gelmeyeceği; savcılarının, bağımsızlığa hanel getirmeksizin, savcılık kurumunun bir bütün olarak düzgün işleyişini sağlamak ve adalet hizmetlerinin yerine getirilmesi ve insan haklarının korunmasında

etkinliği, açıklığı ve uyumluluğu sağlamak amacıyla bir hiyerarşiye tabi tutulabileceği belirtilmiştir (para.39). Ancak dikkat edilmesi gereken husus bu hiyerarşinin bağımsızlığa hanel getirilmemesidir. Bağımsızlığı zedeleyen bir hiyerarşi hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir.

Hiyerarşinin bağımsızlığa hanel getirmemesi için hukukun uygulanmasında birliği sağlamaya ve savcılıkların önceliklerini belirlemeye yönelik tavsiye ve yönergelerin genel nitelikte olması, yazılı olarak verilmesi ve şeffaf olması gerekir (para. 40). Bir savcının kendi hiyerarşik üstlerinden hukuka aykırı görünen veya mesleki etik kurallarına uygun olmayan bireysel talimatlar alması halinde, savcı bunlara uymak zorunda kalmamalı ve bu durumdaki savcıya gerekçelerini hiyerarşik üstüne sunma fırsatı verilmelidir (para.42). Alt derece savcılarının hukuka aykırı ya da haksız olduğunu düşündükleri talimat ve görevlendirmeler aleyhine başvurabilecekleri açık mekanizmaların bulunması gerekir (para.43).

Yine Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan Hukuk Devleti Kontrol Listesinde (Venice Commission, Rule of Law Checklist, CDL-AD(2016)007, Venedik Komisyonu tarafından 11-12 Mart 2016 tarihinde yapılan 106. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiştir, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-tur)) yargı bağımsızlığının bir unsuru olarak savcılarının bağımsızlığına özel bir önem atfedilmiş ve bir ülkede savcılarının bağımsızlığının güvence altına alınıp alınmadığını tespit etmek için sorulması gereken sorular şu şekilde belirtilmiştir:

“Savcılık kurumu için yeterli özerklik sağlanmış mıdır?

i. Savcılık makamı devlet yapısı içerisinde yeterli özerkliğe sahip midir? Savcı, siyasi beklentilerden ziyade hukuka dayanarak mı hareket etmektedir?

ii. Belirli davalarda yürütmenin, savcılık makamına özel talimatlar vermesine izin verilmekte midir? Eğer verilebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli, yazılı ve kamu denetimine tabi midir?

iii. Belirli davalarda, savcı kendisinden daha az kıdemli bir başka savcıya doğrudan talimatlar verebilir mi? Eğer verebiliyorsa, bu talimatlar gerekçeli ve yazılı şekilde midir?

iv. Daha az kıdemli savcı, kendisine yöneltilen talimatlara karşı, hukuka aykırı olması veya uygunsuz temellere dayanması nedenleriyle itiraz edebilir mi?

v. Ayrıca, savcı kendi yerinin değiştirilmesi ile ilgili talimatların geçerliliğine itiraz edebilir mi?

vi. Savcının görevinin feshine sadece emeklilik yaşının gelmesi nedeniyle veya disiplin amaçlarıyla mı izin verilir? Bunun yerine, savcılar uzun bir zaman için yeniden seçilme olasılığı olmadan atanmakta mıdır?

vii. Bu konular ve savcılarının görevden alınmasının temelleri açıkça kanunda düzenlenmiş midir?

viii. Savcılarının görevden alınmasına karşı kanun yolları mevcut mudur?

ix. Savcılar hakkında yapılan atama, nakil, ve terfi işlemleri objektif kriterlere mi dayanmaktadır, özellikle siyasi hususlar yerine beceri, doğruluk ve tecrübe mi esas alınmaktadır?

x. Savcılar için adil ve yeterli maaşlar mevcut mudur?

xi. Savcının uyguladığı yöntemler, sahip olduğu takdir yetkisinin nesnel olarak uygulanmadığı algısına yol açmakta mıdır?

xii. Savcıların verdiği kararlar yargı denetimine tabi midir?

Görüldüğü gibi Venedik Komisyonunun hukuk devletinin gereklerine ilişkin kriterleri ile Avrupa Savcılar Danışma Konseyi görüşünde yer alan ilkeler örtüşmektedir. Aynı ilkeler Venedik Komisyonu tarafından 2010 yılında kabul edilen Yargı Sistemlerinin Bağımsızlığına İlişkin Avrupa Standartları: II Bölüm, Savcılık Hizmetleri Raporunda da (17-18 Aralık 2010) da yer almaktadır (para.31-32). Buna göre savcılığın tarafsızlığını sağlamak için sadece dış etkilere karşı bağımsızlığının güvence altına alınması yeterli olmayıp, savcılar, savcılık mekanizması içinde de uygunsuz etkilere maruz kalmadan yargı süreçlerinde bağımsız bir şekilde karar alabilmelidir.

Sonuç olarak bir hukuk devletinde savcılık makamına yetkilerini kullanmasında hukuka aykırı siyasi etkilerden korunmasını sağlayacak yeterli özerklik sağlanmalıdır. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, savcılık makamı sadece hukuka dayalı ve hukuka uygun bir şekilde davranmalıdır. Bu durum, kanunun savcılık makamına, ceza yargılaması başlatma konusunda belli oranda takdir yetkisi tanınmasına engel bir durum değildir. Savcılık kurumu içinde de özerklik sağlanmalı ve savcılar arasında katı bir hiyerarşi bulunmamalıdır. Hukuka aykırı talimatlara karşı savcıların itiraz edebileceği mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin temel kurallar savcılar için de geçerli olmalıdır. Yolsuzluklara karşı bir güvence olarak savcı maaşlarının da yeterli olması önemlidir. Savcılığın doğrudan iktidarın kontrolünde olması ya da iktidarın kontrolü olmasa bile savcıların genel olarak iktidara yakın kişilerden oluşması halinde, soruşturma yetkisinin kötüye kullanılması, uygun olmayan veya taraflı soruşturmaların açılmasına neden olabilir. Bu durum hukukun eşit ve tarafsız uygulanmasını tehlikeye sokar ve bu yüzden bu tarz bir yoğunlaşma hukuk devleti için bir tehlikedir. Kamunun algısı böyle bir etkinin belirlenmesi açısından önemlidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da çeşitli kararlarında savcılığın bağımsızlığı konusunda Avrupa Savcılar Danışma Konseyinin benimsediği ilkelere uygun kararlar vermiştir. Alman savcılık sisteminde Adalet Bakanlığının savcılara emir verme yetkisini inceleyen Mahkeme, Alman yasası somut davalara ilişkin talimatların yasaya aykırı olamayacağını ve hatta bazı eyaletlerde bunların yazılı olmasını öngörmesine rağmen ABAD, bunun “her koşulda, bir cumhuriyet savcısının kararının (...) ilgili eyalet adalet bakanının talimatına tabi olması olasılığını ortadan kaldırmadığına” ve yasallık ilkesinin varlığının, “eyalet adalet bakanlığının, eyalet savcılığının sahip olduğu takdir yetkisini etkileyecek talimatlar vermesini önlemeyeceğini belirtmiştir (ABAD, 27 Mayıs 2019 tarihli ve C-508/18 ve C 82/19 sayılı birleştirilmiş davalar, para. 80, 81.)

Aynı şekilde ABAD C-566/19 PPU ve C-626/19 PPU'da sayılı birleşik davalarda, hiyerarşik bir yapıya sahip olan fakat Adalet Bakanının sadece ceza politikasına ilişkin genel nitelikte talimatlar verme yetkisinin bulunduğu ve bireysel davalara ilişkin talimat verme



yasağı öngören Fransız savcılık sistemini incelemiştir. ABAD, bağımsızlığın bireysel davalarda yürütmenin savcılık makamına talimat verme riskini yeterince ortadan kaldıracak kurumsal ve yasal güvencelerin bulunmasını gerektirdiğini ve somut davada bu koşulun yerine getirildiğini belirtmiştir (ABAD, 12. Aralık 2019 tarihli ve C-566/19 ve C-626/19 sayılı birleştirilen davalar, para. 8, 10, 52, 54.)

İptal davası konusu kural; yargı bağımsızlığı ve adil yargılanma hakkı bağlamında, savcıların yargısal bağımsızlık ve özerkliğine ilişkin olarak üzerinde açık bir uluslararası konsensüs bulunan yukarıdaki ölçütlerin tamamını ihlal etmektedir:

- İptali istenen kural ile başsavcılara genel nitelikte talimatlar verme yetkisi değil, somut soruşturmalarda savcılarca verilen bireysel kararları denetleme yetkisi verilmektedir.

Bu talimatların yazılı olmasını zorunlu kılan bir hükme yer verilmemiştir ve söz konusu talimatlar, öznel ve keyfi değerlendirmelere ve siyasetin müdahalesine karşı tamamen açık hale getirilmiştir.( Anayasa madde 137 gereğince, idari hiyerarşik ilişkide bile memurun, amirin “kanunsuz emri”ne itiraz hakkı, hatta yerine getirmeme ve emre karşı direnme hakkı bulunduğu halde, yargı görevinin temel taşı olarak dosyayı oluşturan savcıya, başsavcı karşısında reva görülen muamele, Anayasa madde 138 ve 140 hükümleri ile bağdaşır olmaktan uzaktır).

- Savcılara başsavcılarının kararlarına itiraz etme yetkisi tanınmamıştır.

Dolayısıyla belirtilen Avrupa standartlarında öngörülen hiçbir güvence yasadaki bulunmamaktadır.

Kaldı ki; mevzuat, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesini ve bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesini sağlayacak ve yargı bağımsızlığıyla bağdaşan gerekli araçlara da sahiptir. Zira; savcılarca verilecek takipsizlik kararlarının yargısal denetimi mevzuatta zaten öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 173. maddesine göre ilgililer takipsizlik kararlarına karşı itiraz edebilirler ve bu itirazlar sulh ceza hakimlerince incelenecektir. Uygulama birliğini sağlayacak olan ise yargısal içtihatlardır.

İptali istenen kural iç bağımsızlık ilkesine aykırı olarak savcılarının bütün bireysel soruşturmalarda verecekleri kararı başsavcının denetimine açmıştır. Ancak bu denetimin kapsamı ve ilkeleri belli değildir. Savcılara başsavcının talimatları karşısında kendi gerekçelerini ileri sürme imkânı da tanınmamıştır.

İhtilafli kuralın, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Zira; hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Yine, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Oysa, ihtilafli



kural, başsavcının işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu denetleme imkanı öngörmemekte; soruşturma yapılmasına yer olmadığına ve kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararlara ilişkin adil yargılanma hakkı güvencelerini ortadan kaldırmakta; savcılarının anılan türdeki kararları üzerinde yürütmenin hukuk dışı müdahalelerini mümkün hale getirmekte ya da daha da kolaylaştırmakta ve CMK m.173 ve yargısal içtihatlarla zaten sağlanabilen/sağlanması mümkün olan bir sonucu elde etmek gerekçesiyle, yargı bağımsızlığı ve son tahlilde de (zincirleme olarak) temel hak ve özgürlüklerin tamamı üzerinde ölçsüz, keyfi ve antidemokratik sonuçlar doğurmak suretiyle, kamu yararına açık şekilde aykırılık taşımaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural Anayasanın 2., 9., 36., 138. ve 140. maddelerine aykırıdır iptal edilmesi gerekir.

3- 7328 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 68. maddesine eklenen beşinci fıkranın Anayasaya aykırılığı

7328 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile 5275 sayılı Kanunun 68. maddesine eklenen beşinci fıkra ile belli kategori mahpusların gönderdiği ya da onlara gönderilen tüm mektup, faks ve telgrafların dijital olarak kaydedilmesi ya da fiziki olarak saklanması öngörülmektedir. Fıkraya göre kamu düzeninin korunması ile kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan veya tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülere gelen veya bu hükümlüler tarafından gönderilen mektup, faks ve telgraflar dijital olarak kaydedilebilir veya fiziki olarak saklanabilir. Bunlar, amacı dışında kullanılamaz, kanunda açıkça belirtilen hâller dışında hiçbir kişi veya kurumla paylaşılamaz, herhangi bir soruşturma veya kovuşturmaya konu edilmemiş ise en geç bir yıl sonunda silinir veya imha edilir. Silme veya imha işlemi Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenir. Bu fıkra hükmü dördüncü fıkra bakımından uygulanmaz

Görüldüğü gibi kural belli kategori mahpusların tüm iletişiminin kaydedilmesini öngörmektedir. Mahpuslar özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasının doğal sonucu olan kısıtlamalar dışında anayasal temel haklarından diğer kişiler gibi yararlanmaya devam ederler. Dolayısıyla mahpusların iletişimine yönelik müdahaleler, Anayasanın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hakkına müdahale teşkil eder. Anayasanın 22. maddesi şöyledir:

“Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

Anayasanın 13. maddesine göre temel haklara yönelik kısıtlamaların ilgili maddede öngörülen sebeplerle sınırlı olarak ve yasayla yapılması, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir.

Öngörülen düzenlemenin pek çok bakımdan Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Öncelikle Anayasanın 22. maddesinde öngörülmeven bazı amaçlara yer verdiği görülmektedir. Yasada “kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması” amacından söz edilmektedir, ancak Anayasanın 22. maddesinde böyle bir amaç yer almamaktadır.

Bu durum, öncelikle, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında anayasal nedensellik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır: eğer sınırlama nedeni Anayasa’da öngörülüyor ise, bu durumda da, ancak öngörülen nedenle yasal düzenleme yapma olanağı vardır.

Bu nedensellik kuralına uyulması halinde bile, yasa ile sınırlama koşulunun karşılanabilmesi için yasanın belirlilik, öngörülebilirlik ve keyfi müdahalelere karşı güvenceler içermesi gerekir.

AİHM içtihadına göre, Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yasallık ilkesinin gerekliliklerinin karşılanabilmesi için kamu makamlarının hangi durumlar ve koşullarda bu gibi tedbirlere başvururmayaya yetkili olduğuna dair öngörülebilirliği sağlamak için kanun hükümleri yeterince açık olmalıdır (Lavents /Letonya, §135). Hukuka uygunluk gereklilikleri yalnızca ulusal hukukta bir yasal dayanak olmasını değil; aynı zamanda kanunun, açık, etkileri bakımından öngörülebilir ve hareketlerinin sonuçlarını öngörebilecek konumda olması gereken ilgili kişiler için erişilebilir olmasını gerektiren niteliğini de ifade eder (Silver ve Diğerleri /Birleşik Krallık, § 88).

Eğer yasa mahpusların haberleşmelerinin izlenmesine yönelik tedbirlerin süresini veya bunları haklı kılan sebepleri düzenlemiyorsa, ilgili alanda yetkililere tanınan takdirin kullanılmasının kapsamı ve biçimini yeterli açıklıkla belirtmiyorsa veya eğer makamlara çok geniş bir takdir yetkisi bırakıyorsa, Sözleşme ile uyumlu değildir (Labita /İtalya [BD], §§ 176 ve 180-184; Niedbała /Polonya, §§ 81-82; Lavents /Letonya, § 136).

Ulusal hukukun, müdahaleye izin verdiği durumlarda, cezaevi makamlarının kötüye kullanımını engellemek için güvenceler de içermelidir. Tedbirin uzunluğu veya onu gerektirebilecek sebepler hakkında hiçbir şey söylemeden, yalnızca haberleşmesinin “sansürlenebileceği” kişi grubunu ve yetkili mahkemeyi tespit eden bir kanun yeterli değildir (Calogero Diana /İtalya, §§ 32-33).

Ayrıca Mahkeme, mahpusların haberleşmesinin izlenmesi ile ilgili ulusal hükümlerin ulusal makamlara çok fazla serbestlik tanıdığı ve “haberleşmenin izlenmesinin bu nedenle otomatik, bir yargı mercii kararından bağımsız ve itiraz edilemez gözükmesine” neden olacak şekilde, cezaevi müdürlerine “mahpusun rehabilite edilmesi süreci için uygun olmayan” herhangi bir haberleşmeyi saklama yetkisi verdiği durumda, ihlal tespit etmektedir (Petra /Romanya, § 37). Ancak, takdir hakkı tanıyan bir kanunun bu takdirin kapsamını belirtmesi gerekiyor olsa da (Domenichini /İtalya, § 32), Mahkeme, kanunun lafzında mutlak bir kesinlik yakalanmasının imkânsız olduğunu kabul eder (Calogero Diana /İtalya, § 32).

Bütün bu içtihat dikkate alındığında iptali istenen kuralın belirli suçlardan mahkûm olan bütün mahpusların her türlü iletişiminin kaydedilmesini öngörmektedir. Hiçbir somut gerekçe göstermeksizin ve süresiz olarak bütün yazışmaların kayda alınmasının keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içerdiğini söylemeye olanak bulunmamaktadır. Kural, somut bir ilke ve ölçü belirlemeden cezaevi idaresine yazışmalara müdahale yetkisi tanımaktadır. Üstelik, bu yetkinin kullanımında idareye sınırsız bir takdir alanı bırakılmıştır ki, böyle bir düzenlemenin, öznel değerlendirmelere ve keyfi uygulamalara yol açacağı açıktır.

Diğer taraftan kuralda geçen “tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülere” ibarelerinin hiçbir belirlilik içermediği ve kamu otoritelerine keyfi müdahale yetkisi verdiği açıktır. Gerçekten de; kullanılan ifade belirsizdir; söz konusu hak sınırlamasının, uygulamada, keyfi şekilde, tüm hükümlüler ya da (madde lafzında yer alsın ya da yer almasın) belirli suç tiplerinden mahkum olmuş tüm hükümlüler açısından genel bir idari uygulama halini alması sonucunu doğurabilecektir. Söz konusu ibarenin işaret ettiği kapsam, herhangi bir objektif kriter ile çerçevelenmemiştir. Bir hak sınırlama koşuluna tekabül eden söz konusu ibarenin kapsamı öngörülebilir değildir ve nasıl anlaşılacağı tamamen uygulayıcının keyfiliğine terk edilmiştir. Söz konusu ibare, genel bir idari uygulamanın sonucu olarak ya da hata yapma riski almak istemeyen ceza infaz kurumları yetkililerinin aşırı “ihtiyatlılıkları” sonucu; hak sınırlamasının dar değil geniş yorumlanması sonucuna yol açmaya elverişli mahiyettedir. Bu açıdan, ihtilafli kural, maddi anlamda kanuniliğin asgari koşullarını karşılamamaktadır.

Ayrıca kuralda yazışmaların fiziki olarak saklanabileceği belirtilmektedir, ancak bu hükümden yazışmaların aslının ilgisine verilip kopyasının mı saklanacağı yoksa ilgisine teslim edilmeksizin aslının mı saklanacağı da anlaşıl原因amamaktadır. Uygulamada cezaevi idarelerin bu hükme dayanarak mektup ve faksları teslim etmeme ve el koyma yoluna gitmeleri de büyük olasılıktır.

Dolayısıyla öngörülemez ve keyfiliğe açık olan kuralın yasallık ilkesini karşılamadığı ve Anayasanın 13 ve 22 maddelerine aykırı olduğu açıktır.

Diğer taraftan, temel haklara yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir. Bu çerçevede, haliyle bir mahpusun haberleşme hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir (Yefimenko /Rusya, § 142). Bu “gereklilik” mahpusluğun olağan ve makul gereklilikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Özellikle “düzenin korunması ve suç işlenmesinin engellenmesi” (Kwiek /Polonya, § 47; Jankauskas /Lithuania, § 21), bir mahpusun durumunda, serbest bir kişiye kıyasla daha kapsamlı bir müdahaleyi haklı kılabilir. Ancak bunun için kamu düzeni ya da kamu güvenliğine yönelik tehdidin somut olarak ortaya konulması gerekir. Kategorik ve sınırsız bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu öne sürmeye olanak bulunmamaktadır.

Ayrıca, mahpusların haberleşme hakkına yönelik müdahalelerin ölçülü olması gerekir. Yani, öngörülen tedbirin hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekir. AİHM içtihadına göre, izlemenin kapsamı ve kötüye kullanıma karşı yeterli güvencelerin varlığı bu değerlendirmedeki en temel kriterlerdir (Tsonyo Tsonev /Bulgaristan, § 42). Ayrıca müdahaleye konu haberleşmenin kimler arasında gerçekleştiği de önemli bir ölçüttür. Örneğin bir avukat ile olan haberleşme gibi bazı haberleşme türleri, arttırılmış bir gizlilik seviyesine sahip olmalıdır, özellikle de cezaevi makamları aleyhine şikâyetler içerdiği durumda (Yefimenko /Rusya, § 144). Müdahalenin kapsamı ve niteliği bakımından, haberleşilen kişi türleri arasında ayırım yapılmaksızın mahpusun tüm haberleşmesinin izlenmesi söz konusu menfaatler arasındaki dengeyi bozar (Petrov /Bulgaristan, § 44). İptali istenen kuralda dördüncü fıkrada yer alan durumlar istisna tutulmuştur. Yani mahpusların avukatları ve kamu kurumları ile haberleşmesine ilişkin mektup, faks ve telgraflar istisna tutulmuştur. Ancak yakın akrabaları, doktoru vb gibi kişilerle yapılan yazışmalar herhangi bir istisnaya yer vermeksizin kategorik olarak dijital olarak kaydedilebilecek ya da fiziki olarak saklanabilecektir. Oysa AİHM, bir mahpusun suçlularla ve diğer tehlikeli bireylerle haberleşmesi ile özel hayatı ve aile hayatıyla ilgili olan haberleşmesi arasında ayırım yapar (Čiapas /Lithuania, § 25). Aynı şekilde küçük

mahpusların durumuna ilişkin de herhangi bir özel düzenleme yapılmamıştır. İhtilafı kural, bu itibarla; genel ve sistematik sınırlamalara yol açma ihtimali taşımaktadır.

Mahpusun mahkemeden kaçacağı veya tanıkları etkileyeceğine dair salt bir korku duyulması, bir mahpusun tüm haberleşmesinin rutin şekilde kontrolü için ucu açık izni haklı kılmaz (Jankauskas /Litvanya, § 22). Bu içtihat kapsamında değerlendirildiğinde iptali istenen kuralın herhangi bir somut tehlike olduğunu gösterme yükümlülüğü öngörmeksizin mahpusların tüm haberleşmesinin rutin olarak kayda alınmasına izin verdiği görülmektedir.

Ayrıca herhangi bir suç unsuruna rastlanmayan yazışmaların bir yıla kadar kopyalarının idarece saklanmasına izin verilmiştir. Suç unsuru içermeyen yazışmaların kaydının derhal silinmesi ya da yok edilmesi gerekirken, idarece keyfi olarak saklanması ölçülü olmadığı gibi, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkını da ihlal eder.

Yine Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesine göre: "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". Kural, hükümlülerin kişisel verilerin korunmasını isteme haklarının gerektirdiği güvenceleri öngörmemiştir. Zira;

- a) Söz konusu kişisel verilerin kim tarafından ve ne şekilde saklanacağını,
- b) Suistimalleri engelleyecek somut güvencelerin neler olduğunu,
- c) Kişisel verilerin korunması hakkına yönelik sınırlamalara karşı açık bir başvuru usulünü,
- d) Herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmemiş iletişim kayıtlarının, en geç bir yıl sonunda kimin tarafından silineceğini ve verilerin silinmesi için izlenecek başvuru usulünü,
- e) Herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmiş iletişim kayıtlarının, ne zaman, kimin tarafından silineceğini ve verilerin silinmesi için izlenecek başvuru usulünü,

belirtmemiştir. Düzenleme, kişisel verilerin korunmasına yönelik gerekli güvenceleri kanun düzeyinde açık şekilde içermemesi ve keyfi uygulamalara sebebiyet verecek olması itibariyle de, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerindeki kanunilik ilkesine aykırıdır.

Öte yandan; sırf bazı kişilerin bir hakkı kötüye kullanma riskinin varlığı, o hakka, potansiyel şekilde bütün bir insan kategorisi açısından ağır sınırlamaların getirilebilmesini haklı kılmaz. Yukarıda ihtilafı kuralın haberleşme özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin yapılan tespitler, mutatis mutandis özel ve aile hayatı hakkı açısından da geçerlidir. Eklemek gerekir ki; iletişim araçlarının kaydedilmesini ve saklanmasını öngören ihtilafı kural, hiçbir ayırım gözetmeden, kişinin, 1. ve 2. derece kan hısımları ve eşi de dahil olmak üzere, en yakınlarıyla olan iletişimini de kapsamaktadır. Mahpusun ve özel ve aile hayatı bakımından en önde gelen yakınlarının, söz konusu kayıt ve saklama ihtimali sebebiyle, bir insanın yaşamına anlam veren mahrem ve duygusal paylaşımlardan kaçınacakları şekilde bir oto sansür uygulamaları muhtemeldir. İhtilafı kural, bu itibarla da, kişinin özel ve aile hayatı hakkı üzerinde ölçsüz bir sınırlama yaratmaktadır.

Bu düzenleme ile haberleşme hak ve özgürlüğüne müdahale edilen kişiler, mahpuslar ile sınırlı olmayıp, mahpus olmayan özgür kişileri de kapsamına almaktadır. Başka bir deyişle, akrabalık ilişkisi bulunsun veya bulunmasın, şu veya bu nedenle mahpus kişi ile haberleşen herkes, böyle bir müdahalenin mağduru olacaktır. Bu durum, araç-amaç ilişkisi bakımından sınırlamanın amacı ile de bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, iptali istenen kural, sadece mahpusların özgürlüğüne müdahale olmayıp, mahpuslarla haberleşen kişilerin de hak ve özgürlüklerine müdahale ile sonucunu doğuracağından, “cezaların şahsiliği” kuralını (md.38) zedelemektedir. Zira, suçlu olan mahpustur; mahpusa uygulanan yaptırım, yakınlarına teşmil edilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasada öngörülmeleyen amaçlarla sınırlanmaya olanak tanınması; belirlilik, öngörülebilirlik taşıma ve keyfi müdahalelere karşı güvence içermeye ilkelerine aykırı olması nedeniyle (maddi anlamda anlaşılan) yasallık ilkesine aykırı olması ve demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine aykırı olması nedeniyle Anayasanın 13., 20 ve 22. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmesi gerekir.

4- 7328 sayılı Kanunun 8. maddesiyle 5275 sayılı Kanun’un 83. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasaya aykırılığı

7328 sayılı Kanun’un 8. maddesi ile 5275 sayılı Kanunun 83. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile belli suçlardan mahkûm olan mahpusların aile üyeleri ve yakın akrabalarının ziyaretleri sırasında yaptığı görüşmelerin dinlenmesi ve kayda alınmasına olanak tanınmaktadır. Buna göre; “önceden bilgilendirilmek suretiyle, kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan ve terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olan veya tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülerin birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki kişilerle yapacakları görüşmeler, kamu düzeninin korunması ile kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla kurum yönetimi tarafından dinlenebilir ve elektronik cihazlar da dâhil olmak üzere kaydedilebilir. Bu fıkra uyarınca tutulan kayıtlar, amacı dışında kullanılamaz ve kanunda açıkça belirtilen hâller dışında hiçbir kişi veya kurumla paylaşamaz. Bu kayıtlar herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmemiş ise en geç bir yıl sonunda silinir. Silme işlemi Cumhuriyet savcısı tarafından denetlenir.”

Bu kural ile Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkına müdahale edildiği açıktır. AİHM, ziyaretler sırasında bir mahpus ile akrabaları arasındaki konuşmaların kayıt altına alınması ve saklanması özel hayata müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir (Wisse /Fransa, § 29).

Anayasanın 20. maddesi şöyledir:

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.



Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Anayasanın 13. maddesine göre temel haklara yönelik kısıtlamaların ilgili maddede öngörülen sebeplerle sınırlı olarak ve yasayla yapılması, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olması gerekmektedir.

Öngörülen düzenlemenin pek çok bakımdan Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Yukarıda (3) numaralı başlık altında 7. maddeye ilişkin açıklamalar mutatis mutandis bu kural için de geçerlidir. Zira 7. maddedeki düzenlemede mahpusların yazışmaları ile ilgili öngörülen sınırlama, bu kuralda aynı şekilde ve içerikte ziyaretçilerle görüşmelere ilişkin olarak öngörülmüştür. Öncelikle Anayasanın 20. maddesinde öngörülmeyen bazı amaçlara yer verdiği görülmektedir. Yasada “kişi, toplum ve kurum güvenliğinin sağlanması” amacından söz edilmektedir, ancak Anayasanın 20. maddesinde böyle bir amaç yer almamaktadır.

Diğer taraftan, anayasal nedensellik gereğinin yanısıra, yasa ile sınırlama koşulunun karşılanabilmesi için yasanın belirlilik, öngörülebilirlik ve keyfi müdahalelere karşı güvenceler içermesi gerekir.

AİHM içtihadına göre, Sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen yasallık ilkesinin gerekliliklerinin karşılanabilmesi için kamu makamlarının hangi durumlar ve koşullarda bu gibi tedbirlere başvurmaya yetkili olduğuna dair öngörülebilirliği sağlamak için kanun hükümleri yeterince açık olmalıdır (Lavents /Letonya, §135). Hukuka uygunluk gereklilikleri yalnızca ulusal hukukta bir yasal dayanak olmasını değil; aynı zamanda kanunun, açık, etkileri bakımından öngörülebilir ve hareketlerinin sonuçlarını öngörebilecek konumda olması gereken ilgili kişiler için erişilebilir olmasını gerektiren niteliğini de ifade eder (Silver ve Diğerleri /Birleşik Krallık, § 88).

İptali istenen kural birçok yönden kanunilik ilkesini karşılamamaktadır. Öncelikle kuralda yer alan “tehlikeli hâlde bulunan ya da dışarı ile iletişiminin kurum güvenliği açısından tehlikeli olabileceği değerlendirilen hükümlülerin” ibaresi, anayasal nedensellik gereğine aykırı olduğu gibi, yasaların içeriğinin belirli ve açık olması ilkesine aykırıdır. İdareye keyfi olarak istediği kişilerin özel hayatına müdahale etme yetkisi tanımaktadır. Kişinin tehlikeli halde bulunmasından kastedilenin ne olduğunu objektif olarak belirlemek mümkün değildir. Aynı şekilde kişinin iletişiminin kurum güvenliği tarafından tehlikeli olabileceği değerlendirmesinin hangi ölçütlere göre yapılacağı açık değildir. Somut gerekçe gösterme yükümlülüğü öngörmeden, sübjektif değerlendirme ile kişilerin haklarının sınırlandırılması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerini ihlal eder ve yasallık ilkesine aykırılık oluşturur. Söz konusu ibare, genel bir idari uygulamanın sonucu olarak ya da hata yapma riski almak istemeyen ceza infaz kurumları yetkililerinin aşırı “ihtiyatlılıkları” sonucu; maddedeki hak sınırlamasının dar değil geniş yorumlanmasına elverişli mahiyettedir. Ezcümle; bir hak sınırlama koşuluna tekabül eden söz konusu ibarenin kapsamı öngörülebilir değildir ve nasıl anlaşılacağı tamamen uygulayıcının öznel ve keyfi değerlendirmesine terk edilmiştir.

Diğer taraftan kural belli suçlardan mahkûm olan kişilerin tamamına ve süresiz olarak her türlü ziyaretçi görüşmesinin dinlenmesi ve kayda alınmasına olanak tanımaktadır. Düzen-



lemenin belirsiz niteliği ve öngörülebilir bir kapsam taşımaması, onun, uygulamada hükümlülerin somut durumlarıyla ilgili gerçek bir inceleme yapılmasından sarfinazar edilmesini muhtemel kılacağı gibi, -madde lafzında yer alan ya da yer almayan- belirli suç tiplerinden mahkûm olmuş hükümlüler açısından genel ve sistematik idari sınırlamalara yol açması sonucunu doğurabilecektir. Somut tehlike gösterilmeden sınırsız ve ucu açık bir şekilde tanınan yetkinin bir kanunda bulunması gereken keyfi müdahaleleri önleyecek güvenceler içermeye gerekliliğine aykırı olduğu açıktır. Aynı şekilde ziyaretçinin kim olduğu ve mahpus ile yakınlığına bakılmaksızın kategorik olarak her ziyaretin dinlenmesi ve kayda alınması keyfi müdahalelere kapı açacağı gibi ölçülü olarak da kabul edilemez.

Mahpuslar hürriyet haklarının kısıtlanmasının doğal sonucu olan kısıtlamalar dışındaki temel anayasal haklarına sahip olmaya devam ederler. Bir kişinin özel hayat hakkını kategorik olarak ortadan kaldıran bir düzenleme aynı zamanda hakkın özünü de zedeleyecektir.

Bu düzenleme ile hak ve özgürlüğüne müdahale edilen kişiler, mahpuslar ile sınırlı olmayıp, mahpus olmayan özgür kişileri de kapsamına almaktadır. Başka bir deyişle, mahpusu ziyaret eden kişiler de, böyle bir müdahalenin mağduru olacaktır. Bu durum, araç-amaç ilişkisi bakımından sınırlamanın amacı ile de bağdaşmamaktadır. Bu itibarla.

İptali istenen kural, sadece mahpusların özgürlüğüne müdahale olmayıp, ziyaretçilerin (yani suç işlememiş yakınlarının da) hak ve özgürlüklerine müdahale ile sonucunu doğuracağından, “cezaların şahsiliği” kuralını (md.38) zedelemektedir. Zira, suçlu olan mahpustur; mahpusa uygulanan yaptırım, yakınlarına teşmil edilemez.

Eklemek gerekir ki; Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 24.4 numaralı kuralına göre, “Ziyaretler, mahpusların aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmelidir” (Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Rec(2006)2-rev Sayılı Tavsiye Kararı). Sırf bazı kişilerin bir hakkı kötüye kullanma riskinin varlığı, o hakka, potansiyel şekilde bütün bir insan kategorisi açısından ağır sınırlamaların getirilebilmesini haklı kılmaz. 5275 sayılı Kanun'un 83. maddesinin ilk iki fıkrası, hükümlünün eşi ve 1. ve 2. dereceden kan hısımlarını da kapsayarak, geniş bir muhatap yelpazesini içermektedir. Teklif metninde öngörülen dinleme ve kayıt alma yetkisi, hükümlülerin özel hayat ve aile hayatı haklarına müdahale oluşturmaktadır. Mahpus olmak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmaz. Hükümlünün en mahrem görüşmelerinin, yalnızca kurum yönetiminin anılan son derece geniş sınırlama sebeplerinden birisinin bulunduğu tespiti ve ona bağlı kararı sonucunda dinlenebilmesi ve elektronik cihazlarla kaydedilebilmesi, kişilerin, kendilerini sansürleyerek, özel hayat ve aile hayatı haklarını etkili şekilde kullanamamaları sonucunu doğurma riski taşımaktadır. AİHM, muhatap kategorileri arasında ayırım yapılmadan, mahpusun gönderdiği ve aldığı bütün mektupların-kontrolün uygulanmasına ilişkin kural yokluğunda ve yetkililerin gerekçe gösterme yükümlülüğü de bulunmazken- kontrol edilmesinin, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiğini belirlemiştir (AİHM, Petrov-Bulgaristan, 22 Mayıs 2008, başvuru no: 15197/02, §44). Söz konusu dinleme ve kayıt ihtimali sebebiyle, mahpusların ve yakınlarının, bir insanın yaşamına anlam veren mahrem ve duygusal paylaşımlardan kaçınacakları şekilde bir oto sansür uygulamaları muhtemeldir. Temelde, belirsiz kapsamı sebebiyle kanunilik ilkesine aykırı olan ihtilafli kural; yol açacağı kategorik sınırlamalar sebebiyle de, kişinin özel ve aile hayatı hakkı üzerinde ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır.

Böyle bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere müdahale, mahpus olmayan kişilerin, Anayasa güvencesi altında bulunan hak ve özgürlüklerini haydi haydi sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, mahpus olma durumundan kaynaklı sınırlamaların mahpus olmayan kişileri de kapsamına alacak şekilde uygulanması, “Ceza sorumluluğu şahsidir” şeklindeki Anayasa kuralına da (md.38) aykırıdır.

Diğer taraftan soruşturmaya konu edilmemiş olmasına rağmen idarenin görüşme kayıtlarını bir yıla kadar saklamasına izin verilmiştir. Oysa suç unsuruna rastlanmayan bir kaydın derhal silinmesi gerekir. Hiçbir somut gerekçe yok iken kişilerin yakınlarıyla yaptıkları görüşmelerin kayıtlarının idarenin elinde tutulması demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı gibi buna imkân tanıyan bir yasanın da keyfi müdahalelere karşı yeterli güvence içerdiği söylenemez.

Esasen, Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesine göre: “Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Elektronik cihazla kayıt imkanını öngören ve maddi anlamda kanunilik ilkesinin içerdiği belirlilik ve öngörülebilirlik niteliklerinden yoksun olan teklif metni, hükümlülerin kişisel verilerin korunmasını isteme haklarının gerektirdiği güvenceleri öngörmemiştir. Zira;

- a) Söz konusu kişisel verilerin kim tarafından ve ne şekilde saklanacağını,
- b) Suistimalleri engelleyecek somut güvencelerin neler olduğunu,
- c) Kişisel verilerin korunması hakkına yönelik sınırlamalara karşı açık bir başvuru usulünü,
- d) Herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmemiş iletişim kayıtlarının, en geç bir yıl sonunda kimin tarafından silineceğini ve verilerin silinmesi için izlenecek başvuru usulünü,
- e) Herhangi bir soruşturma ve kovuşturmaya konu edilmiş iletişim kayıtlarının, ne zaman, kimin tarafından silineceğini ve verilerin silinmesi için izlenecek başvuru usulünü, belirtmemiştir. Düzenleme, kişisel verilerin korunmasına yönelik gerekli güvenceleri kanun düzeyinde açık şekilde içermemesi ve keyfi uygulamalara sebebiyet verecek olması itibarıyla de, Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerindeki kanunilik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 13., 20. ve 38. maddelerine aykırıdır iptaline karar verilmesi gerekir.

### III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

17.06.2021 tarih ve 7328 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen kuralları yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın pek çok maddesine aykırıdır ve uygulanması halinde telafisi imkânsız sonuçlar doğuracağı açıktır. İptali istenen kurallar açık bir şekilde bireylerin anayasal temel haklarını ihlal etmektedir. Bireylerin özel hayatın gizliliği ve haberleşme haklarıyla, özel ve aile hayatı haklarını ağır bir şekilde ihlal eden, hukuk devletinin temel bileşenlerinden biri olan yargı bağımsızlığını zedeleyen düzenlemelerin uygulanması halinde bu haklara yönelik ihlalleri ortadan kaldırmak mümkün olmayacaktır. Anayasa'ya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere açıkça aykırı olan düzenlemelerin kişi haklarını ihlal edecektir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi temel hak ve özgürlükleri, hak sınırlama ölçütlerine aykırı şekilde sınırlandıran kurallar Anayasanın pek çok hükmünü, ihlal etmektedir. 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 sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

İptali istenen kuralların uygulanmasından kaynaklanan ağır temel hak ihlallerinin bir an önce sona erdirilmesi ve daha ağır ve telafisi imkânsız sonuçlar doğurmasını engellemek amacıyla Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

#### IV. SONUÇ VE İSTEM

17.06.2021 tarih ve 7328 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun;

1- 2. maddesiyle 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 18. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, Anayasanın 2., 9., 36., 138. ve 140. maddelerine,

2- 3. maddesiyle 5235 sayılı Kanun'unun 40. maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasanın 2., 9., 36., 138. ve 140. maddelerine,

3- 7. maddesiyle 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 68. maddesine eklenen beşinci fıkranın, Anayasanın 13., 20., 22. ve 38. maddelerine,

4- 8. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 83. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, Anayasanın 13, 20. ve 38. maddelerine,

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