

“ ...

1. 7145 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin (C) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın Anayasaya aykırılığı

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinde Valinin asayişle ilgili yetkileri düzenlenmiştir. Bu çerçevede kolluk kuvvetlerinin sevk ve idaresi, sahil ve hudutların korunması, il sınırları içinde asayiş ve düzenin sağlanması hususları maddede düzenlenmiştir. Maddenin (C) fıkrasına eklenen yeni paragrafta ise valiye, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratabilecek şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde on beş günü geçmemek üzere ildeki belirli yerlere girişi ve çıkışı kamu düzeni ya da kamu güvenliğini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için sınırlama yetkisi tanınmıştır. Ayrıca vali belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleyebilecek veya kısıtlayabilecek ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklayabilecektir.

Görüldüğü gibi getirilen yeni paragrafla valilere öncelikle belli kişiler için onbeş günü geçmemek üzere belli yerlere girip çıkış sınırlaması getirebilecektir. Bunun için kamu düzeninin olağan hayatı durduracak kadar bozulmuş olması ya da bozulacağına dair ciddi belirtilerin ortaya çıkması gerekecektir. Ayrıca bu hallerde herkes için değil, kamu düzenini bozabileceği şüphesi bulunan kişiler için bu sınırlamayı uygulayabilecektir.

Bu yetkinin Anayasa’nın 23. maddesinde güvence altına alınmış olan seyahat özgürlüğünün yanı sıra bazı koşullarda Anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü hakkına da müdahale oluşturacağı açıktır. Özellikle kişilerin bir yerden çıkmaktan 15 gün boyunca men edilmesi halinde bunun özgürlük hakkına yönelik bir müdahale oluşturması da kaçınılmazdır. Bu durumda bu temel haklara yönelik sınırlamaların Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen genel sınırlama ölçütlerine ve ilgili maddelerde yer alan özel sınırlama ölçütlerine de uygun olması gerekir.

Öncelikle Anayasanın 13. maddesine göre sınırlamanın kanunla yapılması zorunludur. Aynı şekilde hem 19. maddede hem de 23. maddede bu hakların ancak kanunla sınırlanabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM’in yerleşik içtihadına göre hakka sınırlama getiren yasanın öngörülen kanunla sınırlama kriterini yerine getirebilmesi için belli niteliklere sahip olması gerekir. Buna göre bir düzenlemenin kanunla sınırlama ölçütünü karşılayabilmesi için, içeriği belirli ve sonuçları öngörülebilir olmalıdır. Kanunilik ölçütü, sınırlamaya ilişkin kuralın “erişilebilirliği”ni ve öngörülebilirliği ile kesinliğini ifade eden “belirliliği”ni garanti altına alır (Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 55). Belirlilik, bir kuralın keyfiliğe yol açmayacak bir içerikte olmasını ifade eder. Temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin kanuni düzenlemenin içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması gerekir. Bir kanuni düzenlemede, hangi davranış veya olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağı ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağı belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya konmalıdır. Bu durumda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri mümkün hale gelebilir. Böylece hukuk güvenliği sağlanarak kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçilmiş olur (Hayriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, §§ 56, 57). Hukuksal durumların takdirindeki belirsizlik, temel haklar alanında getirilen güvencelerin işlevsiz hale gelmesine neden olur. Zira ilgili kanuni düzenlemenin hangi davranış veya

olgulara hangi hukuksal sonuçların bağlanacağını ve bu bağlamda kamusal makamlar için nasıl bir müdahale yetkisinin doğacağını belirli bir kesinlik ölçüsünde ortaya koymaması durumunda bireylerin hak ve yükümlülüklerini öngörerek davranışlarını bu doğrultuda tanzim etmeleri olanaksız hale gelebilecektir (Hayriye Özdemir, § 57). Ayrıca ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir (Hayriye Özdemir, § 58). Aksi bir durumda Anayasa'nın 13. maddesinin aradığı anlamda kamu gücünü kullanan organların keyfi davranışlarının önüne geçen ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olacak erişilebilir, öngörülebilir ve kesin nitelikte bir kanun hükmünün bulunmadığı sonucuna varılacaktır (Tuğba Arslan, § 91).

Bireyler için öngörülebilirlik sağlamayan bir düzenleme Anayasa'da öngörülen kanunla sınırlama gereğini karşılamaktan uzaktır (Bu yönde pek çok AİHM kararı arasında bkz. Işıkırık/Türkiye, (no.41226/09, 14.11. 2017; Bakır ve diğerleri/Türkiye no. 46713/10, 10.7.2018; İmret /Türkiye (no. 2) no. 57316/10, 10.7.2018).

Bu ilkeler açısından ele alındığında iptali istenen kuralın belirsiz olduğu ve keyfi idari uygulamalara yol açabileceği açıktır. Zira kuralda “kamu düzeninin bozulabileceği yönünde ciddi belirtiler bulunması” halinden söz edilmektedir. Kamu düzeninin bozulabileceğine dair ciddi belirti nedir ve bu nasıl tespit ve takdir edilecektir, belli değildir. Diğer taraftan kısıtlamanın uygulanacağı kişilerin tespiti açısından da düzenlemede “kamu düzenini bozabileceğinden şüphelenilen kişiler”den söz edilmektedir. Vali kamu düzenini bozabileceğinden şüphelendiği kişileri 15 güne kadar bir yere girmekten men edebileceği gibi bir yerden çıkmasını da yasaklayabilecektir. Kişilerin haklarının kısıtlanmasına neden olacak şüphenin dayanaklarının neler olabileceği, belli değildir. Herhangi bir kişi hakkında böyle bir kısıtlamaya gidildiğinde, kişinin söz konusu kısıtlamanın keyfi olduğunu ileri sürme imkânları düzenlenmemiştir. Keyfi kullanımı önleyecek hiçbir güvenceye yer verilmemiştir. Ayrıca “kamu düzeninin olağan hayatı durduracak şekilde bozulması” deyimini de açık ve çerçevesi belli olmaktan uzaktır. Mesela şehrin belli bir bölgesinde kalabalık bir insan topluluğunun bir araya gelmesi dolayısıyla trafikte bazı aksamalar meydana gelmişse, hayatın olağan akışı durmuş mudur? Görüldüğü gibi bu kavram çok geniş bir şekilde yorumlanarak keyfi kısıtlamalar yapılmasına imkân veren bir kavramdır.

Diğer taraftan 15 günlük süre sona erdiğinde valinin yeniden aynı kararı vermek suretiyle aylarca kişileri ev hapsinde tutması ya da mesela işyerinin bulunduğu alana girmesini yasaklayabilmesi olanaklıdır. Bu nedenle getirilen düzenleme pek çok bakımdan içeriği belirsiz ve keyfi uygulamalara açıktır.

Diğer taraftan bu belirsizlik haklara yapılacak müdahalenin ölçüsüzlüğü sonucunu da doğuracaktır. Süre yönünden getirilen düzenlemenin aynı kararların yeniden alınmasını kesin bir şekilde yasaklamaması dolayısıyla defalarca uzatılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

İptali istenen kural ile valilere belli yerlerden çıkış yasağı koyma yetkisi tanınarak ilgili kişiler için bir tür ev hapsi uygulamasına olanak tanınmıştır. Kişinin belli bir süre boyunca evinden çıkmasının yasaklanması AİHM içtihadına göre seyahat özgürlüğünün ötesinde kişinin özgürlük ve güvenlik hakkına da müdahale teşkil edecektir. Kişinin günün 24 saatinde ev hapsinde tutulması bu bakımdan kesinlikle özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturacaktır (NC/İtalya,(GC) no.24952/94, 18.12.2002, § 50; Nikolova/ Bulgaristan (No 2), no. 40896/98, 30.09.2004). Bunun ötesinde kişinin bir adanın belli bir bölgesinde yaşamaya zorlanması ve oradan dışarıya çıkışına izin verilmemesi de, kişi ailesiyle birlikte yaşıyor olsa

bile, niteliğine göre sosyal izolasyon vb diğer unsurlarla birlikte dikkate alındığında özgürlük hakkına müdahale teşkil edebilir (Guzzardi/İtalya, 7367/76, 06.11.1980). Hatta bir kişinin ülkeye girişine izin verilmemesi dolayısıyla, sığınma başvurusu sonuçlanıncaya kadar 20 gün boyunca havaalanının uluslar arası transit yolcu bölümünde kalmak zorunda kalması (başka ülkeye gitme imkanı olmasına rağmen) özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale olarak nitelenmiştir (Amuur/Fransa, no. 19776/92, 25.06.1996). Bu açıklamalar ışığında iptali istenen kural ile valilere tanınan bazı kişilerin on beş güne kadar belli yerlerden çıkmalarını yasaklama yetkisinin özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale oluşturacağında kuşku yoktur.

Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında özgürlük kısıtlamalarının hangi hallerde ve hangi makamın kararına dayalı olarak yapılabileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Burada belirtilen nedenler arasında kamu düzenini bozacağı şüphesiyle kişilerin valilik kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması yer almadığı gibi valinin idari kararıyla kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması da hiçbir şekilde mümkün değildir. Bu nedenle kural hem sınırlama amacı hem de sınırlama usulü bakımından anayasaya açıkça aykırıdır.

Ayrıca getirilen yasaklar dolayısıyla başka pek çok temel hakkın ihlali de söz konusu olabilecektir. Mesela kişilerin okullarının olduğu alanlara, örneğin bazı üniversite öğrencilerinin kampüslere girmesinin yasaklanması halinde eğitim hakkı ihlal edilecektir. Bazı kişilerin işyerlerinin bulunduğu alanlara girişinin yasaklanması halinde çalışma hakları ya da teşebbüs özgürlükleri ihlal edilecektir. Hastanelerin veya tıbbi bakım ünitelerinin bulunduğu alanlara giriş çıkışların yasaklanması halinde sağlık hakkı hatta acil durumlar söz konusuysa yaşam hakları ihlal edilebilecektir.

Bu derece geniş etkileri olabilecek kısıtlamaların tamamen belirsiz kavramlara dayalı olarak yapılabilmesine olanak tanıyan düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. "Kamu düzeninin bozulacağına dair ciddi belirti" ya da "kamu düzenini bozacağından şüphelenilen kişiler" gibi ifadeler, uygulamada söz konusu kararların istihbarî bilgilere dayalı olarak alınacağını göstermektedir. İlgili kişilerin haberi dahi olmayan ve düzeltme imkânları bulunmayan bilgilere dayalı olarak haklarının kısıtlanması bir hukuk devletinde asla kabul edilemez.

Getirilen düzenleme ile ayrıca valilere kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu ya da bozulacağına ilişkin ciddi belirtilerin bulunduğu hâllerde belli yerlerde veya saatlerde kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını, araçların seyirlerini düzenleme veya kısıtlama ve ruhsatlı da olsa her çeşit silah ve merminin taşınması ve naklini yasaklama yetkisi tanınmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi bu kural ile de kişilerin Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat özgürlüğüne ve Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme hakkına da keyfi müdahale yetkisi tanınmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi kamu düzeninin bozulacağına ilişkin ciddi belirti deyiimi içeriği belirsiz bir düzenleme olup ilgililere öngörülebilirlik sağlamaktan uzaktır. Ayrıca "kamu düzeninin olağan hayatı durduracak şekilde bozulması" deyiimi de açık ve çerçevesi belli olmaktan uzaktır. Mesela şehrin belli bir bölgesinde kalabalık bir insan topluluğunun bir araya gelmesi dolayısıyla trafikte bazı aksamalar meydana gelmişse, hayatın olağan akışı durmuş mudur? Görüldüğü gibi bu kavram çok geniş bir şekilde yorumlanarak keyfi kısıtlamalar yapılmasına imkân veren bir kavramdır.

İptali istenen kural ile valiye geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Vali bu belirsiz kavramlara dayalı olarak bazı kişilerin kişi özgürlüğü, yerleşme ve seyahat özgürlüğü ve duruma göre başka pek çok temel hak ve özgürlüğe 15 günü geçmemek kaydıyla sınırlama

getirebilecektir. Ayrıca bu süre sona erdiğinde aynı kararları yeniden alarak tamamen sınırsız bir şekilde yetkinin kullanılmasının uzatılmasını engelleyecek bir güvence öngörülmemiştir. Vali, yetki alanına giren yerlerle ilgili olarak yine seyahat hürriyetini, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamına girip girmediğine bakmaksızın insanların bir araya gelmesini engelleyebilecek, araç kullanılmasını düzenleyip kısıtlayabilecek, ruhsatlı silahların ve mermilerin taşınması ile naklini yasaklayabilecektir. Bu yasakları ihlal edenler hakkında İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesinde öngörülen idari para cezası veya hapis cezası tatbiki mümkün olabilecektir. İl İdaresi Kanunu'nun 31. ve 32. maddeleri incelendiğinde, 11. maddeye eklenen hüküm konusunda yetkinin valiye ait olduğu ve ilçelerde kaymakamların bu konuda valilerin vereceği talimatları ve emirleri yerine getireceği anlaşılmaktadır.

Valinin müdahale yetkisi, 23. maddede belirtilen sınırlama nedenlerinin çerçevesi dışında yer aldığı gibi, Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama kaydı dışında yer almaktadır. Çünkü, 15 gün süre ile men yetkisi, Anayasanın 15. maddesinin cevaz verdiği durdurma ölçülerini bile aşmakta olup, uygulamada bir yasaklama kaydına dönüşme olasılığı yüksektir. Kaldı ki, durdurma bile ancak OHAL yönetiminde kullanılabilen bir yetkidir.

Esasen burada valilere Anayasa'nın 119. maddesine aykırı olarak kendi görev alanlarına giren bölgelerde adı konulmamış bir olağanüstü hal ilan etme yetkisi tanındığı görülmektedir. Anayasa'nın 119. maddesine göre şiddet olaylarının yaygınlaşması nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halinde Cumhurbaşkanı ülkenin tamamında ya da belli bir bölümünde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Bu karar aynı gün Resmi gazetede yayınlanarak TBMM onayına sunulur. TBMM olağanüstü hali kaldırabilir veya süresini kısaltabilir. Anayasanın 15. maddesine göre olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklere bazı kısıtlamalar getirilebilir ancak bu kısıtlamaların olağanüstü hali zorunlu kılan nedenleri ortadan kaldırmak için zorunlu olması gerekir. Ancak iptali istenen kural ile Anayasada yer alan bu kurallara hiç uymadan valilere adı konulmamış bir olağanüstü hal ilan etme ve temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi verilmektedir.

Bu nedenle iptali istenen kural Anayasanın 2., 13., 19., 23., 34. ve 119. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

2.7145 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na eklenen 56/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde askeri birlik komutanının veya askeri kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na eklenen 56/A maddesinde askeri mahallerde önleme araması düzenlenmektedir. Buna göre tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri üzerine, askerî mahallerde özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla kişilerin üstü, araçları, özel kâğıtları ve eşyası aranabilecek, gerekli tedbirler alınacak, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılacaktır.

Hükümde arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği belirtilmiş ve arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı sürenin

belirtileceği kuralına yer verilmiştir. Ayrıca aramanın sonucunun, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirileceği kural altına alınmıştır. Diğer taraftan bu kurala göre konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır. Ayrıca bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Kural ile askeri mahallerde bir tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkimi kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde askeri birlik komutanının veya askeri kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri ile kişilerin üstü, araçları, kâğıtları ve özel eşyası aranabilecektir. Burada düzenlenen bir önleme araması olup somut bir suçun delillerinin aranması amacıyla değil, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bu arama yapılacaktır. Önleme araması, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak askeri mahallerde önleme araması yapılmasına olanak tanımak amacıyla söz konusu düzenlemenin ayrıca yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesine göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar".

Anayasanın 20/2. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrine dayalı olarak arama yapılabilecek olsa da bu şekilde arama yapıldığı takdirde yetkili merciin arama kararının 24. saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunludur. Eğer el koyma söz konusu ise hâkim kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklamak zorundadır. Aksi halde el koyma kendiliğinden ortada kalkacaktır.

Görüldüğü gibi anayasaya göre gecikmesinde sakınca olması dolayısıyla arama emri kanunla yetkili kılınan merci tarafından verilmişse, bu yazılı emrin 24 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulması zorunludur. Aksi halde yapılan arama anayasaya aykırı olur ve ilgililerin özel hayatını ihlal eder. Böyle bir arama ile elde edilecek delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliği taşıyacağından ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Bireyin özel hayatına ciddi bir müdahale teşkil eden aramanın idari organların emriyle yerine getirebilmesi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilemez. Anayasa koyucu birey haklarına keyfi müdahaleyi önlemek amacıyla idari organlar tarafından gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle verilen arama emirlerinin hâkim onayına sunulmasını zorunlu tutmuştur. Böylece idari organların hukuka aykırı emirler vermekten kaçınacağını varsaymıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kimsenin üstünün ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerektiğine işaret etmiştir (AYMK, E.2015/41, K.2017/98, K.T. 4.5.2017, § 34) .

İptali istenen kuralda tehlikeyi veya suç işlenmesini önlemek amacıyla gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde askerî birlik komutanının veya askerî kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri üzerine askeri mahallerde kişilerin üstünün, araçlarının, evrakının ve eşyasının aramasına izin verilmektedir. Ancak kuralda söz konusu emrin hâkim onayına sunulmasından söz edilmemektedir. Ele geçirilen suç delillerinin tutanak altına alınarak 5271 sayılı yasa uyarınca işlem yapılacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak bu Anayasada öngörülen yazılı arama emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğunu karşılayan bir kural değildir. Kural açıkça Anayasanın zorunlu tuttuğu bir koşulu öngörmeden bireylerin özel hayatına müdahale edilmesine izin vermektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

3.2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na eklenen 56/B maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "gerektiğinde el ile" ibaresi ile üçüncü ve dördüncü cümlelerinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'na eklenen 56/B maddesinde askeri mahallerde girişte kontrol düzenlenmektedir. Buna göre "Özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, asker kişiler dâhil askerî mahallere girmek veya çıkmak isteyenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri, duyarlı kapının ikaz vermesi hâlinde, metal dedektörle kontrol edilir; eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilir; aracı, teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol edilir. Şüphe hâlinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde, herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, kontrol elle yapılabilir. Teknik cihazların ikazının sürmesi hâlinde, bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri takdirde askerî mahallere girebilirler.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir."

Buna göre askeri mahalleri girişte asker kişiler dâhil herkes duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Duyarlı kapının ikaz vermesi halinde bu kişilerin üstleri metal dedektörle kontrol edilecek, eşyaları teknik cihazlardan ve güvenlik sistemlerinden geçirilecek, aracı teknik cihazlarla ve gerektiğinde elle kontrol edilebilecektir. Şüphe halinde veya bu cihazların bulunmadığı yerlerde herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın kontrol elle yapılabilecek ve teknik cihazların ikazının sürmesi halinde bu kişiler ancak elle kontrolü kabul ettikleri takdirde askeri mahallere girebileceklerdir.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesine göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar".

Anayasa 20/2. maddesine göre arama, ancak hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrine dayalı olarak yapılabilecektir. Bu durumda da yetkili merciin arama kararının 24. saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunludur. Eğer el koyma söz konusu ise hâkimin kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklamak zorundadır. Aksi halde el koyma kendiliğinden ortada kalkacaktır.

Görüldüğü gibi anayasaya göre arama ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merci tarafından verilen yazılı emre dayalı olarak yapılabilecektir. Bu durumda da yazılı emrin 24 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulması zorunludur. Aksi halde yapılan arama anayasaya aykırı olur ve ilgililerin özel hayatını ihlal eder. Böyle bir arama ile elde edilecek delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliği taşıyacağından ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Bireyin özel hayatına ciddi bir müdahale teşkil eden aramanın idari organların emriyle yerine getirebilmesi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilemez. Anayasa koyucu birey haklarına keyfi müdahaleyi önlemek amacıyla aramanın ancak hâkim kararıyla yapılmasını esas olarak kabul etmiş ve idari organlar tarafından gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle verilen arama emirlerinin hâkim onayına sunulmasını zorunlu tutmuştur. Böylece idari organların hukuka aykırı emirler vermekten kaçınacağını varsaymıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kimsenin üstünün ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerektiğine işaret etmiştir. Gecikmesinde sakınca bulunmayan hallerde dahi idari organların emri ile arama yapılmasına izin verilmesinin Anayasaya aykırı olacağına karar vermiştir (AYMK, E.2015/41, K.2017/98, K.T. 4.5.2017, § 34-36).

İptali istenen kurallarda askeri mahallerin girişinde yapılacak kontrol düzenlenmekte ve şüphe halinde ya da teknik cihazların bulunmaması durumunda elle kontrol yapılmasına izin verilmektedir. Kişinin aracının ve üstünün elle kontrol edilebileceği, bunun için herhangi bir karar veya emre ihtiyaç olmadığı düzenlenmektedir. Teknik cihazların ikazının sürmesi halinde ise kişilerin elle kontrolü kabul etmeleri halinde alana girmesine izin verilebileceği düzenlenmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki hukukumuzda elle kontrol diye ayrı bir kavram bulunmamaktadır. Kaba arama, sıvazlama, elle kontrol gibi terimlerle ifade edilen fiillerin tamamının Anayasanın 20. maddesi kapsamında arama teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Kişinin bedenine el ile dokunulması onun özel hayatına müdahale oluşturur ve bu müdahaleler Anayasanın 20. maddesi kapsamına girer. Anayasada özel hayata müdahaleye ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunun yetkili kıldığı merciin yazılı emrine dayalı olarak izin verilmiştir.

Bir fiilin adını değiştirerek anayasal güvence kapsamı dışına çıkarılması mümkün değildir. Kişinin bedenine ya da aracına el ile yapılan müdahalenin aramadan herhangi bir farkı bulunmamaktadır. El ile kontrolü, aramadan ayıran herhangi bir ölçüt bulmak mümkün değildir. Bu nedenle kuralda “el ile kontrol” denilmesi yapılan işlemi arama olmaktan çıkarmamaktadır. Bu nedenle herhangi bir karar ya da emir olmaksızın kişinin özel hayatına müdahaleye izin verilmesi açıkça anayasaya aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan kişinin bunu kabul etmesi de bu anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmaz. Kişi hizmet almak zorunda olması veya başka bir zorunluluk ya da sadece kolluktan korkması nedeniyle özel hayatına müdahale edilmesine ses çıkarmayabilir ancak bunun kişinin özgür iradesi ile verdiği bir rıza olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle kişinin bedenine el ile dokunulmasına izin vermek zorunda kaldığı gerekçesiyle Anayasal güvencenin geçersiz hale geldiği söylenemez.

Ayrıca düzenlemenin içeriği de açık değildir. Zira bir taraftan şüphe halinde veya cihazların bulunmaması durumunda el ile kontrol yapılabileceği düzenlenmekte diğer taraftan teknik cihazların sinyal vermeye devam etmesi halinde kişinin elle kontrole izin vermemesi durumunda askeri mahallere girmesine izin verilmeyeceği kuralına yer verilmektedir. Teknik cihaz yoksa, ikaz vermesi söz konusu olamayacağına göre şüphe halinde ve teknik cihaz yokluğunda kişi rıza göstermese bile elle kontrol yapılabilecek midir? Yoksa bu hallerde de kişinin rızası olup olmadığı sorularak rıza göstermemesi halinde askeri mahallere girmesine izin verilmemekle yetinilecek midir? Böyle temel bir konuda bile öngörülen kuralın içeriğini anlamak mümkün değildir.

Yukarıda açıklandığı gibi temel hakları kanunla sınırlama kuralı, söz konusu kanunun içeriğinin belirli ve sonuçlarının öngörülebilir olmasını gerektirir. Bir kuralın uygulamada doğurabileceği sonuçları öngörmek mümkün değilse, böyle bir kural keyfi uygulamalara açıktır ve anayasanın öngördüğü kanunla sınırlama ölçütünü karşılamaz. Bu nedenle içeriği belirsiz olan kural aynı zamanda temel hakların kanunla sınırlanmasını zorunlu tutan Anayasanın 13. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bireylerin temel haklarına keyfi bir şekilde müdahale yetkisi veren kural insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır, iptalleri gerekir.

4.7145 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'na eklenen ek 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'na eklenen Ek 7. maddesinde sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında önleme araması düzenlenmektedir. Buna göre tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine, sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilecek, gerekli tedbirler alınacak, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılacaktır.

Hükümde arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği belirtilmiş ve arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı sürenin belirtileceği kuralına yer verilmiştir. Ayrıca aramanın sonucunun, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirileceği kural altına alınmıştır. Diğer taraftan bu kurala göre konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır. Ayrıca

bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Kural ile sahil güvenlik hizmet binaları ve eklentileri ile yüzer unsurlarında bir tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkimi kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri ile kişilerin üstü, araçları, kâğıtları ve özel eşyası aranabilecektir. Burada düzenlenen bir önleme araması olup somut bir suçun delillerinin aranması amacıyla değil, suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi amacıyla bu arama yapılacaktır. Önleme araması 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak sahil güvenlik birimlerinde önleme araması yapılmasına olanak tanımak amacıyla söz konusu düzenlemenin ayrıca yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesine göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar".

Anayasa 20/2. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrine dayalı olarak arama yapılabilecek olsa da bu şekilde arama yapıldığı takdirde yetkili merciin arama kararının 24. saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunludur. Eğer el koyma söz konusu ise hâkimin kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklamak zorundadır. Aksi halde el koyma kendiliğinden ortada kalkacaktır.

Görüldüğü gibi anayasaya göre gecikmesinde sakınca olması dolayısıyla arama emri kanunla yetkili kılınan merci tarafından verilmişse, bu yazılı emrin 24 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulması zorunludur. Aksi halde yapılan arama anayasaya aykırı olur ve ilgililerin özel hayatını ihlal eder. Böyle bir arama ile elde edilecek delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliği taşıyacağından ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Bireyin özel hayatına ciddi bir müdahale teşkil eden aramanın idari organların emriyle yerine getirebilmesi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilemez. Anayasa koyucu birey haklarına keyfi müdahaleyi önlemek amacıyla idari organlar tarafından gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle verilen arama emirlerinin hâkim onayına sunulmasını zorunlu tutmuştur. Böylece idari organların hukuka aykırı emirler vermekten kaçınacağını varsaymıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kimsenin üstünün ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerektiğine işaret etmiştir (AYMK, E.2015/41, K.2017/98, K.T. 4.5.2017, § 34) .

İptali istenen kuralda tehlikeyi veya suç işlenmesini önlemek amacıyla gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine sahil

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

güvenlik birimlerinde er ve erbaşların üstünün, evrakının ve eşyasının aramasına izin verilmektedir. Ancak kuralda söz konusu emrin hâkim onayına sunulmasından söz edilmemektedir. Ele geçirilen suç delillerinin tutanak altına alınarak 5271 sayılı yasa uyarınca işlem yapılacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak bu Anayasada öngörülen yazılı arama emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğunu karşılayan bir kural değildir. Kural açıkça Anayasanın zorunlu tuttuğu bir koşulu öngörmeden bireylerin özel hayatına müdahale edilmesine izin vermektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

5.7145 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen 15/A. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen 15/A. maddesinde jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde önleme araması düzenlenmektedir. Buna göre tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkimi kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine, jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde askerlik yükümlülüğünü yerine getiren erbaş ve erlerin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranabilecek, gerekli tedbirler alınacak, suç delilleri koruma altına alınarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemler yapılacaktır.

Hükümde arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerektiği belirtilmiş ve arama kararında veya emrinde; aramanın sebebi, konusu ve kapsamı ile yapılacağı yer, zaman ve geçerli olacağı sürenin belirtileceği kuralına yer verilmiştir. Ayrıca aramanın sonucunun, arama kararı veya emri veren merci ya da makama bir tutanakla bildirileceği kural altına alınmıştır. Diğer taraftan bu kurala göre konutta ve yerleşim yerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamayacaktır. Ayrıca bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Milli Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Kural ile jandarma hizmet binaları ve eklentilerinde bir tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla sulh ceza hâkimi kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri ile er ve erbaşların üstü, araçları, kâğıtları ve özel eşyası aranabilecektir. Burada düzenlenen bir önleme araması olup somut bir suçun delillerinin aranması amacıyla değil, suç işlenmesinin veya bir tehlikenin önlenmesi amacıyla bu arama yapılacaktır. Önleme araması 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak jandarma birimlerinde önleme araması yapılmasına olanak tanımak amacıyla söz konusu düzenlemenin ayrıca yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesine göre; "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın 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 elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, elkoyma kendiliğinden kalkar”.

Anayasa 20/2. maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrine dayalı olarak arama yapılabilir olsa da bu şekilde arama yapıldığı takdirde yetkili merciin arama kararının 24. saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması zorunludur. Eğer el koyma söz konusu ise hâkimin kararını el koymadan itibaren 48 saat içinde açıklamak zorundadır. Aksi halde el koyma kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Görüldüğü gibi anayasaya göre gecikmesinde sakınca olması dolayısıyla arama emri kanunla yetkili kılınan merci tarafından verilmişse, bu yazılı emrin 24 saat içinde yetkili hâkimin onayına sunulması zorunludur. Aksi halde yapılan arama anayasaya aykırı olur ve ilgililerin özel hayatını ihlal eder. Böyle bir arama ile elde edilecek delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliği taşıyacağından ceza yargılamasında kullanılamayacaktır. Bireyin özel hayatına ciddi bir müdahale teşkil eden aramanın idari organların emriyle yerine getirebilmesi insan haklarına saygılı bir hukuk devletinde kabul edilemez. Anayasa koyucu birey haklarına keyfi müdahaleyi önlemek amacıyla idari organlar tarafından gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle verilen arama emirlerinin hâkim onayına sunulmasını zorunlu tutmuştur. Böylece idari organların hukuka aykırı emirler vermekten kaçınacağını varsaymıştır.

Anayasa Mahkemesi de bir kimsenin üstünün ve eşyasının aranabilmesi için gecikmesinde sakınca bulunmayan hâllerde mutlaka yetkili hâkim kararının bulunması, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmak kaydıyla kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin bulunması gerektiğine işaret etmiştir (AYMK, E.2015/41, K.2017/98, K.T. 4.5.2017, § 34) .

İptali istenen kuralda tehlikeyi veya suç işlenmesini önlemek amacıyla gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri üzerine jandarma birimlerinde er ve erbaşların üstünün, evrakının ve eşyasının aramasına izin verilmektedir. Ancak kuralda söz konusu emrin hâkim onayına sunulmasından söz edilmemektedir. Ele geçirilen suç delillerinin tutanak altına alınarak 5271 sayılı yasa uyarınca işlem yapılacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak bu Anayasada öngörülen yazılı arama emrinin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğunu karşılayan bir kural değildir. Kural açıkça Anayasanın zorunlu tuttuğu bir koşulu öngörmeden bireylerin özel hayatına müdahale edilmesine izin vermektedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

6.7145 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen “vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmayacak” ibaresinin Anayasaya aykırılığı

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, il ve ilçelerde toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhının kamu düzenini ve genel asayişini bozmayacak ve vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmayacak şekilde ve 22. maddenin birinci fıkrasında sayılan sınırlamalara uyulması kaydıyla TBMM'de grubu bulunan siyasi partilerin il ve ilçe temsilcileri ile güzergâhın geçeceği ilçe ve il belediye başkanlarının, en çok üyeye sahip üç sendikanın ve

kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının il ve ilçe temsilcilerinin görüşleri alınarak mahallin en büyük mülki amiri tarafından belirleneceği öngörülmektedir.

Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, il ve ilçelerde toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhını belirleme yetkisi mahalli mülki amire tanınmıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü yer ve güzergâhının belirlenmesinde dikkate alınmak üzere öngörülen "vatandaşların günlük yaşamını zorlaştırmaması" kriteri Anayasa Mahkemesi tarafından 28/9/2017 tarihli ve E. 2014/101, K. 2017/142 sayılı kararıyla ölçülü olmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. 7145 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 6. maddeye yeni bir ölçüt olarak "vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmayacak" kuralı getirilmiştir. Buna göre mülki idare amiri toplantı ve gösteri yürüyüşü güzergahını belirlerken toplantının ve gösteri yürüyüşünün vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmamasını gözetmek durumundadır.

Anayasa'nın 34. maddesinde, herkesin, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu belirtilerek toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı güvence altına alınmıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, bireylerin düşünce açıklamalarında bulunmak amacıyla açık veya kapalı mekânlarda, kamu otoriteleri ile üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın, geçici olarak bir araya gelebilme serbestisini korumaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme, düşünciyi ifade biçimlerinden biridir. Bu hak, bireylerin bir fikri açıklamak, ortak çıkarları savunmak, belli fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak ve siyasal karar organlarını etkilemek için bir araya gelebilmeleri amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, ifade özgürlüğüyle de yakından ilgili olup ifade özgürlüğü ile birlikte demokratik toplumun temelini oluşturur. Dolayısıyla demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne gösterilen önem ve hassasiyetin, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de sergilenmesi gerekmektedir (AYMK, E.2014/101, K. 2017/142, K.T. 28/9/2017, § 21-22).

Anayasa Mahkemesinin belirttiği gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ülkenin karşı karşıya bulunduğu sorunların barışçıl yöntemlerle ve uzlaşılı yoluyla çözülebilmesine imkân tanır. Bireyler ve gruplar bu hak aracılığıyla kamu politikalarını belirli ölçülerde etkileme olanağına sahip olduğundan, bu hak ayrıca bir yönetime katılma aracıdır. Hakkın koruduğu temel değer farklı fikirlerin toplu olarak ifade edilmesi olduğundan, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların savunduğu fikirlerin içeriği hakkın kullanımı açısından önem taşımamaktadır. İfade özgürlüğünde olduğu gibi sadece toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören düşünce ve fikirler değil, toplumun genelini rahatsız edebilecek, endişelendirecek, hatta şok edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek fikirleri savunmak amacıyla da toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilir. Bir toplantı veya gösteri yürüyüşünde açıklanan düşünce ve görüşlerin sırf çoğunluk ya da siyasal iktidar tarafından benimsenmemesi veya onlarda rahatsızlık uyandırması nedeniyle yasaklanması veyahut sınırlandırılması mümkün değildir. İfade edilen görüş ve eleştiriler ne derece sert ve rahatsız edici olursa olsun şiddet içermediği ve barışçılı niteliğini koruduğu müddetçe, yetkili makamların her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşüne tahammül göstermesi demokrasinin bir gereğidir (AYMK, E.2014/101, K. 2017/142, K.T. 28/9/2017, § 23-24).

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının amacı ve mahiyeti dikkate alındığında, hakkın kullanılacağı fiziki ve coğrafi mekânı belirleme özgürlüğünün de hakkın kapsamında olduğu açıktır. Bir ifade biçimi olarak toplantı ve gösterinin amacı bir fikri ya da görüşü açıklamak, belli politika ve uygulamaları eleştirmek, ortak çıkarları savunmak, belli

fikir ve kanaatler çerçevesinde kamuoyu oluşturmak ve siyasi ve idari karar organlarını etkilemek olup, gösteri ve toplantı yürüyüşünün düzenlendiği mekân, açıklanan düşüncenin muhataplarına ulaşabilmesi ve tesir oluşturabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı mekânın seçiminin kural olarak düzenleyicilerin takdirinde olması gerekmektedir. Nitekim 2911 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin, tüm il ve ilçe sınırları içerisinde her yerde yapılabileceği kuralına yer verilmiştir. Ancak ikinci fıkrada bu hakkı ortadan kaldırır şekilde toplantının yapılacağı mekânı ve yürüyüş güzergâhını belirleme yetkisi mülki idare amirine verilmiştir. Maddenin düzenlemesinden her il ve ilçede önceden bir toplantı mekânı ve güzergâhı belirleneceği ya da bazı illerde birden fazla güzergâh belirleneceği ve bu güzergâhlardan hangisinin kullanılacağını da yine mülki idare amirinin seçeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa toplantı ve gösterinin mekânı, toplantının amacına ulaşması açısından hayati bir öneme sahiptir ve toplantının ve gösterinin yapılacağı yere müdahale, onun etkisini tamamen ortadan kaldırabilir. Bu nedenle toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenleneceği yeri serbestçe seçme hakkını sınırlayan düzenlemeler toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale niteliği taşır.

Diğer taraftan böyle bir müdahale anayasada güvence altına alınan izinsiz toplantı ve gösteri hakkını neredeyse anlamsız hale getirir. Zira hakkın temelinde bunun izinsiz olarak düzenlenebilmesi yatmaktadır. Oysa her toplantı ve gösteri yürüyüşü için mülki amirin güzergâh ve mekân belirlemesini beklemek, hakkı izne tabi tutmaktan farksızdır. Nitekim Anayasanın 34. maddesinin önceki hâlinde yer alan, “Şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla yetkili idari merci, gösteri yürüyüşünün yapılacağı yer ve güzergâhı tespit edebilir.” biçimindeki hüküm 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yapılan değişiklikle madde metninden çıkarılmıştır. Ancak Anayasada yapılan bu değişikliğe rağmen yasada gerekli uyum sağlanmamış aksine şehirlerde bu hakkın kullanılabilmesi çok sınırlı bir güzergâhın belirlenmesini öngören kural yasa metnine eklenmiştir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğinin güzergâh belirleme yetkisinin kanunla verilemeyeceği anlamına gelmediğine hükmetmişse de, bu yorumun Anayasa koyucunun iradesine uygun olmadığı ve Anayasada hakkın temel bir niteliği olarak öngörülmüş olan izinsiz olarak hakkın kullanılabilmesinin getirilen kanuni düzenleme ile anlamsız hale getirildiği ve uygulamada da idarenin ve kolluk kuvvetlerinin neredeyse her toplantı ve gösteri yürüyüşüne izinsiz olduğu gerekçesiyle müdahale ettiği görülmektedir. Bu da yapılan yasal düzenlemeyle Anayasanın fiilen işlevsiz ve içeriksiz hale getirildiğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi yukarıda sözü edilen kararı ile 2911 sayılı Yasanın 6. maddesinde 6529 sayılı Yasanın 5. maddesiyle yapılan değişiklikle getirilen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilecek yer ve güzergâhın “vatandaşların günlük yaşamlarının zorlaştırmayacak şekilde” belirlenmesini öngören kuralı, ölçülü olmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir. Ancak yasa koyucu 7145 sayılı yasa ile iptal edilen kuralı benzer şekilde yeniden düzenlemiştir. Yeni düzenlemede “vatandaşların günlük yaşamlarını aşırı ve katlanılmaz derecede zorlaştırmayacak şekilde” toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlenebilecek mekânların ve güzergâhların belirlenmesi öngörülmüştür.

Ancak getirilen bu yeni düzenlemenin de Anayasanın 13. ve 34. maddelerinde öngörülen sınırlandırma ilkelerine uygun olmadığı açıktır. Öncelikle getirilen kural belirli olmaktan uzaktır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının doğasında, belli ölçüde diğer insanları rahatsız etme unsuru yer almaktadır. AİHM kararlarında da vurgulandığı üzere toplantı ve gösteri yürüyüşünün başkalarının günlük yaşamlarını bir miktar zorlaştırması kaçınılmazdır.

Demokratik toplumun önemli yapı taşlarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün gündelik yaşamı bir miktar zorlaştırmasının hoşgörüle karşılanması gerekir (DİSK ve KESK/Türkiye, B. No: 38676/08, 27/11/2012, § 29; Bukta ve diğerleri/Macaristan, B. No: 25691/04, 17.7.2007, § 37; Oya Ataman/Türkiye, §§ 41, 42; Galstyan/Ermenistan, B. No: 26986/03, 15.11.2007, §§ 116, 117). Toplantının ve gösterinin yapılma amacı olan mesajı muhataplarına ulaştırmak için belli ölçüde diğer insanların konforunun bozulması gerekmektedir. Ancak bu zorlaştırmanın ne zaman aşırı olduğunu belirlemek kolay değildir. Bir alanın ya da caddenin bir toplantı ya da yürüyüş süresince trafiğe kapatılmasının insanların günlük yaşamını aşırı zorlaştırdığı ya da katlanılamaz derecede zorlaştırdığını söylemek mümkün değildir.

Anayasanın koruduğu ve güvence altına aldığı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin silahsız ve saldırısız toplantı ve yürüyüşler olduğunda kuşku yoktur. Dolayısıyla silahsız ve saldırısız bir toplantı ve yürüyüşün vatandaşların günlük hayatına getirebileceği zorluk, yolun veya alanın trafiğe kapatılmasından ibarettir ki bunun da aşırı ya da katlanılamaz derecede bir zorluk olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu durumda getirilen yetki, idarenin keyfi olarak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini engelleyebilmesine olanak tanımaktadır. İdarenin toplantı yapılmak istenen bir mekâna ya da güzergâha, orada söz konusu etkinlik yapıldığı takdirde vatandaşların yaşamına aşırı ya da tahammül edilemez derecede zorluk getirip getirmeyeceğini belirlerken dikkate alması gereken unsurların neler olduğunu öngörmek mümkün değildir.

Anayasanın 34. maddesinde hakkın hangi sebeplerle sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Buna göre bu hak ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilir. İptali istenen kural ile getirilen sınırlamanın başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacına hizmet ettiği söylenebilir. Burada birbiri ile uyumlulaştırılması gereken iki farklı haktan söz etmek mümkündür. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenleneceği alanlar kamuya açık alanlar olduğundan, bu yerler aynı zamanda, halkın dinlenme, seyahat etme ve eğlenme gibi birtakım sosyal ve kültürel ihtiyaçlarına da hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu alanların farklı amaçlarla kullanımı, farklı özgürlüklerin çatışmasına yol açabilmektedir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile başkalarının hak ve özgürlükleri arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekmektedir. Toplantı ve gösteri hakkının niteliği ve doğası ile demokratik toplumlardaki önemi dikkate alındığında, başkalarının haklarının korunmasına öncelik tanınması, yani toplantı ve gösteri hakkının sınırlandırılması için zorlayıcı nedenlerin bulunması gerekir. Toplantı ve gösteri etkinliklerinin yapılacağı alanlar belirlenirken, vatandaşların günlük yaşamlarının aşırı derecede zorlaşıp zorlaşmadığının da göz önünde bulundurulması, haklar arasında denge kurulabilmesi bakımından gerekli ise de vatandaşların günlük yaşamlarını zorlaştırmama ölçütüne mutlak bir üstünlük tanınması halinde denge, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı aleyhine bozulacaktır (AYMK, E.2014/101, K. 2017/142, K.T. 28/9/2017, § 51).

Bu durumda toplantı ve gösteri hakkının sınırlandırılabilmesi için ancak hayati nitelikteki zorunlu kamu hizmetlerinden yararlanmayı engelleyici bir nitelik taşıması gerekir. Mesela bir hastaneye ulaşımı, ya da itfaiye veya ambulans araçlarının trafiğe çıkışını güvence altına almak için bu hayati hizmetlere ulaşımı engellemeyecek şekilde toplantının ve yürüyüşün mekânının ve güzergâhının belirlenmesi ölçülü ve meşru görülebilir. Ancak getirilen düzenlemenin böyle bir güvence ve açıklık taşımaktan uzak olduğu görülmektedir.

İçeriği belirsiz ve keyfi uygulamalara açık bir düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunla sınırlama gereğini karşılamadığı gibi bu öngörülemez

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

sınırlamaların aynı zamanda ölçüsüz de olduğu açıktır. Bu nedenle kural Anayasanın 13. ve 34. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

7.7145 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Yeni getirilen düzenlemeye göre açık yerlerdeki toplantılar ile yürüyüşler gece vaktinin başlamasıyla dağılacak şekilde, kapalı yerlerdeki toplantılar ise saat 24.00'e kadar yapılabilecektir. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün gece vaktinin başlamasından sonra devam edeceği hususu, geçerli neden gösterilerek bildirilmiş ise vatandaşların huzur ve sükûnet içinde istirahatini aşırı ve katlanılamaz derecede zorlaştırmamak ve kamu düzeni ve genel asayişin bozulmasına neden olmamak şartıyla, açık yerlerde yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin dağılma saati mahallin en büyük mülki amirinin kararıyla en geç saat 24.00'e kadar uzatılabilecektir.

Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 7. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "güneş batmadan önce dağılacak şekilde" ibaresinin iptaline ilişkin 28/9/2017 tarihli ve E.2014/101, K. 2017/142, sayılı kararına uyum sağlanması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Yeni düzenleme ile açık alanlardaki toplantıların gece vaktinin başlamasıyla sonlandırılacağı ancak önceden bildirilmek koşuluyla gündüz vakti başlayan toplantı ve gösterinin gece vakti devam etmesine mülki amir tarafından izin verilebileceği ve uzatmanın en geç saat 24:00'e kadar mümkün olduğu kabul edilmiştir. Kapalı yerlerdeki toplantılar ise saat 24:00'e kadar yapılabilecektir.

Getirilen düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerini karşılamadığı ve ölçüsüz olduğu görülmektedir. Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler özlerine dokunmadan ve ilgili maddede öngörülen sebeplere bağlı olarak ancak kanunla sınırlandırılabilir ve bu sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Öncelikle belirtmek gerekir ki Anayasa'da toplantı ve gösterilerin yalnızca gündüz vakti yapılabileceği, ya da gece vakti yapılamayacağı yönünde hiçbir kural bulunmamaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, düşünce ve kanaatleri ifade araçlarından biri ve demokratik katılımın etkili bir yöntemidir. Siyasal ve idari karar alma süreçlerini etkilemek için kamuoyunun ve medyanın dikkatini belli bir konuya çekmekte etkili bir araç olan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin bu niteliğe yalnızca gündüz vakti sahip olduğu, gece vakti böyle bir nitelik taşımadığı söylenemez. Günümüzün en etkili eylem türlerinden biri gece-gündüz 24 saat devam eden "nöbet" eylemleri olduğu açıktır. Bu eylemlerin salt gece olduğu için kamu düzenini daha fazla bozacağı ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine katlanılamaz ve ölçüsüz bir müdahale oluşturacağını söylemeye olanak bulunmamaktadır. Herhangi bir şiddete başvurmeyen ve diğer kişilerin gündelik yaşamını etkilemeyen eylemler yapılması mümkündür. Örneğin, haksız yere çalışanların işine son veren bir firmanın merkezinin bulunduğu bir yerde bir sendikanın geceli gündüzlü hak nöbeti tutmasında hiç kimsenin gündelik hayatını etkileyen bir durum yoktur. Ya da bir projenin hukuka aykırı olduğu ve çevre felaketine yol açabileceği gerekçesiyle uygulanmasını önlemek amacıyla yerleşim yeri dışındaki proje alanının gece gündüz işgal edilmesinde kişilerin gündelik hayatını etkileyen bir durum olmadığı açıktır.

Bu nedenle gece saat 24:00'ten sonra tüm toplantıları toptan yasaklayan bir düzenlemenin makul bir gerekçesi olmadığı ve ölçüsüz olduğu açıktır. Nitekim sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararında da somut bir sınırlama sebebi öngörmeden gece vakti toplantı

yapılmasının kategorik olarak yasaklanmasının ölçülü olmadığına işaret edilmiştir (AYMK, E.2014/101, K. 2017/142, K.T. 28/9/2017, § 77). Bir toplantı ve gösterinin başkalarının hak ve özgürlüğünü ölçsüz bir şekilde ihlal edip etmeyeceği, ya da kamu düzeni ve güvenliğini tehlikeye atıp atmayacağı ancak somut olay bazında, katılanların sayısı, kullandığı yöntemler vb. dikkate alınarak tespit edilebilir. Örneğin gece yarısından sonra bir konut ve yerleşim alanında yüzlerce kişinin slogan atarak, davul çalarak veya çeşitli şekillerde sesler çıkararak yürümesi, insanların dinlenmesini ve uyumasını çok zorlaştırabilirken, herhangi bir slogan atmadan pankartlarla oturmaları, ya da çadırlar kurarak orada gecelemleri aynı olumsuz etkiyi yapmayacaktır.

Diğer taraftan getirilen düzenleme, gece vakti açık alanlarda bir toplantı ya da gösteri yapılmasını da tamamen yasaklamaktadır. Sadece gündüz başlayan toplantıların geceye sarkıtılması veya uzatılmasına izin verilebilmesine olanak tanımaktadır. Oysa gece gelişen bir duruma karşı bireyler anında tepki göstererek toplantı ve gösteri haklarını kullanmak isteyebilirler ve Anayasada bunu yasaklayan hiçbir hüküm bulunmamaktadır. Böyle kategorik bir yasaklamanın da anayasal temeli bulunmamaktadır ve ölçsüzdür.

Diğer taraftan, Anayasanın 34. maddesine göre herkes önceden izin almaksızın toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına sahiptir. Kanun ile getirilecek düzenleme ile hakkın kullanımı izin alma şartına bağlı hale getirilemez ya da böyle sonuç doğuracak düzenlemeler yapılamaz. Ancak iptali istenen düzenleme toplantının geceye sarkacağını önceden bildirme ve mülki amirin uzatmaya karar vermesini şart koşmaktadır. Burada izin kavramının kullanılmamış olması mülki amirin kararının izin olma niteliğini değiştirmemektedir. Yani mülki amir izin vermedikçe toplantı ve gösteriler geceye de sarkıtılamayacaktır. Bu da anayasada toplantı ve gösteri hakkının temel bir niteliği olarak vurgulanan izne tabi olmama özelliği ile bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki, her zaman bir toplantının geceye sarkacağını önceden öngörmek mümkün olmayabilir, toplantı ve gösterinin mesajını ilgililere ulaştırmak için bazen de facto olarak süresinin uzatılması ve geceye sarkması da gerekebilir, bu durumlarda salt bu nedene dayalı olarak, yani önceden bildirim yapılmadığı ve mülki amirden izin alınmadığı gerekçesiyle toplantı ve gösteriye müdahale edilebilecek ve dağıtılabilecektir ki bu da anayasada öngörülmeleyen bir nedenle hakkın sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Kapalı yerlerdeki toplantıların gece saat 24:00'te sonlandırılmasını zorunlu kılan hiçbir anayasal gerekçe bulunmamaktadır. Kapalı bir mekanda yapılan toplantı, kamu düzenini ve güvenliğini tehlikeye sokmuyorsa ve başkalarının haklarını ihlal etmiyorsa bunu mutlaka gece saat 24:00'te sonlandırmanın makul gerekçesi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında devletin hakka yönelik pozitif ödevlerinden söz edilerek bu ödevlerin yerine getirilmesi için hakkın sınırlanabileceğinden söz edilmektedir ki bu Anayasanın 13. maddesine tamamen aykırı olarak hakka yönelik yeni bir sınırlama nedeni üretilmesi anlamına gelmektedir. Hakkın devlete yüklediği pozitif ödevler hakkın kullanılması için elverişli şartları sağlamak ve üçüncü kişilerden gelebilecek engellemelere karşı hakkı korumaktır. Devletin pozitif ödevini gerektiği gibi yerine getiremeyeceği gerekçesiyle hakkın sınırlanmasına olanak tanımak mümkün değildir ve böyle bir yaklaşım, insan haklarına saygılı devlet ilkesiyle de hiçbir şekilde bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 13. ve 34. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

8. 7145 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 30. maddesine eklenen dördüncü ve beşinci fıkraların Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 30. maddesine dördüncü ve beşinci fıkralar eklenmiştir. Dördüncü fıkraya göre MİT'in tarafı olduğu hukuk uyuşmazlıklarında, dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk dahil, arabuluculuk usulü uygulanmayacaktır. Diğer taraftan eklenen beşinci fıkra ile MİT 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Görüldüğü gibi her iki fıkra ile de MİT bütün kişiler ve kurumlar için geçerli olan kanunlardan istisna tutulmuştur. İlk olarak MİT'in taraf olduğu hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk usulünün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Arabuluculuk 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanununun 2. maddesinde "sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kanun'un 3. maddesinde arabuluculuğun iradi olduğu ve tarafların eşit haklara sahip olduğu düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler. Ayrıca, taraflar, gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptirler.

Dava şartı olarak arabuluculuk ise 12.10.2017 tarihli ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Söz konusu kanunun 3. maddesinde bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak öngörülmüştür. Buna göre iş sözleşmesine dayalı alacak, tazminat ve işe iade ile ilgili uyuşmazlıkların arabulucu önüne götürülmesi zorunlu hale getirilerek, bu uyuşmazlıklarla ilgili doğrudan dava açma olanağı ortadan kaldırılmıştır.

İptali istenen kural ise hem ihtiyari hem de zorunlu arabuluculuğun MİT'in taraf olduğu davalarda uygulanmayacağını düzenlemektedir. Arabuluculuğun zorunlu tutulmasının Anayasaya uygun olup olmadığından bağımsız olarak bütün kişi ve kurumlar için zorunlu olan bir usulün MİT için uygulanmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre eşitlik ilkesi aynı durumda olanların aynı, farklı durumda olanların ise farklı muameleye tabi tutulmasını gerektirir. Aynı durumda olanlar arasında farklı uygulamaya olanak tanıyan kuralların anayasaya uygun olabilmesi için, farklı muameleyi meşrulaştıran haklı bir nedenin bulunması gerekmektedir.

MİT'in tarafı olduğu hukuki uyuşmazlıklarda, özellikle de arabuluculuğun dava şartı olarak öngörüldüğü iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurulmasının yasaklanmasını meşru kılacak objektif bir neden bulunmamaktadır. MİT'in bazı işlemlerinin ve ilişkilerinin devlet sırrı niteliği taşıması arabuluculuğa başvurulmasını engelleyici nitelik taşımaz zira arabulucular da sır saklama yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

Bu nedenle 7145 sayılı Kanunla 2937 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen dördüncü fıkra Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan beşinci fıkra ile MİT, 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu dışına çıkarılmıştır. Böylece MİT'in hiçbir işlemi hakkında vatandaşlar bilgi edinme talebinde bulunamayacaktır.

Bilgi edinme hakkı Anayasanın 74. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu'nun 1. maddesine göre Bilgi Edinme Kanunu, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak bilgi edinme hakkının kullanılmasını sağlamak üzere çıkarılmıştır. Kanunun 4. maddesinde herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiş ve 5. maddesinde, kurum ve kuruluşların, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiş ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı hükmüne yer verilmiştir.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun dördüncü bölümünde "Bilgi Edinme Hakkının Sınırları" başlıklı 16. maddesi "Açıklanması hâlinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır" hükmünü içermektedir. Aynı şekilde Kanun'un 18. maddesinde "Sivil ve askerî istihbarat birimlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi veya belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır. Ancak, bu bilgi ve belgeler kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu etkileyecek nitelikte ise, istihbarata ilişkin bilgi ve belgeler bilgi edinme hakkı kapsamı içindedir" kuralı yer almaktadır.

Dolayısıyla Bilgi Edinme Kanunu devlet sırrı niteliğindeki bilgileri ve istihbarat faaliyetlerinin görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgileri Kanun'un kapsamı dışına çıkarmış, yalnızca kişilerin çalışma hayatını ve meslek onurunu ilgilendiren istihbarata ilişkin bilgi ve belgeleri bilgi edinme hakkı kapsamında düzenlemiştir. Bu istisnanın kişilerin Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınan itibar hakkını korumak amacıyla öngörüldüğü görülmektedir.

İptali istenen kural ile bu istisnanın da ortadan kaldırıldığı ve istihbarat örgütlerince toplanan ve kişilerin haysiyetini ve itibarını, çalışma hayatını ilgilendiren bilgilerin de istenemeyeceği görülmektedir.

Getirilen kuralın öncelikle 4982 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz" hükmüyle açıkça çatıştığı görülmektedir. Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biri hukuk düzeninin bir biri ile uyumlu ve insicamlı kurallardan oluşmasıdır. Hukuk kurallarının birbiri ile uyumlu olması hukuki öngörülebilirlik açısından büyük bir önem taşımaktadır. Kişiler bir biri ile çatışan hukuk kuralları ile karşı karşıya ise fiillerine hangi hukuk kurallarının uygulanacağını bilmeleri olanaksız hale gelecek ve keyfi uygulamalarla karşılaşabilecektir bu ise hukuki güvenliği ortadan kaldıracaktır.

Bilgi Edinme Kanunu, bilgi edinme hakkının kapsamını ve istisnalarını düzenlemiş ve bu kanun ile çatışan diğer kanunların uygulanmayacağını açık bir şekilde düzenlemiştir. Buna

rağmen, bu kural yürürlükten kaldırılmadan iptali istenen kural ile MİT'in Bilgi Edinme Kanunu'nun kapsamı dışında olduğu hükmü getirilmiştir. Bu iki kuralı olağan yasa çatışması kurallarıyla uyumlulaştırmak da mümkün değildir. Dolayısıyla bir biri ile çelişen iki uyumsuz kural ortaya çıkmıştır ve bu hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan istihbarat birimlerinin elindeki bilgiye dayalı olarak kişilerin çalışma hayatı etkilenmiş, mesela ihaleye girmesi yasaklanmış veya kamu görevinden çıkarılmış yahut itibarı zedelenmişse kişilerin haklarındaki bilginin ne olduğunu öğrenmeleri, yanlış ise düzeltmelerine olanak tanınması insan haklarına saygılı bir hukuk devletinin gereğidir. Böyle bir olanağın kişilerin elinden alınması onların itibar hakkı (m.17), kamu görevine girme hakkı (m.70), çalışma ve teşebbüs özgürlüğü (m.48) gibi pek çok temel hakkını doğrudan ihlal edeceği gibi, bu hakları korumak için öngörülmüş olan bilgi edinme hakkı (m.74), hak arama özgürlüğü (m.36) gibi usulî haklarını da ihlal edecektir. Diğer taraftan böyle bir kural idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine kapatılamayacağını düzenleyen 125. maddesine ve hukuk devleti ilkesini güvence altına alan 2. maddesine de aykırılık oluşturacaktır.

Açıklanan nedenlerle 7145 sayılı Kanunla 2937 sayılı Kanun'un 30. maddesine eklenen dördüncü ve beşinci fıkralar, Anayasanın 2., 10., 17., 36., 70., 74. ve 125. maddelerine aykırıdır.

9.7145 Sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 2941 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109, 124, 148, 149, 170 ila 172, 179, 185 ila 188, 190, 202, 213 ila 217, 220, 223, 240, 299 ila 339 uncu maddelerinde belirtilen suçları işleyenler" ibaresi ile aynı maddeye eklenen ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraların Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanununun 17. maddesinde değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede 7145 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 1402 sayılı Kanun yürürlükten kaldırıldığından 2941 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasında 1402 sayılı Kanuna yapılan atıf yürürlükten kaldırılarak yerine "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109, 124, 148, 149, 170 ila 172, 179, 185 ila 188, 190, 202, 213 ila 217, 220, 223, 240, 299 ila 339 uncu maddelerinde belirtilen suçları işleyenler" ibaresi eklenmiştir. Yine bu çerçevede 17. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye üç yeni fıkra eklenmiştir. Eklenen ikinci fıkrada belli kişilerin savaş halinde işlenen suçlarla ilgili yargılanabilmesi için izin şartı öngörülmüş ve bu izinlerin kimler tarafından verileceği düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada yetkili merci tarafından yargılama izni verilmemesi halinde ne yapılması gerektiği düzenlenmiş ve dördüncü fıkrada da diplomatik dokunulmazlık istisnasına yer verilmiştir.

2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 17. maddesi "Seferlik ve savaş hallerinde ilgili komutanlıklara tanınan adli yetki" başlığını taşımaktadır. Maddenin 7145 sayılı Kanunun iptali istenen kuralları ile yapılan değişiklikten sonraki hali şöyledir.

"Seferberlik ve savaş hallerinde ilgili komutanlıklara tanınan adli yetki:

Madde 17 – Seferberlik ve savaş hallerinde bu Kanunun 12 nci maddesine göre tespit ve ilan edilen bölgeler içinde, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109, 124, 148, 149, 170 ila 172, 179, 185 ila 188, 190, 202, 213 ila 217, 220, 223, 240, 299 ila 339 uncu maddelerinde belirtilen suçları işleyenler veya bu suçlara iştirak edenler, bölgede yetkili kılınan komutan tarafından gerekli görüldüğü takdirde, askeri mahkemelerde yargılanırlar.

Bu Kanunda belirtilen suçlardan dolayı aşağıda yazılı kişiler hakkında bölgede yetkili kılınan komutanın kovuşturma yapabilmesi;

1. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında Cumhurbaşkanının,
2. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisinin,
3. General ve amiraller hakkında Genelkurmay Başkanının,
4. Bakan yardımcılarını hakkında ilgili bakanların,
5. Valiler ve kaymakamlar ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli general ve amiraller hakkında İçişleri Bakanının,
6. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Sayıştay Başkan ve üyeleri, hâkimler ve savcılar ve bu sınıftan sayılanlar hakkında özel kanunlarına göre yetkili kurul ve makamların,

iznine ve yargılama usulüne bağlıdır.

Yukarıdaki fıkrada sayılan kişiler hakkında yetkili kurul ve makamlar tarafından, hakkında bölgede yetkili kılınan komutanca kovuşturma yapılmasına izin verilmediği ahvalde özel kanunlarına göre işlem yapılır.

Diplomatik dokunulmazlıkla ilgili düzenlemeler saklıdır.”

Görüldüğü gibi kuralda seferberlik ve savaş hallerinde belli bazı suçları işlemiş olanların yetkili komutan tarafından askeri mahkemelerde yargılanması düzenlenmiştir. Buna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109, 124, 148, 149, 170 ila 172, 179, 185 ila 188, 190, 202, 213 ila 217, 220, 223, 240, 299 ila 339. maddelerinde belirtilen suçları işleyenler veya bu suçlara iştirak edenler, bölgede yetkili kılınan komutan tarafından gerekli görüldüğü takdirde, askeri mahkemelerde yargılanacaklardır.

Ayrıca belli kişilerin bu şekilde komutanlar tarafından askeri mahkemelerde yargılanabilmesi belli makamların iznine tabi tutulmuştur. Buna göre; Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar hakkında Cumhurbaşkanının, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisinin, General ve amiraller hakkında Genelkurmay Başkanının, Bakan yardımcılarını hakkında ilgili bakanların, Valiler ve kaymakamlar ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli general ve amiraller hakkında İçişleri Bakanının, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Sayıştay Başkan ve üyeleri, hâkimler ve savcılar ve bu sınıftan sayılanlar hakkında özel kanunlarına göre yetkili kurul ve makamların, izin vermesi halinde yargılanmaları mümkün olabilecektir. Bu kişiler hakkında belirtilen makam ya da kurullar izin vermezse genel hükümlere göre işlem yapılması öngörülmüştür.

6771 sayılı Anayasa değişikliği Kanunu'nun 16 maddesi ile Anayasanın 145. maddesi yürürlükten kaldırılarak askeri mahkemeler kaldırılmıştır. Aynı değişiklik Kanunu'nun 13. maddesi ile 142. maddeye bir fıkra olarak eklenmiştir. Buna göre, disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş halinde asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askeri mahkemeler kurulabilir.

Görüldüğü gibi anayasa ile askeri mahkemeler olağan dönemler için tamamen kaldırılmış, sadece savaş haline münhasır olarak ve asker kişilerin görevleriyle ilgili suçlar bakımından askeri mahkeme kurulmasına olanak tanınmıştır. Oysa iptali istenen kurallar sadece askeri kişileri ilgilendirmemekte, seferberlik ve savaş hali ilan edilen bölgelerde TCK'nın belli maddelerinde düzenlenen suçları işleyen veya bunlara iştirak eden herkesin, komutanlar tarafından askeri mahkemelerde yargılanmasına olanak tanımaktadır.

Bu nedenle iptali istenen kurallar açıkça Anayasanın 142. maddesine aykırıdır, iptalleri gerekir.

10.7145 Sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Eklenen Ek 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ile Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle kamu görevinden çıkarılanların" ibaresi ile aynı fıkra da yer alan "bu silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir ve 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun ek 8 inci maddesine göre ilgili idarelerce işlem tesis edilir" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Ek madde 4 eklenerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar ile Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle kamu görevinden çıkarılanların silah ruhsatlarının iptal edileceği, bu silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verileceği ve 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun ek 8 inci maddesine göre ilgili idarelerce işlem tesis edileceği hükmü getirilmiştir. Ayrıca müsadere hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. İkinci fıkra da ise, birinci fıkra da belirtilen sebeplerin ortadan kalkması hâlinde, mülkiyeti kamuya geçirilen silahların sahibine iade edileceği, iadesinin mümkün olmaması hâlinde rayiç değeri tespit edilerek sahibine ödeneceği kuralına yer verilmiştir.

Görüldüğü gibi yeni getirilen kural ile bazı suçlardan mahkum olanlar ile Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle kamu görevinden çıkarılanların silah ruhsatlarının iptal edilmesi ve silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi öngörülmüştür. Böylece devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, milli savunmaya ve devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçları ve terör suçlarından mahkum olanlar ile milli güvenlik aleyhine faaliyette bulunduğu karar verilen yapılarla ilişkisi olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılanların silah ruhsatları iptal edilecek ve silahların mülkiyeti kamuya geçirilecektir. Burada düzenleme konusu suç işlemekte kullanılan silahlar değildir. İdare tarafından daha önce ruhsat verilmiş ve suç eşyası niteliği taşımayan silahlar ve ruhsatlar düzenleme konusudur.

Söz konusu suçlardan mahkum olanlar veya kamu görevinden çıkarılanlar tehlikeli görülerek silah sahibi olmaları yasaklanmaktadır. Getirilen kural ile kişilere iki yönlü bir yaptırım uygulanmaktadır. Öncelikle bu kişilerin silah ruhsatları iptal edilerek silah bulundurma ve taşıma haklarına kısıtlama getirilmektedir. İkinci olarak da silahlarının mülkiyeti kamuya geçirilerek mülkiyet haklarına müdahale de bulunmaktadır.

İlk olarak belli suçlardan mahkum olanların yanı sıra Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılanların da silah ruhsatlarının iptali öngörülmüştür. Böylece idari işleme dayalı olarak ceza tesis edildiği görülmektedir. Ruhsat iptalinin cezai bir yaptırım olarak öngörüldüğü açıktır. Bu cezai yaptırım iki yönlü olarak idari işleme dayanmaktadır. Öncelikle bir yapının milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu Milli Güvenlik Kurulunun kararına dayalı olarak belirlenmektedir. Bilindiği gibi Milli Güvenlik Kurulu siyasi bir idari organ olup, tavsiye niteliğinde kararlar almaktadır. Dolayısıyla Milli Güvenlik Kurulu'nun icrai nitelikte idari bir karar bile alması söz konusu değildir. Buna rağmen bu siyasi kurumun tavsiye niteliğindeki kararına dayalı olarak cezai yaptırım uygulanması bir hukuk devletinde kabul edilemez. MGK'nin karar mercii olarak öngörülmesi bir yetki gaspı oluşturur ve anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanımı anlamına gelmektedir. Bu nedenle Anayasanın 6. ve 118. maddelerine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan kamu idareleri tarafından verilen idari nitelikteki kamu görevinden çıkarma kararlarına bağlı olarak yeni bir yaptırım uygulanması da hukuk devleti ile bağdaşmaz.

Ayrıca iptali istenen kuralda yer alan “mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı” ibaresinde yer alan mensubiyet, iltisak ve irtibat kavramlarının içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Bir haktan yararlanma engeli veya disiplin suçu olarak öngörülen bu fiiller oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırıma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmadığı gibi uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır.

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

Diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine yer verilmiştir. Kanunla sınırlama ilkesinin nedeni birey haklarına keyfi müdahaleyi engellemek olup, yasama organının açık tartışma ile kabul ettiği bir yasa çerçevesinde temel haklara müdahaleye izin verilmesi, bireylerin temel haklarını korumayı amaçlamaktadır. Birey haklarına müdahaleye izin veren yasalar ancak içeriği belirli, anlamı öngörülebilir ise kendisinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Temel haklara müdahaleye izin veren bir yasanın içeriği muğlak ve tanınan yetkinin kapsamı

konusunda belirlilik içermiyorsa yasayla sınırlama ölçütü ihlal edilmiş demektir. Bu nedenle içeriği belirsiz olan iptali istenen kurallar Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. Suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırıma tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre disiplin suç ve cezaları da 38. maddede öngörülen kanunilik ilkesine tabidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011). İptali istenen kural kamu görevlilerine bir disiplin kuralı olup bu kişilerin silah ruhsatlarının iptalini düzenlemektedir. Ruhsat iptali sonucunu doğuracak fiilleri düzenleyen kuralın hangi eylemin bu sonucu doğuracağını açık bir şekilde ortaya koyması gerekir. Oysa yukarıda belirtildiği gibi bu kavramların içeriği ve kapsamı belli olmadığı gibi, bu açıklığı sağlayacak ne bir alt düzenleme ne de yargısal içtihat ortaya çıkmış değildir. Nitekim Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws Nos 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]) 128-131. paragraflarında bu duruma açıkça dikkat çekmiş ve kavramların içeriğinin açıklığa kavuşturulmasını tavsiye etmiştir. Venedik Komisyonunun görüşünün yayımlandığı günden bu zamana kadar da bu açıklığı sağlayacak herhangi bir gelişme yaşanmamıştır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 6., 13., 38. ve 118. maddelerine açıkça aykırıdır ve iptali gerekir.

Diğer taraftan ruhsatı iptal edilen silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi düzenlenmiştir. Buna göre bazı suçlardan mahkum olanlar ile Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle kamu görevinden çıkarılanların silah ruhsatları iptal edildiği gibi söz konusu silahların mülkiyeti kamuya geçirilecek ve 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun ek 8 inci maddesine göre ilgili idarelerce bazı kişilere satılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi burada düzenleme konusu olan silahlar her hangi bir suçta kullanılan veya konusu suç teşkil eden silahlar değil, devletin daha önceden ruhsat verdiği daha sonra ise ruhsatlarını iptal ettiği silahlardır. Salt ruhsatının iptal edilmesi dolayısıyla silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesi bir tür müsadere niteliği taşımaktadır. Herhangi bir suç aracı niteliği taşımayan, bu nedenle de müsadere koşullarını taşımayan bir silahın salt olarak maliki bazı suçlardan mahkum olduğu ya da kamu görevinden çıkarıldığı için mülkiyetinin kamuya geçirilerek başkalarına satılmasının meşru bir gerekçesi olduğu söylenemez.

Anayasanın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Bu hakka ancak kamu yararı amacıyla müdahale edilebilir. Özel mülkiyetteki taşınmazlara kamu yararı amacıyla el konulması mümkün değildir. Ancak taşınmazlar, bedeli peşin olarak ödenmek koşuluyla kamulaştırılabilir. Kamu yararı amacıyla taşınır mallara el konulması mümkün

değildir. Taşınırlar ancak konusu suç teşkil etmesi ya da suç konusu olması halinde müsadere edilebilir bunun dışında taşınırlara el konulması mümkün değildir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara ancak ilgili maddede belirtilen nedenlerle ve kanunla müdahale edilebilir ve müdahalenin ölçülü olması gerekir. Yapılan müdahalenin ölçülüğünden söz edebilmek için müdahalenin meşru bir amacı olmalı ve yapılan müdahalenin meşru amaca ulaşmak için elverişli, gerekli ve orantılı olması gerekir. Yani amaca ulaşmak için hakka yapılan müdahale ile kamunun elde edeceği yarar arasında makul bir denge bulunmalıdır. Kamu görevinden çıkarılan ya da belli suçlardan mahkûm olanların silah ruhsatlarının iptal edilmesinin ve silahlarına el konulmasının meşru bir amacının ne olduğu açık değildir. Belli suçlardan mahkum olanların toplum için tehdit oluşturduğu ve kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak için böyle bir düzenleme yapıldıysa mesela, şiddet kullanımı içeren suçları işleyenlerin bu listede niçin bulunmadığı açıklanamaz. Adam öldürme, adam yaralama, silahlı soygun ve gasp, aile içi şiddet gibi suçlar düzenleme kapsamına alınmamıştır. Dolayısıyla kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi bir amaçla söz konusu düzenlemenin yapıldığını söylemek mümkün değildir.

Diğer taraftan ruhsat iptalinin meşru bir amacı bulunduğu varsayılsa bile söz konusu silahlara el konulmasının gerekli olduğu söylenemez. Kişilerin silah taşınması istenmiyorsa yapılacak olan belli bir sürede bu silahların tasfiyesi ve elden çıkarılmasını zorunlu tutmak olabilir. Kişilerin malvarlığına el konulmasının hiçbir meşru temeli bulunmamaktadır. El konulan silahların satılarak hazineye gelir kaydedilmesinin de meşru bir amacı ve temeli bulunmamaktadır.

Bu nedenle ruhsatı iptal edilen silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesinin meşru bir temeli yoktur ve ölçülü değildir. Bu nedenle kural Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Sonuç olarak iptali istenen kurallar Anayasanın 2., 6., 13., 35., 38. ve 118. maddelerine aykırıdır ve iptal edilmeleri gerekir.

11.7145 Sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Eklenen Geçici 19. maddesinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununa Geçici 19. madde eklenerek bazı suçların soruşturmasına ilişkin olarak gözaltı süreleri yeniden ifade alma ve tahliye taleplerinin değerlendirilmesi açısından üç yıl süreyle özel kurallara tabi tutulmuştur. Getirilen yeni düzenlemelerin pek çok nedenle Anayasaya aykırı olduğu görülmektedir.

Öncelikle öngörülen kurallar bütün suçlar açısından değil, belli bazı suçların soruşturmasına ilişkin olarak uygulanacaktır. Ayrıca bu kuralların geçici bir süre yani, kuralların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle uygulanması öngörülmüştür.

İlk olarak geçici 19. maddenin birinci fıkrasının a) bendinde gözaltı süreleri düzenlenmiştir. Buna göre gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren kırk sekiz saati, toplu olarak işlenen suçlarda dört günü geçemeyecektir. Buna göre düzenleme kapsamına giren suçlarda gözaltı süreleri CMK'da öngörülen maksimum gözaltı sürelerinden farklı olarak uygulanacaktır. CMK'nın 91. maddesinde gözaltı süresinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 sekiz saati

geçemeyeceği düzenlenmiştir. Toplu suçlarda ise delillerin toplanmasındaki güçlük ve şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle cumhuriyet savcısı gözaltı süresini her defasında bir günü geçmemek üzere üç defa uzatılabileceği düzenlenmiştir. Oysa iptali istenen düzenleme ile gözaltı süresi, bir veya iki kişinin şüpheli olduğu suçlarda yakalama anından itibaren 48 saat ve toplu olarak, yani üç veya daha fazla şüphelinin karıştığı suçlarda dört gün olarak uygulanacaktır.

Anayasanın 19. maddesinde yakalanan veya tutuklanan kişinin tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en geç dört gün içinde hakim önüne çıkarılacağı ve bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmadan özgürlüğünden mahrum bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla kural ile getirilen gözaltı sürelerinin Anayasada öngörülen maksimum süreyi aşmadığı söylenebilir. Ancak belirtilmelidir ki, Anayasada öngörülen süreler maksimum sürelerdir ve hiç kimse geçerli bir neden olmadıkça bu sürelerin sonuna kadar gözaltında tutulamaz. Uygulamada yasada öngörülen sürelerin genellikle sonuna kadar kullanıldığı ve kolluğun göz altına aldığı kişileri hiçbir işlem yapmadan sürenin sonuna kadar beklettiği, şüphelilerin ifadeleri almadığı, ya da ifadeyi alsa bile hakim önüne çıkarmadığı bilinmektedir. Kişiler gözaltına alındıktan sonra delil toplanmasının çok istisnai olmalıdır. Zira kişinin gözaltına alınabilmesi için bunun soruşturma yönünden zorunlu olması ve suçu işlediğini gösteren somut delillerin bulunması gerekmektedir.

Kural olarak somut suç şüphesini gösteren deliller toplandıktan sonra şüphelilerin gözaltına alınması ve mevcut delillere dayalı olarak sorgulanması gerekmektedir. Elde delil olmadan kişinin gözaltına alınması Anayasaya ve hukuka aykırı olduğu gibi, delil toplamak amacıyla kişinin gözaltında tutulması da anayasaya aykırıdır.

Son birkaç yıl içinde terör suçunun çok geniş bir şekilde yorumlanarak, iktidarın hoşuna gitmeyen her eylemin, hatta fikir açıklamasının terör olarak nitelendiği ve bu eylemlerde bulunan herkesin terör şüphelisi olarak soruşturma kapsamına alındığı görülmektedir. 2017 yılında 450.000'den fazla kişi hakkında terör suçu işlediği şüphesiyle soruşturma açıldığı adli istatistiklerden anlaşılmaktadır. Bir ülkede milyonlarca terörist olması mümkün olmadığına göre, terör suçunun kapsamının hukuka aykırı bir şekilde geniş tutulduğu ve özellikle muhalif siyasi görüşlere sahip olanların gözaltına alındığı görülmektedir. İktidarı eleştiren tek bir sosyal medya mesajı dolayısıyla kişilerin terör şüphelisi olarak gözaltına alındığı onlarca vaka bulunmaktadır.

Düzenleme kapsamına alınan suçlara bakıldığında adam öldürme, yaralama, işkence, uyuşturucu, hırsızlık, gasp, aile içi şiddet gibi kamu düzenini bozan, kamu güvenliğini tehlikeye sokan suçların değil, devlet aleyhine işlenen siyasi suçların kapsama alındığı görülmektedir. Bu da düzenlemenin amacının, kamu düzenini ve kamu güvenliğini korumak değil, muhalifleri susturmak, eleştirel görüşleri bastırmak olduğu anlaşılmaktadır. Gözaltı sürelerinin uzatılması şüphelilere kötü muamelede bulunma riskini aşırı derecede artıracaktır. Gözaltı sürelerinin kanunen kısa tutulmasının temel nedeni kişilerin keyfi olarak özgürlüklerinden mahrum bırakılmasını önlemenin yanı sıra, kötü muameleyle tabi tutulmalarını da önlemektir. Uzun gözaltı süreleri kötü muamele ve işkence olasılığını aşırı derecede artıracaktır. Kişiler salt olarak kötü muamelelerin sonuçlarını saklamak amacıyla sürenin sonuna kadar gözaltında tutulmaya devam edecektir. Bu nedenle meşru bir amaç taşımayan düzenleme Anayasanın 19. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsamlı olması nedeniyle gözaltı süresinin, birinci cümlede belirtilen sürelerle bağlı kalmak kaydıyla, en fazla iki defa uzatılabileceği öngörülmüştür. Gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin kararın, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine yakalanan kişi dinlenilmek suretiyle hâkim tarafından verilmesi öngörülmüştür.

Bu düzenlemenin açıkça anayasaya aykırı olduğu görülmektedir. Zira öngörülen kural ile gözaltı süresi bireysel suçlarda altı, toplu suçlarda ise 12 günü bulabilecektir. Anayasanın 19. maddesinde hâkim kararı olmadan kimsenin kırksekiz saatten, toplu suçlarda ise dört günden daha uzun süre gözaltında tutulamaması güvence altına alınmıştır. İptali istenen kuralda öngörülen, gözaltı süresinin hâkim kararıyla uzatılması Anayasanın 19. maddesinde öngörülen hâkim önüne çıkarma anlamına gelmediği açıktır. Zira Anayasanın 19. maddesinde sözü edilen hâkim kararının tutuklamaya ilişkin olduğu açıktır. Tutuklama kararı için, Anayasada ve yasada öngörülen koşullar bellidir. Kuvvetli suç şüphesini gösteren deliller ve sanığın kaçma veya delilleri karartma ihtimali varsa ancak o takdirde tutuklama kararı verilebilecektir. Dolayısıyla hâkim bu koşulların olup olmadığını inceleyerek, koşulların varlığı halinde kişinin tutuklanmasına karar verebilecektir.

Oysa yasada hâkim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verilmesi öngörülmüştür ve hâkim bu kararı şüpheliyi dinleyerek vermek zorundadır. Gözaltı süresini uzatma duruşmasında hâkim suç şüphesini gösteren somut delillerin olup olmadığını incelemek zorundadır, bunun dışında dosyanın kapsamlı olup olmadığına, delil toplamak için süre gerekip gerekmediğine bakmak durumundadır. Ancak getirilen düzenleme kendi içinde bir açmaz barındırmaktadır. Şöyle ki, hâkim gözaltı süresini uzatma kararı vermek için suç şüphesini gösteren yeterli delilin varlığına kanaat getirmelidir, yeterli delilin olmadığı kanaatine varırsa hâkim kişiyi salıvermek zorundadır. Dolayısıyla süre uzatma kararı verebilmek için öncelikle kişinin şüpheli olduğunu gösteren yeterli delil olduğuna kanat getirdikten sonra, daha fazla delil toplamak için süreye ihtiyaç olduğu kanaatine vararak süre uzatma kararı verecektir bu kendi içinde çelişkili bir durumdur.

Diğer taraftan gözaltı süresini uzatma duruşmasında incelenecek hususlar ile tutuklama duruşmasında incelenecek hususların birbirinden ayrılması gerekmektedir. Oysa uygulamada bunu birbirinden ayırmak neredeyse imkânsızdır. Bunu bir birinden ayırmak teorik olarak mümkün olsa bile, gözaltı süresini uzatma duruşması Anayasanın 19. maddesinde güvence altına alınan hâkim önüne çıkarma güvencesini karşılamaktan uzaktır. Zira 19. maddede düzenlenen hâkim önüne çıkarma güvencesinin amacı kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasının hukuka uygunluğunu denetleme imkânı vermektir. Gözaltı süresini uzatma duruşmasında dosyanın kapsamlı olduğu sonucuna vararak süre uzatma kararı veren yargıcın özgürlükten yoksun bırakmanın hukuka uygun olup olmadığını denetlediğini söylemeye olanak yoktur. Ayrıca her iki kararı da sulh ceza hâkimlikleri vereceğinden iki kez gözaltı süresini uzatma duruşmasında dinlediği şüpheliyi aynı sulh ceza hâkiminin tutuklama duruşmasında serbest bırakmasını beklemek olanaksızdır. Süre uzatma kararlarına yapılacak itirazları yine sulh ceza hâkimleri inceleyecektir. Dolayısıyla sulh ceza hâkimlerine ilişkin sorunlar daha da katlanarak artmaya devam edecektir. Sulh ceza hâkimliği ile ilgili Venedik Komisyonu'nun Mart 2017'de yayımladığı 852/2016 sayılı görüşü dikkate alınırsa hukuka aykırılıkların ortadan kalkmayacağı bellidir.

Bir başka sorun uzatma kararından sonra şüphelilerin nerede gözaltında tutulmaya devam edileceği sorunudur. İki günün sonunda hâkim huzuruna çıkarılan bir şüpheli kolluk tarafından emniyette kötü muameleye tabi tutulduğunu beyan ederse, bu şüphelinin tekrar aynı

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

kolluğun eline verilmesi, kötü muamele ve işkenceye tabi tutulmasını neredeyse kaçınılmaz hale getirecektir.

Şüphelinin duruşmada hâkim önünde dile getirdiği hususların kolluk tarafından yeniden sorgulanmasının da doğuracağı hukuki sorunların göz önünde tutulması gerekir.

(a) bendinin son cümlesinde yer alan yakalama emri üzerine yakalanan kişi hakkında da bu bent hükümleri uygulanır kuralının da yukarıda dile getirilen hususların yanı sıra gözaltı süresini Anayasaya aykırı bir şekilde aşırı derecede uzatması ihtimalinde bulunmaktadır. Mesela hâkim tarafından gözaltı süresinin uzatılmaması dolayısıyla serbest bırakılan bir şüpheli hakkında itiraz üzerine yakalama kararı verilirse bu kişinin yeniden 6 veya 12 günlük gözaltında tutulması mümkün olacaktır ki hiçbir şekilde bunun Anayasaya uygun olduğu kabul edilemez.

Bu nedenle (a) bendinde yer alan düzenlemelerin tamamı Anayasanın 19. maddesine aykırıdır.

Ek 19. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlemin, Cumhuriyet savcısı veya Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine kolluk tarafından yapılabileceği kuralına yer verilmiştir. Bu düzenleme, dosyaya herhangi bir yeni delil girmeden kişilerin defalarca gözaltına alınmasına olanak tanımaktadır. CMK madde 91/6 düzenlemesine göre aynı olayla ilgili olarak yeniden yakalama yapılabilmesi ve ifade alınabilmesi yalnızca yeni ve yeterli delilin olması durumunda ve Cumhuriyet Savcısı kararı ile mümkündür. CMK'daki bu kuralın dayanağı Anayasanın 19. maddesidir. 19. maddeye göre bir kişi hâkim kararı olmadan en fazla bireysel suçlarda iki, toplu suçlarda dört gün gözaltında tutulabilir. Oysa getirilen düzenleme ile kişi cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından serbest bırakıldıktan sonra tekrar yakalanarak gözaltına alınmasına olanak tanımaktadır. İfade almanın kolluk tarafından yapılması ise kişinin emniyet binalarında gözaltında tutulabileceği anlamına gelmektedir.

Bu bir taraftan anayasada öngörülen maksimum gözaltı sürelerinin aşılması sonucu doğuracağı gibi diğer taraftan da kişilerin kötü muamele ve işkenceye maruz kalma riskini aşırı derecede artırmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi düzenlemenin kapsamına alınan suçlar siyasi suçlar denilen devlet aleyhine işlenen suçlar olup temel muhatabı muhaliflerdir. Yukarıda açıklandığı gibi terör kavramı tamamen amacından saptırılarak, hiçbir şiddet olayına bulaşmayan kişilerin sadece muhalif söz, beyan veya fikirleri dolayısıyla terör şüphelisi olarak soruşturulduğu, gözaltına alındığı, tutuklandığı hatta mahkûm edildiği bilinmektedir. Düzenlemenin temel amacının kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak değil, muhalif sesleri susturmak ve muhalefeti baskı altına almak olduğu anlaşılmaktadır. Meşru bir amaç taşımayan kuralın Anayasa'nın 19. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Diğer taraftan tutuklu kişilerin yeniden kolluk tarafından ifadesinin alınması ise işkence ve kötü muamele riskini aşırı derecede artırmaktadır. Tutuklu kişilerin her an kolluğu götürülebilme olasılığı, onların savunma haklarını ve hak arama olanaklarını da ortadan kaldırmaktadır. Gözaltında kötü muamele gördüğü şikâyetinde bulunan bir tutuklu şüpheliyi, bu şikâyetinden vazgeçmeye zorlamak, gözdağı vermek için defalarca tekrar kolluk tarafından ceza infaz kurumundan alınması mümkün hale gelmiştir.

Olağanüstü hal döneminde yeniden ifade alma konusunda iki ayrı düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede bazı suçlarla sınırlı olarak uygulanmak üzere 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (ö) bendinde ve 670 sayılı KHK'nın 8. maddesinde, tutuklu veya

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

hükümlüler ile şüphelilerin yeniden ifadelerinin alınması düzenlenmiştir: 27.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren ve 21.07.2018 tarihinde yürürlüğü son bulan 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin birinci fıkrasının (ö) bendine göre;

“Bu maddede sayılan suçlarla ilgili olarak, alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, tutuklu veya hükümlüler yetkili Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hakimliğinin kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler”.

17.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren ve 21.07.2018 tarihinde yürürlüğü son bulan 670 sayılı KHK'nın 8. maddesine göre ise;

“26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 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 bakımından, şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında bu işlem, olağanüstü halin devamı süresince, cumhuriyet savcısı veya cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine kolluk tarafından yapılabilir”.

Her iki kuralın da uygulaması olağanüstü halin sona ermesiyle birlikte sona ermiştir. Ancak 7145 sayılı Kanunun 13. maddesiyle iptali istenen kural yürürlüğe konulmuştur. Uygulamada hükümlü ve tutukluların ifadelerinin kim tarafından ve nerede alınacağı da bir belirsizlik taşımaktadır. Tutuklu ve hükümlü şüphelilerin ifadesinin alınmak üzere ceza infaz kurumundan alınması mevcut düzenleme çerçevesinde mümkün olmamalıdır. Ancak düzenleme bir açıklık içermediğinden bu şekilde bir uygulama yapılmasına da açık görünmektedir.

Savunma hakkını ve hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıran ve kötü muamele ve işkenceye kapı aralayan, içeriği ve kapsamı belirsiz, meşru bir kamu yararı amacı taşımayan ve muhalifleri susturma ve baskı altına alma aracı olarak kullanılmak üzere çıkarıldığı anlaşılan düzenleme Anayasanın 2., 13., 17., 19. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Geçici 19. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde üç alt bent halinde tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin nasıl karara bağlanacağı düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle (1) Tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilecektir. İkinci olarak tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanabilecektir. Üçüncü olarak ise 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 108 inci maddesi uyarınca yapılan tutukluluğun incelenmesi en geç, otuzar günlük sürelerle dosya üzerinden, doksanar günlük sürelerle kişi veya müdafî dinlenilmek suretiyle resen yapılacaktır.

Bu kuralların tamamının Anayasanın 19. maddesine açıkça aykırı olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarına göre tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden yapılması Anayasanın 19/8, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5/4 maddelerinde güvence altına alınan habeas corpus güvencesine aykırılık oluşturur. Zira kişinin özgürlüğünden mahrumiyetinin hukuka uygunluğunu denetletirme hakkı en temel insan haklarından biri olup, bu denetimin adil yargılamanın tüm koşullarını taşıması gerekir. Bu çerçevede silahların eşitliği ve vicahilik ilkelerine uygun bir yargılama yapılması da habeas corpus güvencesinin unsurları arasındadır. Dosya üzerinden inceleme kuralı bu temel ilkeleri ortadan kaldırmaktadır. Bu derece temel bir insan hakkının ortadan kaldırılmasının nedeninin iş yükünün ağırlığı olduğu anlaşılmaktadır. Oysa yukarıda açıklandığı gibi, işyükünü artıran bir

anda tüm ülkenin devlet aleyhine suçları işlemeye başlaması değil, siyasi iktidarın kendini eleştiren herkesi teröristlikle suçlayarak, tüm muhalif sesleri kısmak için ceza sistemini bir baskı aracı olarak kullanması yatmaktadır. Dolayısıyla önce suçsuz kişileri, suçun kanuni vasıflarını tamamen göz ardı ederek, şiddete bulaşıp bulaşmadığına bakmadan ve bir emir komuta hiyerarşisine dâhil olup olmadığını gözetmeden terör ile suçlayarak haklarında soruşturma açıp, özgürlüklerinden mahrum ederek yüzbinlerce kişiyi terör zanlısı haline getirdikten sonra da çok fazla iş yükü var diyerek bu kişilerin temel haklarından mahrum edilmesi, Anayasaya aykırıdır ve hiçbir şekilde meşru görülmez.

Diğer taraftan tahliye taleplerinin otuzar günlük sürelerle tutukluluk incelemesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanması, öncelikle Anayasanın 19/7 maddesinde güvence altına alınan serbest bırakılmayı isteme hakkını ortadan kaldırmaktadır. Soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında kişinin suçsuzluğunu kanıtlayan bir delil elde etmesi ya da soruşturma makamlarının dayandığı delillerin geçersiz ve ya hukuka aykırı olduğunu ispatlaması mümkündür. Böyle bir durumda tutuklu şüphelinin suçsuz olduğunu kanıtlayan delilin incelenmesinin otuz gün boyunca ertelenmesi kişinin özgürlüğünden bu süre boyunca keyfi olarak mahrum edilmesi sonucunu doğuracaktır ve açıkça Anayasaya aykırıdır.

Tutukluluk incelemelerinin, yani tutukluluğun devamının gerekli olup olmadığına ilişkin incelemelerin otuzar gün ara ile dosya üzerinden, doksan günde bir ise tutuklu ya da avukatının dinlenmesi suretiyle yapılması da açıkça anayasaya aykırıdır. Doksan gün, yani üç ay boyunca kişi tutukluluğunun niçin gereksiz olduğunu açıklama hakkından mahrum bırakılmaktadır. Suç şüphesini ortadan kaldıran bir delilin ortaya çıkması, kaçma ya da delilleri karartma ihtimalinin ortadan kalkması veya kanuni tutukluluk süresinin dolması gibi nedenlerle tutukluluğun devamının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmek isteyen bir kişi doksan gün boyunca bu talebini yüz yüze yargıca iletme hakkından mahrum bırakılmaktadır. Bu da Anayasanın 19/7 fıkrasında güvence altına alınan kişinin serbest bırakılmayı isteme hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 7145 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 3713 sayılı Kanuna eklenen geçici 19. madde Anayasa'nın 2., 13., 17., 19. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

12.7145 Sayılı Kanun'un 16. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı" ibaresi, birinci fıkraya eklenen cümleler ile ikinci fıkraya eklenen "ya da işlemin uzun sürecektir olması" ibaresinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Bilgisayarlarda, Bilgisayar programları ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" başlıklı 134. maddesinde değişiklikler yapılarak daha önce yalnızca hâkim kararı ile yapılması mümkün olan bilgisayar, bilgisayar programı ve kütüklerinde arama, kopya çıkarma ve kayıtların çözümlenerek metin haline getirilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararı ile de yapılabilir hale getirilmiştir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması ve hâkimin kararını en geç yirmi dört saat içinde vermesi zorunlu tutulmuştur. Bu süre içinde karar verilmemesi ya da hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinlerin derhâl imha edilmesi kurala bağlanmıştır.

Diğer taraftan ikinci fıkraya yeni bir bilgisayarlara el koyma nedeni eklenmiştir. Buna göre kopyalama işlemlerinin uzun sürecek olması da bilgisayarlara el koyma nedeni haline getirilmiştir.

Öncelikle birinci fıkrada yapılan değişikliklerle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla da bilgisayarlarda arama yapılmasına karar verilebilecektir.

CMK düzenlemesinde aramaların gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısının kararıyla yapılmasına olanak tanınırken, bilgisayarlarda arama yapılması ve kopya alınmasının yalnızca hâkim kararı ile yapılmasına izin verilmesinin temel nedeni bilgisayarlarda bireylerin pek çok kişisel verisinin bulunması ve iddia edilen suçla hiçbir ilgisi olmamasına rağmen arama ve kopyalama sırasında bu verilere de müdahale edilmesinin kaçınılmaz olmasıdır. Dolayısıyla bireylerin özel hayatının mahrem boyutlarını da içerebilecek olan pek çok kişisel veriye müdahale anlamına gelen bilgisayar araması ve kopyalamasının mutlaka hakim kararıyla yapılması bireyler açısından bir güvence oluşturur. Gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle hakim kararı olmadan bilgisayarlarda arama yapılması ve kopya alınması özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına ölçsüz bir müdahale oluşturur. Cumhuriyet savcısının kararının hakim onayına sunulması bu müdahaleyi ortadan kaldıran veya hafifleten bir durum değildir. Bu nedenle birinci fıkrada yapılan değişiklikler Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın ve kişisel verilerin korunması hakkını ihlal edici niteliktedir.

Diğer taraftan ikinci fıkrada yapılan değişiklikle kopyalama işlemlerinin uzun sürecek olması bilgisayarlara el koyma nedeni olarak öngörülmüştür. Bunun da kişilerin başta özel hayat ve kişisel verilerin korunması hakkı olmak üzere pek çok hakka ölçsüz bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Günümüzde pek çok bireyin iş hayatı, özel hayatı ve kültürel hayatı bilgisayarlara bağımlı hale gelmiştir. Kişilerin çalışmaları, kaynakları bilgisayarlarındadır. Bir kişinin bilgisayarına sırf kopyalamanın uzun süreceği gerekçesiyle el konulması ve belirsiz bir süre boyunca iade edilmemesi kişilerin iş ve güncel yaşamlarında inanılmaz olumsuz sonuçları olacaktır. Çoğunlukla güncel çalışmaların bilgisayar dışında bir yedeği olmamakta veya yapılan aramalarda bu yedeklerin yer aldığı harici belleklere de el konulmaktadır. Bu durumda kişiler uzun süre çalışmalarına erişme olanağından yoksun kalmaktadır. Her ne kadar yasada kopya alındıktan sonra bilgisayarların derhal iade edileceği belirtilmiş ise de OHAL döneminde el konulan bilgisayar ve cep telefonlarının çoğunun henüz iade edilmediği bilinmektedir. İki yıldan uzun süren bu iade işlemlerinin bundan sonra daha hızlı yapılacağını beklememizi gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Bir gazetecinin bütün yazıları, arşivleri bilgisayarında bulunacaktır. Bir bilim adamının tüm bilimsel çalışmaları, kaynakları bilgisayarındadır. Bir avukatın dosyaları, müvekkilleri ile yazışmaları bilgisayarındadır. Bir işadınının iş bağlantıları, iş akışları, vb bilgisayarındadır. Bir mühendisin projeleri, kullandığı programlar bilgisayarındadır. Son yıllarda bu mesleklerin her birini icra eden binlerce kişi hakkında soruşturmalar açılmıştır. Getirilen düzenleme ülkenin, bilim, sanat, kültür ve ticaret hayatını kökten etkileme potansiyeline sahip bir düzenlemedir.

Bu nedenle kişilerin iş ve güncel yaşamına ağır bir müdahale oluşturan bilgisayara el konulmasının, salt olarak kopyalama işlemlerinin uzun süreceği gerekçesiyle yapılabilmesi Anayasanın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının yanı sıra bilim ve sanat özgürlüğünü güvence altına alan 27. maddeye, basın özgürlüğünü güvence altına alan 26. ve 28. maddelere, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü koruyan 48. maddeye ve mülkiyet hakkını koruyan 35. maddeye yönelik doğrudan müdahale anlamına gelmektedir ve bu müdahale oldukça ölçsüzdür.

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

Açıklanan nedenlerle 7145 sayılı Kanunun 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesinde yapılan değişiklikler başta Anayasanın 20. maddesi olmak üzere pek çok hükmüne aykırıdır, iptalleri gerekir.

13.7145 Sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlelerin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına bir cümle eklenerek kamu görevinden çıkarılmış olan asker kişilerin askeri rütbelerinin mahkeme kararı aranmaksızın geri alınacağı kuralı getirilmiştir. Asker kişiler için askeri rütbe başarılı çalışma sonucu elde edilen ve bu kişilerin sosyal statüsünün yanı sıra sosyal ve ekonomik haklarını belirleyen bir statüdür.

6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personelin, ilgili Kuvvet Komutanının teklifi, Genelkurmay Başkanının inhası, Millî Savunma Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılacağı kuralına yer verilmiştir. Herhangi bir gerçek soruşturma yapmadan ve savunma hakkı vermeden, içeriği belirsiz, aidiyet, iltisak ve irtibat gibi kavramlara dayalı olarak kamu görevinden çıkarılan kişilerin askeri rütbeleri geçmişe dönük olarak geri alınmaktadır. Bu düzenleme ilgili kişilerin sosyal ve ekonomik haklarını da doğrudan etkileyecektir.

Öncelikle Milli Güvenlik Kurulu Anayasada bir icrai karar organı olarak öngörülmemiştir, tavsiye niteliğinde kararlar alabilir ve MGK'nın kararına dayalı olarak kişiler hakkında işlem yapılması, bir yetki gaspı oluşturur, Anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanımı teşkil eder. Bu nedenle kural Anayasanın 6. ve 118. maddelerine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasa'nın 38. maddesinde masumiyet karinesi güvence altına alınmıştır. Buna göre suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Ancak dava konusu kural, daha önce terör örgütleri ile irtibatları oldukları gerekçesiyle görevden çıkarılan askeri kişilerin askeri rütbelerinin haklarında mahkeme kararı olması aranmaksızın alınmasını öngörmüştür. Böylece bu kişiler haklarında bir mahkeme kararı bulunmamasına rağmen suçlu olarak nitelenerek rütbeleri alınmıştır. Bu nedenle kural Anayasanın 38. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan bu kişilerden emekli olup yaşlılık aylığı alanların veya diğer sosyal haklardan yararlananların rütbeden kaynaklanan hakları da geri alınmıştır. Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı kişilerin elde edilmiş alacak haklarının yanı sıra yürürlükteki mevzuata göre hak edilmiş sosyal ve ekonomik hakları da kapsamakta ve güvence altına almaktadır.

Kişilerin mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin kanuna dayalı, meşru bir amaca yönelik ve ölçülü olması gerekir. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan aidiyet, irtibat ve iltisak kavramları içeriği belirsiz ve kişiler için öngörülemez. Kavramlar olup kişilerin hangi fiilleri dolayısıyla kamu görevinden çıkarılacaklarını öngörmesi mümkün değildir. Bu kavramlara dayalı olarak rütbelerin geri alınması da aynı şekilde öngörülemez olup bu kavramlar temel hakların kanunla sınırlanması ölçütünü karşılamamaktadır.

Diğer taraftan kişilerin kazanılmış haklarının geri alınmasının meşru bir amacı olmadığı gibi, ölçülü de değildir. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasanın 35. maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan kazanılmış bir statünün içeriği belirsiz ve öngörülemez bir düzenlemeye dayalı olarak geçmişe etkili bir şekilde geri alınması kazanılmış haklara haksız bir müdahale oluşturur ve bir hukuk devletinde kazanılmış hakların haksız bir şekilde geri alınması kabul edilemez. Bu nedenle kural hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 6., 35., 38. ve 118. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

14.7145 Sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi, dördüncü cümlesinde yer alan "Ankara, İstanbul, İzmir illeri dışında ve 2006 yılından sonra kurulan yükseköğretim kurumlarına öncelik verilmek kaydıyla, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından kamu görevinden çıkarıldığı yükseköğretim kurumu haricinde tespit edilecek yükseköğretim kurumlarından birine" ibaresi, dokuzuncu cümlesi ile onüçüncü cümlesinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile 7075 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun iade kararlarının nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişkisi kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü halinde karar kadro veya pozisyonunun bulunduğu kuruma, yükseköğretim kurumlarında kamu görevinden çıkarılan öğretim elemanları için Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bildirilecektir. Fıkranın ikinci cümlesine göre kamu görevine iade edilmesine karar verilenlerin eski kadro veya pozisyonuna atanması esastır. Üçüncü cümlede ise buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, ancak müdür yardımcısı veya daha üstü ile bunlara eşdeğer yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, söz konusu yöneticilik görevlerinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınacaktır. Dördüncü cümlede ise Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bildirilenlerin atama tekliflerinin; Ankara, İstanbul, İzmir illeri dışında ve 2006 yılından sonra kurulan yükseköğretim kurumlarına öncelik verilmek kaydıyla, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından kamu görevinden çıkarıldığı yükseköğretim kurumu haricinde tespit edilecek yükseköğretim kurumlarından birine önceki kadro unvanlarına uygun olarak on beş gün içinde yapılacağı düzenlenmiştir. Beşinci cümlede kurumların, bildirim veya atama teklif tarihini takip eden otuz gün içerisinde atama işlemlerini tamamlayacağı; altıncı cümlede, bu kapsamda yer alan personele ilişkin kadro ve pozisyonların, ilgililere ilişkin atama onaylarının alındığı tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ilgili mevzuatı uyarınca ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılacağı; yedinci cümlede, söz konusu kadro ve pozisyonların, herhangi bir şekilde boşalmaları hâlinde başka bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılacağı; sekizinci cümlede, atama emrinin, ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebliğat Kanunu hükümlerine göre ilgililere tebliğ edileceği; dokuzuncu cümlede, tebliğ tarihini takip eden on gün içerisinde göreve başlamayanların bu maddeden doğan atanma hakkı ile mali haklarının düşeceği; onuncu cümlede kamu kurum ve kuruluşlarının atama ve göreve başlatma işlemlerinin sonucunu, işlemlerin tamamlanmasını takip eden on beş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirecekleri; onbirinci cümlede, ilgililerin kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin kanun hükmünde kararname hükümlerinin, bu fıkrafta belirtilen kişiler bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmış

sayılacağı; on ikinci cümlede, bu kapsamda göreve başlayanlara, kamu görevinden çıkarılma tarihlerini takip eden aybaşından göreve başladıkları tarihe kadar geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal haklarının ödeneceği ve on üçüncü cümlede, bu kişilerin, kamu görevinden çıkarılmalarından dolayı herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacakları kurallarına yer verilmiştir.

Öncelikle bu düzenleme yasa yapma tekniği açısından yanlış tedvin edilmiştir. Mevzuat Düzenleme Esaslarında bir fıkranın ve kapsamındaki bent ve alt bentlerin nasıl tedvin edileceği yer almıştır. Yapılan düzenleme yasa yapma tekniğine aykırıdır. Örneğin; fıkra onüç cümleden oluşmaktadır. Oysa bu cümlelerin her biri aslında birer “bent”dir. Şayet fıkra, bentler halinde düzenlenmiş olsaydı okunması, kavranması, anlaşılması daha kolay olurdu.

Fıkroda kural olarak kişilerin eski görevlerine atanması öngörülmüştür, ancak üçüncü cümlede bu kuralın istisnasına yer verilmiştir. “Ancak müdür yardımcısı veya daha üstü ile bunlara eşdeğer yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, söz konusu yöneticilik görevlerinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır.” denilerek yöneticilik görevinde iken kamu görevinden çıkarılanların eski kurumlarına iade edilmelerine rağmen, kamu görevinden çıkarıldıkları sıradaki yöneticilik görevine değil, bu görevden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınarak atanma işlemlerinin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Yani bu kişilerin kamu görevinden çıkarılmalarının hukuka aykırı olduğu tespit edilse bile bu kişiler yönetici pozisyonlarına atanamayacak yönetici olmadan önceki pozisyonlarına atanacaklardır.

Öncelikle belirtilmelidir ki, bu hüküm fıkra içindeki diğer bir hükümle çatışmaktadır. Fıkranın sonunda; “İlgililerin kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin kanun hükmünde kararname hükümleri, bu fıkroda belirtilen kişiler bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmış sayılır.” şeklinde geçen bu hükümle fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan “Ancak müdür yardımcısı veya daha üstü ile bunlara eşdeğer yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, söz konusu yöneticilik görevlerinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır.” hükmü çatışmaktadır.

Mesela, müdür sıfatıyla yönetim kadrosunda çalışmakta iken atılan iftira nedeniyle kamu görevinde çıkarılan kimsenin yaptığı itirazın OHAL Komisyonu tarafından kabul edildiğini varsayalım. Onbirinci cümleye göre iade kararıyla birlikte ilgili kişiyi kamu görevinden çıkaran KHK bu kişi yönünden tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kalkmıştır. Ancak bu kişi, üçüncü cümle hükmü gereği yönetici kadrosu olan müdürlüğe değil, bu görevden önce bulunduğu kadro unvanı dikkate alınarak daha alt bir kadroya atanacaktır. Eğer kamu görevinden çıkarma işlemi bütün sonuçlarıyla ortadan kalktıysa bu durum nasıl açıklanabilir? Aynı fıkra içindeki bu birbiriyle çatışan hükümler olağan çatışma kuralları ile de birbiriyle uyumlulaştırılamaz. Onbirinci cümle genel kural, üçüncü cümle onun istisnası olamaz çünkü genel kural önce, istisna sonra düzenlenmiş olmalıdır. Genel kural, özel kural çatışması durumu olmadığı gibi, önceki kural sonraki kural çatışması da söz konusu değildir. Eğer böyle kabul edilse bile onbirinci cümlelerin üçüncü cümleyi ilga ettiğini kabul etmek gerekir.

Dolayısıyla kural kendi içinde bir açmaz barındırmaktadır. Bir hukuk devletinin temel niteliklerinden biri hukuk kurallarının bir biriyle uyumlu olması ve kurallar arasında bir çatışma bulunmamasıdır. Kendi içinde çelişkili kurallar barındıran bir hukuk sistemi bireyler için

öngörülebilirlik sağlamaktan uzaktır. Bu nedenle kendi içinde uyumsuz düzenlemeler barındıran kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte taraftan birinci fıkranın üçüncü cümlesindeki hüküm, hakkında hiçbir soruşturma ve kovuşturma olmayan ya da yapılan idari soruşturma sonunda iddia edilen hususların gerçektışı olduğu anlaşılan kamu görevlileri açısından yanlış, hukuka aykırı ve kazanılmış hakları hiçe sayan bir düzenlemedir.

Ayrıca fıkranın uygulanması açısından da belirsizlikler söz konusudur. “Müdür yardımcısı” unvanının dengi unvanların ne olduğunu düzenleyen bir kural bulunmamaktadır. Kimi kurumların teşkilat kanunlarında müdür yardımcılığı kadrosu bulunmamaktadır. Müdülden sonra şef kadrosu gelmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının bölge, il ve ilçe teşkilatlarında müdür yardımcısı kadroları, unvanlı kadrolardır ve bunların alt kadrolarında müdürlükler vardır, bunlar da yönetici sınıfına girerler. Örneğin İl Milli Eğitim Müdür yardımcısının altında şube müdürlükleri vardır. Şube müdürlüklerinin fıkra kapsamında olup olmadığı belirsizdir.

Kuralın uygulanması açısından başka bir belirsizlik de üst kademe yönetici kadrolarında iken kamu görevinden çıkarılanların atamasının nasıl yapılacağı hususudur? Mesela, müsteşar yardımcısı kadrosunda çalışırken kamu görevinden çıkarılan bir kişi hangi makama atanacaktır? Kuralda, “...kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, söz konusu yöneticilik görevlerinden önce buldukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır.” denilmektedir. Müsteşar yardımcılığından önce genel müdürlük, ondan önce genel müdür yardımcısı, ondan önce daire başkanı, ondan önce şube müdürlüğü yapmış olan bu kişi hangi kadroya atanacaktır? Yirmi yıl önce çalıştığı memur kadrosuna mı yoksa bir önceki görevi olan genel müdürlük kadrosuna mı atanacaktır?

Bu derece belirsiz yasanın uygulamada idareye keyfi davranma yetkisi tanıdığı ve bir hukuk devletinde kabul edilemeyeceği açıktır.

Diğer taraftan söz konusu kişi bir üniversite öğretim elemanı ise kendi üniversitesine dönemeyeceği gibi, Ankara, İstanbul ve İzmir illerindeki üniversitelere de dönemeyecek bu illerin dışındaki ve 2006 yılından sonra kurulmuş üniversitelere öncelik verilmek üzere başka üniversitelere atanacaktır. Hukuka aykırı bir şekilde terör damgasıyla görevinden alınıp yıllarca işsiz bekledikten sonra nihayet haksızlığa uğradığı tespit edilen kişiler bu defa yeni bir mağduriyet ile karşı karşıya bırakılacaklar, suçsuz yere mağdur edilmiş olan kişiler yeniden cezalandırılacaklardır. Bu yeni cezalandırmanın mantığını anlamaya olanak yoktur. Üniversiteler kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip kuruluşlar olup personelini kendisi alır. Dolayısıyla öğretim elemanlarının herhangi bir şekilde bir üniversiteden başkasına tayini söz konusu değildir. Ancak yeni atama kriterlerine göre kadro ilanlarına yapılacak başvuruların değerlendirilmesi suretiyle öğretim elemanları başka bir üniversiteye geçebilir. Oysa iptali istenen kurallar iadesine karar verilen öğretim elemanlarının başka üniversitelere atanmasını öngörmektedir. Bu çoğu durumda il değiştirmek anlamına gelmektedir. Diğer taraftan Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde bulunan üniversitelere atama yapılması da yasaklanmıştır. Bu durumda bu illerdeki büyük ve köklü üniversitelerden atılan öğretim elemanları iade edildikleri takdirde taşra üniversitelerine atanacaklardır. Burada il değiştirmenin ötesinde ciddi bir bilimsel kayıp da söz konusudur. Mesela, Ortadoğu Teknik Üniversitesinde çalışırken haksız bir şekilde atılan bir Profesör iade kararı alınması halinde Hakkari Üniversitesine atanabilecektir. Bu iki üniversitenin kütüphane ve laboratuvar olanakları açısından büyük farklılıkları olduğu gibi öğrenci kalitesi ve uluslararası saygınlık açısından da

kıyaslanamaz bir fark bulunmaktadır. Bu haksız şekilde hakları ihlal edilen kişinin yeniden cezalandırılması anlamına gelmektedir. Bir hukuk devletinde böyle bir keyfiliğin kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuk devleti tanımı gereği keyfi yönetimin karşıtıdır. Bu nedenle iptali istenen kurallar açıkça hukuk devletini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Kamu görevinden çıkarılmakla bu kişilerin başta Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu görevine girme hakkı olmak üzere 17. maddede güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, itibar hakkı, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı ve çıkarılma nedenine göre farklılaşabilecek olan pek çok temel hakkına müdahalede bulunulmuştur. Mesela, kişi bildiri imzaladığı için atılmışsa Anayasanın 26., maddesi, dernek üyeliği dolayısıyla atılmışsa Anayasa'nın 33. maddesi, sendika üyeliği gerekçe gösterilerek atılmışsa Anayasa'nın 51. maddesi, çocuğunu okula gönderme gerekçesiyle atılmışsa Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan haklara müdahale söz konusudur. Komisyonun iade kararıyla bu müdahalelerin haksız olduğu, dolayısıyla hakların ihlal edilmiş olduğu ortaya çıkacaktır. Anayasa'nın 40. maddesine göre Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin geciktirilmeksizin yetkili makama başvurma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu hakkın doğal sonucu, hakka vaki ihlalin etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasıdır. İhlalin etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasının temel yolu ise eski hale getirmedir (restitutio in integrum). Eski hale getirme, ihlal hiç gerçekleşmemiş olsaydı mağdur ne durumda olacaksa, o statüye (status quo ante) geri döndürülmesi anlamına gelmektedir. Eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda ancak tazminat ya da başka benzeri alternatif giderim yöntemlerine başvurulabilir.

Dava konusu düzenleme eski hale getirme yerine idareci pozisyonundayken atılanları idarecilikten önceki pozisyonlarına, üniversitelerden atılanları ise başka üniversitelere atamak suretiyle ihlalin ortadan kaldırılmasını öngörmektedir. Oysa bunu zorunlu kılan hiçbir gerekçe bulunmamaktadır. Kişilerin daha önce atılmış oldukları üniversiteler yerinde durmaktadır, yönetici pozisyonları da yerinde durmaktadır. Kadrolarının doldurulmuş olması gibi gerekçelerin de ileri sürülmesi mümkün değildir, zira atanmaları öngörülen kurumlarda kadro olup olmadığına bakılmaksızın atanmaları öngörülmektedir. Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 40. maddesine açıkça aykırıdır.

Bir de, bir tür "yargısız infaz" yöntemiyle keyfi bir biçimde adlarının KHK ek listesinde yer aldığına itirafı olup, bu iradeyi yine keyfi bir biçimde devam ettirme iradesinin dışavurumudur.

Diğer taraftan iptali istenen dokuzuncu cümlede iade kararı verilen kişilerin atanması yapıldıktan sonra on gün içinde göreve başlamazlarsa atanma ve mali haklarını kaybedecekleri kuralına yer verilmektedir. Öncelikle kişilerin haklı bir mazereti olup olmadığına bakılmaksızın on gün içinde göreve başlamadıkları gerekçesiyle haklarından mahrum edilmesi hukuk devletiyle bağdaşmaz. Kişi seyahat edemeyecek derecede hasta ise ya da yurt dışında ise veya başka bir haklı nedene dayalı olarak on gün içinde göreve başlayamamışsa kişilerin atanma haklarının özellikle de mali haklarının ellerinden alınmaları açık bir şekilde Anayasaya aykırıdır.

Kişiler kamu görevinden çıkarıldıktan yıllar sonra iade kararı verildiğinde bu arada yeni bir iş kurmuş ya da başka bir yerde çalışmaya başlamış olabilirler ve yeniden kamu görevine dönmek istemeyebilirler bu durumda haksız olarak kamu görevinden çıkarılmış olmaları dolayısıyla mahrum kaldıkları mali haklarını almaktan yeniden mahrum edilmeleri açıkça

mülkiyet hakkı ihlali oluşturur. Bu kişilerin iadesine karar verilmekle atılmalarının hukuka aykırı ve haksız olduğu, bu nedenle haksız yere mali ve sosyal haklarından mahrum bırakıldıkları tespit edilmiş edilmektedir. Bu çerçevedeki mali hakların Anayasanın 35. maddesi kapsamında mülkiyet teşkil ettiğinde kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in bu yönde yüzlerce kararı bulunmaktadır. Anayasal anlamda mülkiyet teşkil eden mali hakların bu şekilde kişilerin elinden alınması mülkiyetten haksız olarak mahrum bırakma teşkil edecektir ki, Anayasanın 35. maddesine açıkça aykırıdır.

Son olarak birinci fıkranın onüçüncü cümlesinde bu kişilerin, kamu görevinden çıkarılmalarından dolayı herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacakları kurallarına yer verilmiştir. Hak arama özgürlüğü Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınmış bir temel insan hakkıdır. Kişilerin haksız bir şekilde kamu görevinden çıkarıldıkları yıllar sonra tespit edildikten sonra uğramış oldukları maddi ve manevi zararların tazminini istemelerinin yasaklanması açıkça hak arama özgürlüğünü ve hak arama özgürlüğünü temel bir unsuru olan mahkemeye erişim hakkını ihlal edecektir. Bu da kuralın açıkça Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğunu göstermektedir.

AİHM'e göre mahkemeye erişim, yani kişinin ihlal edildiğini iddia ettiği hakkını savunabilmek adına yargı yerine müracaat edebilme hakkı, teorik açıdan düzenlemenin yanı sıra etkili bir biçimde uygulamayı sağlayacak şekilde hayata geçirilmek zorundadır. Zira bu hakkın adil yargılanma hakkı kapsamında incelenen ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen "hakkaniyetle yargılanma hakkı", "aleni yargılanma hakkı", "makul sürede yargılanma hakkı", "masumiyet karinesi", "kanuni hâkim güvencesi" gibi hak ve ilkelerin yargılama mercileri önünde korunduğunun öne sürülebilmesi için öncelikle kişilerin hak ve taleplerini yargı mercilerine taşıyabilmesi gerekmektedir.

AİHM, mahkemeye erişim hakkını "hukukun üstünlüğü" ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve mahkemeye erişim hakkının, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını zorunlu kıldığını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasının gerektirdiğini ifade etmektedir. Bu nedenle hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlâl edildiğine karar verilmektedir.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında; 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' denilerek herkesin, kişisel hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması için bir mahkemeye erişme ya da dava açma hakkına sahip olduğu kurala bağlanmıştır. Anayasada teminat altına alınan bu hak Anayasanın 13. maddesiyle hiçbir şekilde sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla hak arama özgürlüğünün en önemli unsurlarından olan "mahkemeye erişim hakkı"nın yasa ile sınırlandırılması/engellenmesi hiçbir şekilde mümkün değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. Maddesinde 'Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır' denilerek Devletin, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere

başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu, kişilerin resmi görevliler tarafından uğratılacakları zararların devletçe tazmin edileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan Anayasanın 125. maddesine göre idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu kapatılamaz. Haksız bir şekilde bir kişiyi kamu görevinden çıkararak yıllarca sıkıntı çekmesine sebebiyet veren idarenin bu işlemine karşı yargı yolunun kapatılması Anayasanın 125. maddesine aykırıdır. Yukarıda değinilen gerek AİHM kararları, gerek AİHS hükümleri ve gerekse Anayasamızın 13., 36., 40. ve 125. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı bulunduğu ve bu hakların güvence altına alınmış olduğu, Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün, kendisinin bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olduğu, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiği, idari bir işlemin konusu olması gereken bir hususun, kanun veya kanun hükmünde kararname gibi tasarruflarla düzenlendiği zaman, idari yargı yerlerince temel hakların korunması açısından zorunlu olmasına karşın, etkili bir yargısal denetimin yapılamadığı, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, AİHS'ne göre sözleşmeden doğan hak ve hürriyetlerin ihlaline ilişkin itirazda bulunulabilecek ulusal düzeyde bir hukuk yolunun teminat altına alınmasının gerektiği, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu tartışmasızdır. Başka bir ifadeyle; mahkemeye başvurma hakkı hukukun temel ilkesi olup hiçbir sınırlamaya tabi tutulamaz, mahkemeye başvurma hakkı olmaksızın hakkaniyete uygun, aleni bir yargılamadan söz edilemez ve adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerden yararlanılamaz.

Ulusal ve Uluslararası mevzuat bu denli açık ve kesin hükümler taşımasına rağmen böyle bir hüküm getirmekle kamu görevinden hâksiz bir şekilde çıkarılmalarına vesile olmuş yöneticilerin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılması buna göreve iade edilen kamu görevlisi yönünden ise, etkili bir yargı yolu öngörülmemiş, mahkemeye erişim hakkı etkisizleştirilmiş/sınırlanmıştır.

Bu nedenlerle; hak arama yollarının açık/etkili olmadığı, kişilerin ihlal edilen hakları ile ilgili olarak milli mahkemelere başvuru imkânının etkisizleştirildiği bir sistem içerisinde kişilerin adil yargılanma hakkına sahip olduğu söylenemez.

Diğer taraftan kamu görevinden çıkarılmakla ihlal edilen ve yukarıda açıklanan pek çok temel haklarına vaki ihlal göreve iade kararıyla ortadan kaldırılmamaktadır. Tazminat davası açılmasının yasaklanması kişilerin Anayasa'nın 17., 20., 70. ve atılma nedenine bağlı olarak diğer maddelerine de aykırıdır.

Sonuç olarak iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2.,17., 20., 35., 36., 40., 70. ve 125. maddelerine açıkça aykırıdır, iptalleri gerekir.

15.7145 Sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a eklenen 10/A maddesinin Anayasaya aykırılığı

7145 Sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a 10/A maddesi eklenerek Türk Silahlı Kuvvetleri ile genel kolluk kuvvetleri personeli ve Dışişleri Bakanlığı diplomatik kariyer memurlarına ilişkin Komisyon kararlarının uygulanması düzenlenmiştir. Buna göre, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilmesi sebebiyle kamu görevinden, meslekten veya görevden çıkarılan ya da ilişkisi kesilen subay, astsubay, uzman jandarmalar ile Emniyet Genel Müdürlüğünde emniyet hizmetleri sınıfına tabi olanlar ve Dışişleri Bakanlığı diplomatik kariyer memurlarından; haklarında mahkemeler tarafından göreve iade mahiyetinde karar verilenler ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu tarafından başvurunun kabulü kararı verilenlerden, eski kadro, rütbe veya unvanına atanması ilgili bakan onayı ile uygun görülmeyenler ilgisine göre Milli Savunma Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı bünyelerinde kurulan araştırma merkezlerinde bu madde esaslarına göre istihdam edilecektir. Bu kapsamda bulunanlardan binbaşı ve üstü rütbelerde olanlar ile emniyet hizmetleri sınıfında bulunan her sınıftaki emniyet müdürlerinin atamaları araştırma merkezlerindeki araştırmacı unvanlı kadrolara, diğerlerinin atamaları ise Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine ilgisine göre İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve Milli Savunma Bakanlığı tarafından tespit edilen araştırma merkezlerindeki diğer kadrolara, kararların bildirimini takip eden otuz gün içinde ilgili bakan onayıyla yapılması öngörülmüştür. Bunlara ilişkin kadrolar başka bir işleme gerek kalmaksızın ilgili mevzuatı uyarınca atama onayının alındığı tarih itibarıyla ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılacak ve söz konusu kadrolar herhangi bir sebeple boşalmaları hâlinde iptal edilmiş sayılacaktır. Diğer fıkralarda 10. maddenin birinci fıkrasına paralel olarak atama kararının tebliği, tebliğden itibaren 10 gün içinde göreve başlamayanların haklarının düşeceği, boşta geçirdikleri sürelerle ilişkin mali ve sosyal haklarının ödeneceği, görevden çıkarma dolayısıyla tazminat davası açamayacakları, yeni atandıkları kadrolar ile önceki kadroları arasında mali haklar bakımından fark olması halinde bu farkın ödeneceği, önceki rütbe, unvan, kimlik ve sosyal haklarını kullanamayacakları, bu madde yürürlüğe girmeden önce iade kararı verilenler hakkında da bu madde kapsamında işlem yapılabileceği, gibi hususlar düzenlenmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki silahlı kuvvetler, emniyet ve dışişleri personelinden tüm iade edilenler değil bakan tarafından eski görevine iadesi uygun görülmeyenler araştırma merkezlerindeki kadrolara atanacaklardır. Bakanın hangi kriterlere göre araştırma merkezlerine atanacakları belirleyeceği belli değildir. Bu yetki tamamen keyfi olarak kullanılmaya elverişlidir. Hiçbir objektif kriter öngörülmediğinden kural öncelikle hukuk devletinin temel unsuru olan belirlilik ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin atanmaları nitelikleri aylıkları ve özlük işleri kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre kanunla düzenleme kuralının gereği olarak temel ilke ve esaslar kanunla belirlenmeden alt düzenlemelere ya da yürütme organına yetki tanınması 128. maddeye aykırılık oluşturur. Askeri personelin, emniyet personelinin ve Dışişleri Bakanlığı meslek memurlarının kendi sınıf ve kadrolarından çıkarılarak araştırma merkezlerindeki araştırmacı ve diğer kadrolara atanmasının memurların özlük işleri kapsamına girdiği ve kanunla düzenlenmesi gerektiğinde şüphe yoktur. Hangi personelin bu şekilde kadro ve sınıflarının değiştirileceği konusunda hiçbir objektif ölçüt belirlemeden, tamamen bakanın inisiyatifine bırakan bir düzenlemenin kanunla düzenleme gereğine uymadığı bu nedenle Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Öte yandan bu kişilerin kamu görevinden haksız olarak çıkarıldığı komisyon ya da mahkeme kararıyla tespit edilmiştir. Haksız olarak kamu görevinden çıkarılanlara eski haklarını iade etmek yerine keyfi bir şekilde belirlenen bazılarının sınıf ve kadroları değiştirilerek araştırma merkezlerine atanması bu kişilerin haklarının iade edilmediğini aksine yeniden yaptırma tabi tutulduklarını göstermektedir. Haksız şekilde hakları ihlal edilen kişilerin yeniden cezalandırılması bir hukuk devletinde kabul edilemez. Hukuk devleti, tanımı gereği keyfi yönetimin karşıtıdır. Bu nedenle iptali istenen kurallar açıkça hukuk devletini cumhuriyetin temel nitelikleri arasında düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Kuralda mahkeme tarafından göreve iade mahiyetinde karar verilenlerden söz edilmektedir. 667 sayılı KHK hükümlerine dayalı olarak idare tarafından kamu görevinden çıkarılanların idari yargıda dava açmaları yolu OHAL döneminde de açık olduğundan idare mahkemelerinin bu işlemleri iptal etmesi halinde bu madde kapsamına gireceği gibi komisyonun ret kararı aleyhine açılan iptal davalarının kabulü halinde bu kararlar da madde kapsamında değerlendirilecektir. İdare mahkemeleri işlemin iptaline karar verdiğinden kamu görevinden çıkarma kararı iptal hükmüyle ortadan kalkacaktır ve mahkeme kararına uyarak bu kişilerin eski kadrolarına iade edilmesi gerekir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının "a" bendinde, iptal davaları; idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan davalar olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere, davanın konusu, idari işlemin bizzat kendisidir. Amaç, hukuka aykırı olarak nitelendirilen dava konusu idari işlemin geçmişe etkili (şamil) olarak, yani yapıldığı tarih itibarıyla hukuk düzeninden çıkarılmasının sağlanmasıdır. Başka bir anlatımla da, idari işlemin hiç yapılmamış, hiç doğmamış hale getirilmesidir.

İdarenin yargı kararlarına uyması ve bu kararların gereklerine göre işlem ya da eylemde bulunmak zorunda olması aynı zamanda "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Anayasanın 2. maddesinde yer alan bu ilke karşısında idarenin mahkeme kararlarını "aynen" ve "geciksiz" uygulamaktan başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Zira; hukuka bağlı idare demek, yargı yerlerince verilen kararların gereklerini, ilgililerin başvurusuna gerek olmaksızın yerine getiren idare demektir.

İptal davası, idare tarafından tesis edilmiş bulunan idari bir karar ile şahsi, meşru ve aktüel bir menfaati ihlal edilenlerin idari yargı merciine başvurarak bu kararın, mevzuata, hukuka; yetki, şekil, sebep konu ve maksat yönlerinden biriyle aykırılığında ötürü iptalini istemesidir. İdari rejimi ve böylece idari yargı denetimini kabul etmiş ülkelerde, idarenin hukuka aykırı tasarrufları iptal davası yoluyla ortadan kaldırılabılır. Bu nedenle iptal davası idarenin hukuka aykırı tasarruflarda bulunmasını, kararlar almasını önleyen ve böylece idarenin hukuka bağlılığını ve hukuk düzeninin korunmasını sağlayan müessesedir.

İptal davalarının esas amacı; bir hakkın ihlal edilip edilmediği ve böyle bir ihlal sonucunda ortaya çıkacak zararın tazmini değildir. Bu davalar bir idari tasarrufun (kararın veya işlemin) hukuka aykırılığı dolayısıyla iptalini, ortadan kaldırılmasını amaç edinen, başka bir deyişle idari işleme, karara yöneltilmiş davalardır. Bu davalarda idari bir işlemin hukuk kurallarına uygun olup, olmadığı incelenmekte ve hukuk kurallarına aykırılığı halinde bu işlemin iptali yoluna gidilmektedir. İptal davasının konusu, idari bir işlemin hukuk kurallarına aykırı olup olmadığını incelemek ve aykırılığı halinde işlemi ortadan kaldırmaktır. İptal davasının amacı ise; idarenin hukuka aykırı karar almasını önlemek, böylece idarenin hukuk

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

kurallarına riayetini sağlamak ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen kararları ortadan kaldırmak suretiyle hukuk düzenini korumaktır.

İptal kararları, iptal konusu tasarrufun unsurlarındaki sakatlıkların tasarrufun doğuşunda mevcut olması dolayısıyla hukuki bir durum yaratmadığını, hukuk âleminde bir değişiklik meydana getirmediğini gösterirler. İptal davasında idari kararın iptal edilmesi halinde bu karar ve bu kararda doğmuş olan hukuki durum ortadan kalkmış olur.

Oysa 7075 sayılı Kanuna 7145 sayılı Kanunla eklenen 10/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında ilgili bakanlara idari yargı kararının yerine getirilmesi konusunda ikili seçenekten birini tercih konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Kuralda eski kadro, rütbe veya unvanına atanması ilgili bakan onayı ile uygun görülmeyenlerin araştırma merkezlerine atanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu kuralın Anayasaya aykırı olduğu açıktır.

Anayasanın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında; “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” kuralına yer verilmiştir. Buna aykırı bir kural Anayasaya aykırılık oluşturacaktır.

Danıştay 2. Dairesinin 27.08.2007 tarih ve E. 2007/2076 sayılı YD kararında, “Hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları; varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır. Dolayısıyla, dava konusu edilen idari işleme bağlı olan diğer işlemler de ortadan kalkar. İptal kararlarının bu özelliği, dava konusu yönetsel tasarruftan önceki hukuki durumun sağlanması gereğinden kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle, iptal kararları; iptal edilmiş olan idari işlemi hukuk âleminde hiç doğmamış hale getirmektedir. Bununla birlikte iptal kararları herkes bakımından geçerlidir. Aynı idari işlemin iptali amacıyla başkalarının da iptal davası açmasına gerek bulunmamaktadır. İptal kararı, davacının yanı sıra iptal olunan idari işlemin etkide bulunduğu diğer kimseler hakkında da hüküm ifade etmektedir. Konuya yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar açısından yaklaşıldığında, bu tür kararlar ile iptal kararları arasında temelde bir fark bulunmamaktadır. Yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar ile iptal kararlarının her ikisi de, dava konusu işlemde önceki hukuki durumu geri getirmekle birlikte, yürütmenin durdurulması kararları; idari işlemin yürürlüğünü askıya alan ve geçici nitelikte olan (davanın esası hakkında karar verilmesiyle kendiliğinden son bulan) kararlardır. Ancak, şu hususun hemen belirtilmesi gerekir ki; idari işlemin yürürlüğünü askıya alma durumu, idari işlemin tesisinden ve icrasından önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlamak suretiyle olmaktadır” denilerek YD ve iptal kararlarının aynen yerine getirilmesinin zorunlu olduğuna karar verilmiştir.

Öte yandan, ilgili bakana kararın uygulanması konusunda tercihli takdir yetkisi verilmesi de birçok yönden Anayasaya aykırıdır. Öncelikle bir yargı kararının gereğinin ne olduğu bakanın takdir yetkisine bırakılamaz. Mahkemenin iptal kararının gereği kişinin eski görevine iade edilmesidir ve bakana kendi takdiri ile iptal kararının gereği yerine kişiyi araştırma merkezine atama yetkisi tanıyan kural Anayasanın 138/4 maddesi hükmüne aykırıdır.

Ayrıca böyle bir düzenleme Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda

bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.” (AYMK, E.2013/23, K.2013/123, KT.31.10.2013)

Bir örnek vermek gerekirse, aynı işyerinde çalışırken kamu görevinden çıkarılan aynı rütbedeki iki subay tarafından açılan iptal davalarının kabul edilerek işlemlerin iptaline karar verildiğini varsaydığımızda, Milli Savunma Bakanı bu kişilerden birini eski rütbesinde subay olarak atayabilirken, diğerini araştırma merkezine atayabilecektir. Aynı durumdaki bu iki kişi arasında yapılan farklı muamelenin meşru bir temeli yoktur ve ayrımcılık oluşturacaktır.

Ayrıca, ilgili bakana kararın uygulanması konusunda tercihli takdir yetkisi veren hüküm Anayasa'nın “Hak arama hürriyeti” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında; ‘Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ şeklindeki hükmüne de aykırıdır. Zira bu hükümde; herkesin, kişisel hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması için bir mahkemeye erişme ya da dava açma hakkına sahip olduğu kurala bağlanmıştır. Anayasada teminat altına alınan bu hak Anayasanın 13. maddesiyle hiçbir şekilde sınırlandırılmamıştır.

İlgili bakana tercihli takdir yetkisi veren hüküm aslında bir idari işlemdir. Diğer bir anlatımla, söz konusu işlem idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülebilir bir işlem niteliğinde olmayıp, bir yasama işlemidir. Yasama işlemi de idari davaya konu yapılamadığından, getirilen bu hükümle yargı yolu dolaylı olarak kısıtlanmıştır. Diğer yandan söz konusu hüküm Anayasa'nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” kenar başlıklı 40. maddesinin dördüncü fıkrasında; ‘Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.’ hükmüne de aykırıdır.

Kamu görevinden çıkarılmakla bu kişilerin başta Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu görevine girme hakkı olmak üzere 17. maddede güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, itibar hakkı, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı ve çıkarılma nedenine göre farklılaşabilecek olan pek çok temel hakkına müdahalede bulunulmuştur. Mesela, kişi bildiri imzaladığı için atılmışsa Anayasanın 26. maddesi, dernek üyeliği dolayısıyla atılmışsa Anayasa'nın 33. maddesi, sendika üyeliği gerekçe gösterilerek atılmışsa Anayasa'nın 51. maddesi, çocuğunu okula gönderme gerekçesiyle atılmışsa Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan haklara müdahale söz konusudur. Kendisi ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için Anayasanın 60. maddesinde güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkına müdahale söz konusudur.

Komisyunun iade kararıyla bu müdahalelerin haksız olduğu, dolayısıyla hakların ihlal edilmiş olduğu ortaya çıkacaktır. Anayasa'nın 40. maddesine göre Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin geciktirilmeksizin yetkili makama başvurma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu hakkın doğal sonucu, hakka vaki ihlalin etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasıdır. İhlalin etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasının temel yolu ise eski hale getirmedir (restitutio in integrum). Eski hale getirme, ihlal hiç gerçekleşmemiş olsaydı mağdur ne durumda olacaksa, o statüye (status quo ante) geri döndürülmesi anlamına gelmektedir. Eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda ancak tazminat ya da başka benzeri alternatif giderim yöntemlerine başvurulabilir.

Dava konusu düzenleme eski hale getirme yerine bakan tarafından eski kadro ve sınıfına atanması uygun görülmeyenlerin silahlı kuvvetler, emniyet ve dışişleri meslek mensuplarının ilgili bakanlıklarda oluşturulacak araştırma merkezlerinde oluşturulan yeni kadro ve sınıflara

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

atamak suretiyle ihlalin ortadan kaldırılmasını öngörmektedir. Bu kişilerin eski kadrolarına niçin atanmayacağını, atanmalarının neden uygun bulunmadığını ortaya koyan hiçbir objektif ölçü yasa da yer almamaktadır. Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 40. maddesine açıkça aykırıdır.

Sonuç olarak 7145 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle 7075 sayılı Kanuna eklenen 10/A maddesi Anayasanın 2., 10., 40., 128. ve 138. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

16. 7145 Sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a eklenen Geçici 3. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 7075 sayılı Kanuna eklenen geçici 3. maddede Komisyonun, 10. maddede yapılan değişiklikler yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu iade kararlarının uygulanması düzenlenmektedir. Üçüncü fıkrada ise 10. maddede yapılan değişiklik yürürlüğe girmeden önce yürürlükte olan kurallar uyarınca Devlet Personel Başkanlığı ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından atama teklifi yapılan ve göreve başlayanlar hakkında da 10. maddenin birinci fıkrası hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak bu kişilerin mali haklarının hesaplanmasında göreve başladıkları tarihi takip eden hizmetleri karşılığında bu kişilere yapılan ödemelerin, kurumlarınca yapılacak toplu ödeme tutarından mahsup edileceği kuralına yer verilmiştir.

Böyle bir düzenleme yapılmasının mantığını anlamak mümkün değildir. Yukarıda belirtildiği gibi 10. maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle Komisyon tarafından göreve iade kararı verilen kişilerin atandıkları göreve başlamaları halinde kamu görevinden çıkarılma tarihlerini takip eden aybaşından göreve başladıkları tarihe kadar geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal haklarının ödenmesi öngörülmüştür. Daha önceki düzenlemede mali hakların ödenmesine ilişkin bir kural yer almadığından daha önce komisyon tarafından iade kararı verilen kişiler göreve başlamış ancak açıkta bekledikleri döneme tekabül eden mali hakları ödenmemiştir. Geçici madde ile yapılan düzenleme ile bu kişilere de açıkta geçirdikleri dönem için mali haklarının ödenmesine olanak tanımaktadır.

Buna göre daha önce göreve başlamış ancak açıkta geçirdikleri döneme ilişkin mali haklarını alamamış olan kişilere kamu görevinden çıkarıldığı aybaşından, göreve başladığı tarihe kadar olan döneme tekabül eden mali hakları hesaplanarak ödenecektir. Ancak iptali istenen kural bu kişilere göreve başladığı tarihten sonra hizmetleri karşılığı yapılan ödemelerin, bu kişilere kurumlarınca yapılacak toplu ödemeden mahsup edileceği hükmüne yer verilmiştir. Örnek vermek gerekirse 672 sayılı KHK ile 01.09.2016 tarihinde kamu görevinden çıkarılan bir kişinin Ocak 2018 tarihinde Komisyon tarafından göreve iade kararı verildiğini ve bu kişinin ataması yapılarak 15.05.2018 tarihinde göreve başladığını ve bu tarihten itibaren aylığını aldığını varsayalım. Bu kişi için 1.10.2016 ile 15.05.2018 tarihi arasında 19.5 aylık mali hakları hesaplanarak toplu olarak 15.09.2018 tarihinde ödendiğini varsayarsak, iptali istenen kural hesaplanan bu meblağdan 15.05.2018 ile 15.09.2018 tarihleri arasında aldığı dört aylık maaşın mahsup edilmesini öngörmektedir.

Böyle bir düzenlemenin mantığı olmadığı gibi, tamamen hukuka aykırı olduğu görülmektedir. Toplu ödeme miktarı hesaplanırken sadece açıkta geçirilen süre dikkate alınacağından, kişinin göreve başlamasından sonra kuralın yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süreler dikkate alınmayacaktır. Buna rağmen bu kişinin boşta geçirdiği süreler için alacağı toplu

paradan, göreve başladıktan sonra aldığı ücretlerin düşülmesi, kişinin alması gereken mali haklarının eksik ödenmesine neden olacaktır. Kişinin haksız yere görevinden çıkarılması dolayısıyla oluşan zararını karşılamak için tespit edilen alacak hakkı, Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı kapsamındadır ve bu hakka yapılan haksız müdahale, kişinin mülkiyet hakkını ihlal eder. Bu kişilerin boşta geçirdiği döneme tekabül eden mali haklarından, çalışmaya başladıktan sonra aldıkları ücretlerin mahsup edilmesi haksız bir müdahaledir ve Anayasanın 35. maddesine aykırıdır.

17.7145 Sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici 35. maddenin Anayasaya aykırılığı

7145 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen Geçici 35. madde ile üç yıl süreyle tüm kamu görevlilerin terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılmasına olanak tanınmıştır. Maddenin (A) fıkrasında Anayasa Mahkemesi üyeleri, Yargıtay Başkan ve üyeleri, Danıştay Başkan ve üyeleri, hâkim ve savcılar, askeri hâkimler ve Sayıştay meslek memurları hakkında meslekte kalmalarının uygun bulunmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar vermeye yetkili kurullar düzenlenmiştir. Bu kurulların kararlarının Resmi Gazetede yayımlanacağı ve bu yayımın ilgililere tebliğ sayılacağı öngörülmüştür. Ayrıca kamu görevinden çıkarmanın sonuçlarına yer verilmiştir. Buna göre bu kararlar onbeş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirilecek, görevden uzaklaştırılan ve görevine son verilenlerin silah ruhsatları ve pasaportları iptal edilecek ve oturdukları lojmanlardan tahliye edileceklerdir. (B) fıkrasında ise diğer kamu görevlilerinin kamu görevinden çıkarılmasına hangi makamların yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu fıkranın ikinci paragrafında bu şekilde kamu görevinden çıkarılanların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyeceği, görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevlerinin de sona ermiş sayılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünden çıkarılanların, mahkeme kararı aranmaksızın, karar tarihinden geçerli olmak üzere rütbe ve memuriyetlerinin geri alınacağı, bu kişilerin yeniden kamu görevlerine kabul edilmeyeceği ve on beş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirileceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan söz konusu görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu paragraf hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Bu paragrafta öngörülen sonuçlar (A) fıkrasının ikinci paragrafındaki atıf dolayısıyla (A) fıkrası gereği kamu görevinden çıkarılanlar için de uygulanacaktır.

(B) fıkrasının üçüncü paragrafına göre (B) fıkrası uyarınca kamu görevinden çıkarılanların da silah ruhsatları, gemi adamlığına ilişkin belgeleri ve pilot lisansları iptal edilecek ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından on beş gün içinde tahliye edileceklerdir. Ayrıca bu kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacağı düzenlenmiştir.

(B) fıkrasının dördüncü paragrafında kamu görevinden çıkarma kararına yapılacak itirazlar, bu itirazların nasıl inceleneceği ve itirazı kabul edilenlerin göreve iadesi ve sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre görevine iade edilenlere kamu görevinden çıkarıldıkları tarihten göreve başladıkları tarihe kadar geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal hakları ödenecek ancak bu kişiler, kamu görevinden çıkarılmalarından dolayı herhangi bir tazminat talebinde

bulunamayacaktır. Ayrıca bu personelin görevlerine iadesinin, kamu görevinden çıkarıldıkları tarihte buldukları yöneticilik görevi dışında öğrenim durumları ve kazanılmış hak aylık derecelerine uygun kadro ve pozisyonlara atanmak suretiyle de yerine getirilebileceği belirtilmiştir.

(C) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; haklarında (A) ve (B) fıkraları uyarınca idari işlem tesis edilenler ile aynı gerekçeyle haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yürütülenlerin, işlemi yapan kurum ve kuruluşlarca ilgili pasaport birimine derhâl bildirileceği, bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerince pasaportlarının iptal edilebileceği, ilgili pasaport birimine isimleri bildirilen kişilerin eşlerine ait pasaportların da genel güvenlik açısından mahzurlu görülmesi hâlinde aynı tarihte İçişleri Bakanlığınca iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

(Ç) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle hakkında inceleme ve soruşturma yürütülen kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ilişkin olarak yetkili kurul, komisyon ve diğer mercilerce ihtiyaç duyulan, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca müşteri sırrı kapsamında kabul edilenler hariç, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti de dâhil olmak üzere her türlü bilgi ve belge, kamu ve özel tüm kurum ve kuruluşlarca vakit geçirilmeksizin verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; kamu kurum ve kuruluşlarının personeline ve bunların eş ve çocuklarına ait olup Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve faaliyet izni kaldırılan Asya Katılım Bankası A.Ş.'de veya bu Bankayla ilgili olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda ya da Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığında bulunan her türlü bilginin, bu personelin çalıştığı kurum ve kuruluşlarca talepte bulunulması durumunda gecikmeksizin verileceği ve bu işlemlere ilişkin olarak 5411 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan sınırlama uygulanmayacağı öngörülmüştür.

(D) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle, Türk Silahlı Kuvvetlerinden, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ve Emniyet Teşkilatından emeklilik, istifa, disiplin, sözleşme feshi, sözleşmenin yenilenmemesi vb nedenlerle ayrılanlardan terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin rütbelerinin ilgili bakanın onayıyla alınacağı düzenlenmiştir. Bu kişilerin görev yaptıkları teşkilata ve kamu görevine yeniden kabul edilmeyeceği, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemeyeceği ve bu kişilerin on beş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bunların uhdelelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacağı ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları, bu kişilerin uhdelelerinde bulunan her türlü müteveli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılacağı öngörülmüştür. Bunların silah ruhsatları, emekli kimlikleri, gemi adamlığına ilişkin belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerince pasaportları iptal edilecek, bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaklardır.

(E) fıkrasında maddenin (A), (B) ve (D) fıkraları uyarınca haklarında işlem tesis edilenlerin uhdelelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve yüksek mahkeme başkan ve üyeliği, müsteşar, hâkim, savcı, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını

kullanamayacakları ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

(F) fıkrasında maddenin (A), (B) ve (D) fıkraları kapsamındaki görevler yerine getirilirken görevin niteliğinden doğan veya görevle ilgili olmak şartıyla görevin ifası sırasında işlendiği iddia olunan suçlardan dolayı kamu görevlileri hakkında adli ve idari soruşturma ve kovuşturma yapılması ilgisine göre ilgili bakan, Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısının iznine tabi tutulmuştur.

(G) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirildiği için görevden uzaklaştırılanlar veya açığa alınanlar hakkında ilgili mevzuatta yer alan; soruşturmaya başlama süresinin uygulanmayacağı, disiplin soruşturması sebebiyle görevden uzaklaştırma sürelerinin bir yıl olarak uygulanacağı ve bu sürenin ilgisine göre ilgili bakan, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yükseköğretim Kurulu veya ilgili kurul onayıyla bir yıla kadar uzatılabileceği, adli soruşturma ve kovuşturma sebebiyle görevden uzaklaştırma veya açığa alma işlemlerinde değerlendirme sürelerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle haklarında görevden uzaklaştırma veya açığa alınma işlemi tesis edilen ve ilgili mevzuatında yer alan süreleri dolan kamu görevlilerinin durumunun, işlemi tesis eden makamca en geç üç ay içinde gözden geçirileceği ve yeniden bu fıkra hükümlerine göre karar verileceği, karar verilinceye kadar, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın görevden uzaklaştırma veya açığa alınma tedbirlerinin uygulanmasına devam olunacağı düzenlenmiştir.

Son olarak maddenin (A) ve (B) fıkraları uyarınca haklarında işlem tesis edilecek olanlara yedi günden az olmamak üzere ilgili kurum tarafından uygun vasıtalarla savunma hakkı verileceği, verilen süre içinde savunmasını yapmayanların, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı kuralına yer verilmiştir.

a. Geçici 35. Maddenin (A) ve (B) fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Yukarıda belirtildiği gibi geçici 35. maddenin (A) ve (B) fıkralarında kamu görevlilerinin terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılması ve bunun sonuçları düzenlenmiştir. Bu kurallar maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl süreyle uygulanacaktır.

İptali istenen kurallar Anayasa'nın pek çok maddesini ihlal etmektedir. Suç işlemleri nedeniyle kamu görevlilerinin görevden çıkarılması mümkün ise de bunun için ulusal ve uluslararası hukuktaki ilkelere uyulması gerekir. Bu konuda uluslararası hukukta ilkeler saptanmış ve standartlar oluşturulmuştur.

İptali istenen düzenlemelere benzer uygulamalar dünyanın farklı ülkelerinde otoriter yönetimlerden demokrasiye geçiş sonrasında otoriter rejim döneminde yaygın insan hakları

ihlallerine karışan kişilerin kamu görevinden çıkarılması şeklinde gerçekleştirilmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, otoriter yönetimler ya da çatışma sonrası demokrasiye geçiş sürecinde bir geçiş adaleti yöntemi olarak eski rejimin suça karışmış ajanlarını kamudan arındırma politikaları ile Türkiye'deki uygulamalar arasında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle, o ülkelerdeki uygulamalar ile Türkiye'deki durum arasında tam bir benzerlik olduğu söylenemez. Arındırma uygulamaları kapsamı, yöntemi, yaptırımların ağırlığı gibi ölçütler açısından ele alındığında iptali istenen düzenlemeye göre çok daha dar kapsamlı olduğu görülmektedir. Özellikle komünist rejimlerin çöküşü sonrasında demokratikleşme süreci yaşayan orta ve doğu Avrupa ülkelerinde kapsamı oldukça farklı arındırma uygulamalarına gidilmiştir. Pek çok ülkede arındırmanın kapsamı eski gizli poliste çalışma ya da gizli polis ile işbirliği ile sınırlı tutulmuştur. Bu uygulamaya bütün kamu görevlileri değil, sadece doğrudan güvenlik ve haklara müdahale yetkisi olan ordu, polis, yargı, üst kademe yöneticilik görevleri ve bazı ülkelerde politik adaylıklar açısından söz konusu olmuştur. Pek çok ülkede arındırma kanunları belli görevleri yapanların veya o görevlere talip olanların gizli polis ile ilişkileri konusunda bir beyanda bulunmasını zorunlu tutmuştur. Olumlu beyanda bulunmak çoğunlukla görevden alınmaya neden olmamış yalnızca bu kişilerin kamuoyuna açıklanmasını gerektirmiştir. Görevden alma yalnızca ilişkileri konusunda yalan beyanda bulunanlar için öngörülmüştür¹. Görevden alınanların belli bir süre boyunca (genellikle 5 yıl) tekrar kamu görevine girmesi yasaklanmıştır. Görevden almaların çok sınırlı sayıda kamu görevlisi için söz konusu olduğu hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla Türkiye'deki uygulama ile arındırma uygulamaları arasında çok büyük bir farklılık vardır. Ancak bu uygulamalara en yakın uygulamalar arındırma politikaları olduğundan, arındırma uygulamaları ve buna ilişkin olarak gelişen uluslararası standartların hatırlanması Türkiye'de öngörülen uygulamaların değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır.

Kaldı ki, Türkiye'de siyasal rejim bakımından kopma, rejime karşı darbe bir yana, siyasal iktidarın el değiştirmesi bile söz konusu olmamıştır. Dahası, bir tür iktidar içi hizip çatışması söz konusu olmuştur: AKP ve Cemaat arasında.

Bir hukuk devletinde herhangi bir yaptırım uygulanması söz konusu olduğunda temel usulü güvencelere uyulması hayati bir gerekliliktir. Arındırmaya ilişkin uluslararası standartlar arasında en fazla önem verilen hususlardan birisi arındırma uygulamalarının usulü güvencelere

¹ Bu konuda temel bilgiler için bkz Wojciech Sadurski, “*De-communisation*”, “*Lustration and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Europe*” UIE Working Paper, Law 2003/15; Vlidamira Dvorakova and Andelko Milordaviç (eds) **Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe** (PSRC, Zagreb, 2007); Cynthia M. Horne, “*Lustration and Trust in Central and East Europe: Assessing the Impact of Lustration on Trust in Public Institutions and National Government*”, **Comparative Political Studies**, Vol. 45, No. 4 (2012); Posner and Vermeule, “*Transitional Justice as Ordinary Justice*”, Chicago L. School, Working Papers, 2003; Martha Minow, **Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence** (1998); Adam Michnik & Vaclav Havel, “Justice Or Revenge?”, **Journal of Democracy**, Volume 4, Number 1, January 1993. Bruce Ackerman, *Future of Liberal Revolution*, (Yale UP, New Haven, 1992); Magdalena Kaj, Megan Metzger, “*Justice or Revenge? The Human Rights Implications of Lustration in Poland*” <http://www.humanityinaction.org/knowledgebase/165-justice-or-revenge-the-human-rights-implications-of-lustration-in-poland>

sıkı sıkıya uyularak yapılması zorunluluğudur. Ayrıca arındırma uygulamalarının tarafsız ve bağımsız komisyonlar tarafından yapılması gerektiği açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiseri (BMİHYK) tarafından 2006 yılında hazırlanan hukuk devletine ilişkin rehber ilkelerde geçiş dönemi personel reformunun bir komisyon şeklinde oluşturulmuş özel bir kurum tarafından yönetilmesi gerektiği, sürecin adil, tarafsız ve meşru bir şekilde yönetilmesi için bu komisyonun bağımsız olması gerektiği, bunun için de seçkin ve nitelikleri ve tarafsızlıkları konusunda kimsenin kuşkusu olmayan saygın yurttaşlardan oluşması gerektiği ve ülke vatandaşı olmayan yabancılara bulunmasının komisyonun bağımsızlığını artıracığı belirtilmiştir².

Aynı belgede uyulması gereken temel hukuki ilkelere de yer verilmiştir. Burada vurgulanan temel hususlar; arındırma uygulamalarında grup sorumluluğundan kaçınılarak bireysel sorumluluk esasının kabul edilmesi, adil yargılama ilkeleri cezai olmayan idari nitelikteki soruşturmalarda da uygulanacağından yürütülecek soruşturmalarda temel adil yargılama ilkelerine ve savunma haklarına saygı gösterilmesi, soruşturmada ve haklarındaki iddialardan kişilerin haberdar edilmesi ve dosyalara erişimine olanak tanınması, avukat ile temsile izin verilmesi, soruşturma süreçlerini yürütecek komisyonların tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması, verilen kararların gerekçeli olması, delil olarak kullanılan eski gizli polis kayıtlarının güvenilirliğine ilişkin tereddütleri giderecek tedbirlerin alınması, verilen kararlara karşı yargı denetiminin açık olması gibi gerekliliklerdir³. Ayrıca şüpheli kişinin kamu görevi yapmaya uygun olmadığını ispat yükü soruşturma makamlarındadır. Bu nedenle suçluluk karinelerinden mümkün olduğunca kaçınılmalıdır. Ancak ağır insan hakları ihlaline karıştıkları bilinen gruplara aidiyetin kesin olarak ortaya konulması halinde ispat yükünün tersine çevrilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir⁴.

Ayrıca yerleşik hukuk devletlerinde kamu görevine uygun olamayanların görevden çıkarılmasına ancak olağan disiplin soruşturması yoluyla karar verilebileceği, geçiş dönemindeki ülkelerde ortaya çıkan özel zorluklar dolayısıyla bu olağan süreçlerin işletilmesinin mümkün olmaması halinde özel yöntemlere başvurulabileceği ayrıca ifade edilmiştir⁵.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1996 yılında Eski Komünist Totaliter Sistemlerin Mirasını Ortadan Kaldırmaya Yönelik Tedbirlere ilişkin 1096⁶ sayılı kararı kabul etmiştir.

Bu çerçevede demokratik bir hukuk devletinin totaliter komünist sistemden kurtulmak için hukuk devletinin usulü gereklerine uyması gerektiği, aksi halde kurtulmaya çalıştığı totaliter sistemden farkının kalmayacağına işaret edilmiştir. Demokratik bir hukuk devletinin

² BMİHYK, Rule of Law Tools for Post-Conflict States: Vetting, An Operational Framework (2006) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingen.pdf>

³ Rule of Law Tools, s. 20 vd.

⁴ Rule of Law tools s.26.

⁵ Rule of Law tools s.29.

⁶ 27 Haziran 1996 (22. Oturum Tartışma, 23. Oturum Kabul) (Hukuki İşler ve İnsan Hakları Komitesi raporu Doc. 7568). <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=16507&lang=en>

suçluları cezalandırarak, adaleti sağlayacak yeterli imkânlarla sahip olduğu ve öç alma arayışına giremeyeceği belirtilerek, hukuk devletinde yöneticilerin geçmiş rejimde kendilerine tanınmayan adil yargılanma ve savunma temel haklarını yönetimdeyken kendilerine tanınmayanlara da tanınmaları gerektiği vurgulanmıştır. Bir hukuk devletinin komünist tehlikeyle hukuk devleti ilkelerine uyarak mücadele edebileceği bunun için ceza ve idare hukuku olanaklarının yeterli olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca karar ekinde yer alan dokümanda “Arındırma Yasaları ve benzer tedbirlerin hukuk devleti gereklerine uygunluğunu sağlayacak rehber ilkeler”e de yer verilmiştir. 7568 sayılı Dokümanın⁷ 46. paragrafında 13 ilke yer almaktadır. Bu ilkelerden başlıcaları şunlardır: arındırma bağımsız bir komisyon tarafından gerçekleştirilmelidir; arındırma yalnızca sağlıklı bir demokrasi kurulması için tehdit oluşturan ve bulunduğu pozisyon itibarıyla insan haklarını ihlal edebilecek ya da demokratikleşmeyi engelleyebilecek konumda olanları hedef almalıdır; arındırma cezalandırma ya da öç veya intikam alma amacıyla kullanılmamalı, geçmiş fiiller için cezalandırma ancak olağan ceza yasalarına uygun olarak tüm usulü güvencelere uyulması suretiyle mümkün olmalıdır; arındırma sadece demokrasi ve insan haklarına ciddi tehdit oluşturduğuna inanmak için yeterli sebep olan makamlarla sınırlı olarak uygulanmalıdır; seçimle gelinen makamlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır; özel ve yarı özel kurumlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır, arındırmaya dayalı görevden uzaklaştırma beş yıldan daha uzun olmamalıdır; ciddi insan hakları ihlali fiillerini işleyenler, emir verenler ya da yardım edenler kamu görevinden yasaklanabilir; hiç kimse işlendiği zaman hukuka uygun bir fiil ya da hukuka uygun olarak kurulmuş bir derneğe üyelik dolayısıyla arındırmaya tabi tutulmamalıdır; gönüllü işbirlikçilerin arındırması yalnızca kamu görevine fiilen katılan kişiler için söz konusu olmalıdır; fiili işlediği zaman 18 yaşın altında olanlar arındırmaya tabi tutulmamalıdır; usulü güvencelere ve savunma haklarına riayet edilmeden kimse arındırmaya tabi tutulmamalıdır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından benimsenen bu ilkeler 2006 yılında yeni bir AKPM kararıyla tekrarlanmıştır. 1481 sayılı AKPM kararında⁸ totaliter komünist rejimlerin suçlarının kınanmasına ilişkin kararda yapılacak arındırmalarda 1096 sayılı karar ve eki dokümanda belirtilen ilkelere uyulması gerektiği vurgulanmıştır.

Venedik Komisyonu çeşitli ülkelerde hazırlanan arındırma yasalarıyla ilgili olarak verdiği görüşlerde yukarıda açıklanan ilkelere vurgu yaparak hazırlanan yasalarda yer alan bu ilkelere aykırı hükümlerin yasalardan çıkarılması yönünde görüş vermiştir⁹.

⁷ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7506&lang=EN>

⁸ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17403&lang=en>

⁹ Venedik Komisyonu Arnavutluk, Makedonya ve Ukrayna Arındırma Yasalarına ilişkin görüş vermiştir. Bu görüşlerde 1096 sayılı AKPM kararı, AİHM içtihatları ve ulusal Anayasa Mahkemelerinin içtihatlarına uygun olarak görüşlerini oluşturmuştur. Bkz. Venice Commission, CDL-AD(2009)044, Amicus Curie on the Law on the Cleanliness of the Figure of High Functionaries of the Public Administration and Elected Persons of Albania, Opinion no. 524/2009, 13 October 2009; 20 Venice Commission, CDL-AD(2012)028, Amicus Curie Brief on Determining a Criterion for Limiting the Exercise of Public Office, Access to Documents and Publishing, the Co-operation with the Bodies of the State Security, Opinion no. 694/2012, 17 December 2012; Venice Commission, CDL-AD(2015)012, Final Opinion on Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine, Opinion no. 788/2014, 19-20 June 2015.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kamu görevine girme hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM kamu görevinden çıkarmalarla ilgili şikâyetleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu çerçevede temel usulü güvencelere ve savunma haklarına saygı göstermeden gerçekleştirilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (bkz. Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, para. 29; Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; Pfeifer/Avusturya, no. 12556/03, 15.11.2007, para. 35; Özpınar/Türkiye, no: 20999/04, 19/10/2010, para. 45; D.M.T. and D.K.I./Bulgaristan, no. 29476/06, 24.07.2012; Oleksandr Volkov/Ukrayna, no. 21722/11, 09.01.2013, para.165-166; Şahin Kuş/Türkiye no. 33160/04, 07.06.2016; Kulykov ve Diğerleri/Ukrayna, nos. 5114/09, 19.01.2017, para.138). AİHM aynı şekilde arındırma uygulamalarında müdahalenin usulü güvencelere uyulmaksızın gerçekleştirilmiş olması ya da müdahalenin hukuka uygunluğunu denetlemek için gerekli yargısal olanakların etkili ve yeterli bir şekilde sağlanmamış olması dolayısıyla hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir. Mesela Turek v. Slovakia¹⁰ davasında başvurusunun adının işbirlikçi olarak tespiti aleyhine açtığı davanın çok uzun sürmesi, açtığı davada belgelere ulaşmasına olanak tanınmamış olması ve iddialarını etkili bir şekilde mahkemeler önünde dile getirmesine olanak sağlanmamış olması dolayısıyla özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Slovakya aleyhine yapılan birkaç başvuruya ilişkin kararında arındırma konusunu inceleme olanağı bulmuştur. Söz konusu başvurular, Slovak İstihbarat Servisinde çalışırken yeni çıkan arındırma kanunu kapsamında 2003 yılında amirleri tarafından istifaya zorlanan kişilerce yapılmıştır. Komite kararında özellikle insan hakları ve demokrasiye ciddi tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kamu görevlilerinin devletten arındırılmasının kategorik olarak Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Ancak bu uygulamaların Sözleşmeye uygun olabilmesi için belli koşulların sağlanması gerekir. Buna göre bu uygulamalar ancak, meşru amaca ulaşmak için objektif ve makul ölçütlere dayalı olarak adil yargılanma güvencelerine uyularak yapılacak bireysel değerlendirme sonucu yapılabilir (M.K., et. al v. Slovakia, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4).¹¹

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri N. Muiznieks KHK'lar ile ilgili olarak idare ve yürütmeden sorumlu kişilere sınırsız takdir yetkisi tanındığı, uygulamada erkler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve insan hakları temel ilkelerinden ayrıldığını tespit etmiştir. KHK'ların uygulanmasındaki keyfiliğe dikkat çeken Komiser ihraçların basmakalıp ve kişisel nedenler belirtilmeden yapıldığına, kamudan hayat boyu yasaklama tedbirinin de ölçülülük açısından sıkıntılı olduğuna dikkat çekmiştir. Komiser KHK'ların uygulanması, ihraçlardaki hukuksuzluk ve keyfiliğe özellikle vurgu yapmıştır. (Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, by Nils Muiznieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH(2016)35, 07.10.2016)

Venedik Komisyonu OHAL uygulamalarını değerlendirdiği raporunda, OHAL uygulamalarında çok ileri gidildiği, alınan tedbirlerin, Türk Anayasası ve Uluslararası hukukun çok ötesine geçtiği, kamu görevlilerinin atılmasına ilişkin kararların doğrulanabilir kanıtlardan yoksun olduğu, ihraç listelerinin hazırlanma hızının işten çıkarmalarda asgari usul teminatlarına

10 Turek v. Slovakia, Application No. 57986/00, 14 February 2006.

¹¹ M.K., et. al v. Slovakia, Communication No. 2062/2011, 23.03.2016, §§ 9.3-9.4
https://www.mzv.sk/documents/10182/2093446/Stanovisko+V%C3%BDboru+OSN+pre+%C4%BEudsk%C3%A9+pr%C3%A1va+2062_2011/14e6d04c-70e2-4b28-b228-4b631c8f2922

uyulmadığına işaret ettiği tespiti yapılmıştır. (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e])

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmış ve 4. maddesinde bu kuralın değiştirilmesi yasaklanmıştır. Hukuk devleti keyfi yönetimin karşılığı olup yönetimin hukuka tabi olması anlamına gelmektedir. Yöneticilerin tabi olacağı hukukun da yönetilenlere hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayacak nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede hukuk kurallarının bireyler açısından açık, erişilebilir ve öngörülebilir olması hukuk devleti ilkesinin en temel gerekleri arasında yer almaktadır.

Bu kuralın devamı olarak Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre bireyler ancak işlendiği zaman yürürlükteki kanunların suç saydığı fiiller nedeniyle sorumlu tutulabilirler ve ancak fiil işlendiği zaman kanunda öngörülen ceza ile cezalandırılabilirler. Bu kuralın gereği olarak ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanun yoluyla konulabilir. İkinci olarak suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemezler.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da yansıdığı gibi disiplin suç ve cezaları da Anayasanın ceza normları için öngördüğü kurallara tabidirler. Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin ilkeler hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku kapsamındaki suçlar açısından geçerlidir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa'nın 38. maddesindeki ilkelerin disiplin suç ve cezaları için de geçerli olduğuna karar vermiştir (bkz. E.2014/100, K.2015/6, K.T. 14.1.2015; E. 2010/28, K. 2011/139, K.T. 20.10.2011). Suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilebilmesi için bunu düzenleyen yasa hükmünün bireyler açısından en azından bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması, yani bireylerin hangi fiillerin yasaklandığını ve yaptırıma tabi tutulduğunu öngörebilmesi gerekir. Yukarıda açıklandığı gibi iptali istenen düzenleme bir disiplin yaptırımı olarak kişilerin sürekli olarak kamu görevinden çıkarılmalarını, unvan, meslek adı ve sıfatlarının geri alınmasını ve kullanmalarının yasaklanmasını, ruhsat ve lisans iptalini ve kamu lojmanlarından çıkarılmalarını öngörmektedir. Bu kuralların çeşitli bakımlardan Anayasa'nın 38. maddesini ihlal ettiği açıktır.

Öncelikle getirilen düzenlemenin içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Dava konusu kuralda suç olarak düzenlenmiş olan "milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı, oluşum ve gruplara ya da terör örgütlerine mensubiyeti veya iltisak ya da bunlarla irtibat" fiilleri oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırıma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmamakla birlikte uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle de hukuk devletine, temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık mevcuttur. Nitekim Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e]) 128-131. paragraflarında bu duruma açıkça dikkat çekmiş ve kavramların içeriğinin açıklığa kavuşturulmasını tavsiye etmiştir.

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

Geçici 35. madde hükmü birebir 667 sayılı KHK'deki hükmün aynısıdır. Anayasa Mahkemesinin 667 s. KHK hükümlerine göre kamu görevinden ihraç ettiği iki üyesi yönünden 667 s. KHK'nin Uygulanma Koşulları ile ilgili olarak verdiği gerekçeli kararda yer alan görüş ve kanaat, OHAL dönemi sona ermiş olmasına rağmen geçici 35.i maddenin uygulanması açısından da uygulayıcılar tarafından dikkate alınacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun 667 sayılı KHK'nin uygulanmasına ilişkin görüş ve kanaati şöyledir:

“KHK'nın (667 s.) 3. maddesinde genel olarak “terör örgütlerine veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplar”dan söz edilmişse de madde gerekçesi dikkate alındığında FETÖ/PDY'nin bunların başında geldiği anlaşılaktadır.

Tedbirin uygulanması için mutlaka terör örgütüyle, terör faaliyetleriyle ve bu arada darbe teşebbüsüyle Anayasa Mahkemesi Üyeleri arasında bağ kurulması aranmamış; MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen “yapı”, “oluşum” veya “gruplar”la bağ kurulması yeterli görülmüştür.

Diğer taraftan maddeye göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba “üyelik” veya “mensubiyet” şeklinde olması zorunlu olmayıp “iltisak” ya da “irtibat” şeklinde olması da yeterlidir.

Son olarak maddede, terör örgütleri veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile üyeler (kamu görevlileri) arasındaki bağın “sübut” derecesinde ortaya konulması aranmamıştır. Böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca (yetkili merciin) “değerlendirilmesi” yeterli görülmüştür. Buradaki değerlendirme Genel Kurulun salt çoğunluğunda oluşacak bir “kanaati” ifade etmektedir. Kuşkusuz bu kanaat cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece meslekte kalmanın uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeden ibarettir.

KHK'nın 3. maddesinde bu kanaate varılabilmesi için belli bir tür delile dayanma zorunluluğu öngörülmemiştir. Bu kanaatin hangi hususlara dayanılarak oluşacağı Genel Kurulun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır. Burada önemli olan belli bir kanaate varılırken keyfilikten uzak durulmasıdır.

Şüphesiz yukarıda belirtilen bağın bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirme yapılırken, yetkili kurulları belli bir kanaate ulaştıracak nedenler her somut olayın özelliğine göre değişebilecektir.”

Olağanüstü hal döneminde alınmasına rağmen aynı hükümleri ihtiva etmesi bakımından olağan dönemde de yani Geçici 35. maddenin uygulanmasında da göz önünde bulundurulacağı kesin olan Anayasa Mahkemesinin anılan kararının bir yerinde de aynen şöyle denilmektedir:

“667 sayılı KHK kapsamında yapılacak değerlendirme, adli suç veya disiplin suçu niteliğindeki somut bir eylemin soruşturulması mahiyetinde olmayıp Anayasa Mahkemesi Üyelerinin belli bir yapıyla herhangi bir bağlarının olup olmadığına ilişkin kanaatin oluşturulacağı bir süreci ifade etmektedir.(...) Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun, Üyeler hakkında 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca yapacağı değerlendirme, anılan üyelerin MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı,

oluşum veya gruplardan MGK kararlarında ifade edildiği şekliyle “Paralel Devlet Yapılanması” ile “üyelik”, “mensubiyet”, “iltisak” veya “irtibat” şeklinde herhangi bir bağlarının olup olmadığına ilişkindir. Yukarıda ifade edildiği üzere bu değerlendirme için Genel Kurulun salt çoğunluğunda anılan üyelerle ilgili oluşacak “kanaat” yeterlidir. Somut olayın yukarıda ifade edilen özellikleri, anılan yapı ile ilgileri olduğuna dair sosyal çevre bilgisi ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin zaman içinde oluşan ortak kanaatleri birlikte dikkate alınarak, Üyeler ...'ın KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında söz konusu yapı ile meslekte kalmalarıyla bağdaşmayacak nitelikte bağlarının olduğu değerlendirilmiştir.

Durumları bu şekilde değerlendirilen üyelerin, temel görevi demokratik anayasal düzen ile temel hak ve hürriyetleri korumak olan Anayasa Mahkemesinde görev yapmaya devam etmesinin yargının güvenilirliğini ve saygınlığını da zedeleyeceği açıktır. Açıklanan nedenlerle Üyeler ...'ın meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına oybirliğiyle karar verilmiştir.”

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevine son verilmesine ilişkin bir yaptırımını disiplin yaptırımını olarak görmemesi ilginçtir. Böylece Anayasa Mahkemesi cezai ya da disiplin yaptırımını olmayan yeni bir tür yaptırım kategorisi türetmiştir. Mahkemenin yaklaşımına göre sonuçları ne derece ağır olursa olsun bu yaptırım türünün uygulanmasında hiçbir Anayasal güvenceye, uluslararası hukuk ilkelerine, insan hakları hukuku güvencelerine ve hatta hiçbir hukuki güvenceye uymaya gerek yoktur. Soruşturulan kişinin adı geçen, örgüt, yapı ve oluşumlara üye, olmasının aranmadığı gibi mensubiyet, iltisak veya irtibat şeklinde bir bağının olduğunun herhangi bir somut delille ispatlanmasına, iddianın sübutuna da gerek yoktur. Mahkeme üyelerinde bir kanaat oluşması yeterlidir. Bu kanaatin keyfi oluşmaması gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu keyfilikten ne anlaşılması gerektiğini açıklamamıştır. Oysa hukuk devleti ilkeleri, uluslararası hukukta ve insan hakları hukukunda geliştirilen usulü güvenceler keyfiliğin ortadan kaldırılmasının aracıdır. Bu ilkelerin göz ardı edilmesi keyfiliğin kendisidir.

Yüksek yargıç güvencesine ve yargıç dokunulmazlığına sahip yüksek yargı mensuplarının kamu görevinden çıkarılmalarının gerekçesi, ”Terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğunun ”sosyal çevre bilgisi ve Mahkeme Üyelerinin zaman içinde oluşan ortak kanaatleri” olarak gösterilmiştir. Danıştay ve idare mahkemeleri başlangıçta Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kendine özgü yaptırım yorumuna dayanarak bu kamu görevinden çıkarma işlemlerini denetlemeyi reddetmişlerdir. Nitekim Danıştay HSYK tarafından yargıçlıktan çıkarılan kişilerin açmış oldukları davaları yetkisiz olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınmıştır. Aynı şekilde kamu idareleri tarafından kamu görevinden çıkarılanların açtıkları davalarda idare mahkemeleri Anayasa Mahkemesinin kamu görevinden çıkarmak için kurum kanaatinin yeterli olduğu görüşüne dayanarak davaları reddettikleri görülmektedir. Hatta bazı kurumlar KHK ekindeki listelere sehven! Kamu görevinden çıkarma nedenlerini de eklemişler ve bazı kişiler için çıkarma nedenini “kurum kanaati” olarak belirtmişlerdir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu “değerlendirilen” kamu görevlilerinin, hiçbir kanıt aranmadan, tamamen soyut değerlendirmeye kamu görevinden çıkarılmaları hız kazanmıştır.

Zira, Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında; 667 s. KHK'nin 3. ve 4. madde hükmünde, kamu görevlisinin terör örgütleri ile arasındaki bağın "sübut" derecesinde ortaya konulmasının aranmamış olduğunu, böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca "değerlendirilmesinin yeterli görüldüğü"nü belirterek, yetkili merciin; elde somut hiçbir bilgi ve belge olmadan, vereceği kararın değerlendirmede yeterli olduğuna karar vermiştir.

Hatta kararda, tedbirin uygulanması için mutlaka terör örgütüyle, terör faaliyetleriyle ve bu arada darbe teşebbüsüyle kamu görevlileri arasında bağ kurulmasının aranmamış olduğu, MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen "yapı", "oluşum" veya "gruplar"la bağ kurulmasının yeterli görüldüğü görüşü açıklanmıştır.

Ayrıca kararda, getirilen hükme göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba "üyelik" veya "mensubiyet" şeklinde olması zorunlu olmayıp "iltisak" ya da "irtibat" şeklinde olmasının da yeterli görüldüğü belirtilmiştir. Nitekim bu karardan sonra onbinlerce kamu görevlisi terör örgütleriyle iltisaklı oldukları değerlendirilerek ihraç edilmişlerdir. Bu uygulamanın ne denli haksız olduğu, zamanın Adalet Bakanının uygulamanın haklı gerekçelere dayandığını açıklayan bir demecinden hiçbir yoruma gerek kalmadan anlaşılmaktadır. Zamanın Adalet Bakanı bir televizyon yetkilisinin "Suç isnat edilmeden kararname ile ihraç edilenler ne yapacak diye sormuş bir izleyicimiz, siz buna bir ölçüde yanıt vermişsiniz ama isterseniz tam yanıt verelim ona." şeklindeki sorusu üzerine aynen şöyle cevap vermiştir.

"Şimdi suç konusu ayrı bir konu, idari tasarruf ayrı bir konu. Şimdi siz birisini suç nedeniyle yargıladığımız zaman, onun nasıl olacağı CMK da belli. Soruşturacaksınız. Mahkemeye iddianame ile dava açacaksınız. Herkes alenen kendini savunacak, delillerini ortaya koyacak, herkes orda bunu yapacak, sonuçta mahkeme bir karar verecek. Bunun için somut deliller lazım ve bu çerçevede yürüyor, ama idari tasarruf yapmak için ayrı, yani kamudan uzaklaştırılan herkes suçludur diye bir anlam yok, kamudan uzaklaştırılan irtibat ve iltisak nedeniyle uzaklaştırılıyor ve bir KHK'nin ortaya koyduğu prensip çerçevesinde uzaklaştırılıyor ve bu bir idari tasarruf, adli tasarruf değil. Yani soruşturma makamlarının yaptığı adli işlemler. Onun için idari tasarruflarla adli tasarrufları birbirine karıştırmamak lazım. Sanki idari tasarrufa tabi tutulan herkes suç işlemiş gibi bir algı da yapılıyor. O fevkalade yanlış, idari tasarruf yapılan kişiler içinde suç işleyenler varsa zaten onlarla ilgili savcılık işlem yapıyor. İşlem yapmadığı kişi, o idari tasarruf yapılmış demektir, irtibat ve iltisak nedeniyle. Ama diyelim örgüt üyeliği varsa o zaman örgüt üyeliğinden tabi işlem yapılacaktır."

OHAL dönemi içinde Anayasa Mahkemesinin, yukarıda sözü edilen ve evrensel hukukun temel ilkelerine kesin aykırılık taşıyan kararının verdiği güvene dayanılarak terör örgütleriyle "iltisak" ya da "irtibat" şeklinde bağlarının bulunduğu değerlendirilmesiyle onbinlerce kamu görevlisinin çıkarıldığı bir yerde, geçici 35. madde ile bu uygulamaya devam edilemeyeceğini, idarenin daha objektif davranılabileceğini savunmak iyimserlik olur.

Zira, 667 s. KHK'den sonra yürürlüğe konulan tüm KHK'lerde "...değerlendirilen..." ibaresi yerine "...olan..." "...bulunan..." ibareleri kullanılmıştır. Bu kelimeler arasında çok önemli farklar bulunmaktadır. Değerlendirmede daha çok kanaat esastır, sübjektiflik ön plandadır. Buna karşılık terör örgütleri ile bağı "olan", bağı "bulunan" irtibatı"olan" irtibatı "bulunan" denilince ortada somut delilin varlığı kabul edilir. Ancak OHAL döneminde bu kelimelere rağmen ve somut olarak bağ ya da irtibatları bulunmamasına rağmen kimi kamu görevlileri, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya

iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilerek kamu görevinden çıkarıldıkları bilinmektedir. Bugün bu uygulamanın devam etmeyeceği kimse tarafından garanti edilemez. Getirilen düzenlemeler bu garantiyi vermemektedir. Zira Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararında getirilen hükümlerle terör örgütleri veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile kamu görevlileri arasındaki bağın "sübut" derecesinde ortaya konulmasının aranmamış olması görüşünü beyan edince sonraki tüm düzenlemeler bu esas üzerine bina edilmiştir.

Geçici 35. maddede yer alan üyelik; mensubiyet, iltisak ve irtibat sözcüklerinin sözlük anlamlarına bakınca durumun somut verilere dayandırılmadığı anlaşılmaktadır. Yani Anayasa Mahkemesinin yapı, oluşum veya gruplar ile kamu görevlileri arasındaki bağın "sübut" derecesinde ortaya konulmasının aranmamış olması şeklindeki görüşü, yargı kararlarında ve yasal hükümlerde tam karşılık bularak, yalnızca yetkili merciin değerlendirmelerinin esas alınmasının asıl olduğu şeklinde algılanmaktadır. Oysa üyelik, somuttur ve bir topluluğu oluşturan kayıtlı bireylerden her biri için kullanılan bir deyimdir. Bu nedenle üyelik için "sübut" delil zorunludur, değerlendirmeye üyelik var sayılmaz. Bu mümkün değildir. Mensubiyet, kendini belli bir dine, milliyete ya da ekole bağlı hissetme duygusu, aitlik, içindelik, alakalılık olarak tanımlanır. İltisak ise, ilk kez mevzuatımıza girmiş olup, sözlük anlamı kavuşma, bitişme, birleşme anlamındadır. Ama bu hal hiçbir zaman soyut delillerle ortaya konulmaz. Manevi bir duygudur, gönül bağıdır. İrtibat da bağlantı anlamına gelmektedir.

O halde geçici madde ile getirilen "terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen" hükmü, Anayasa Mahkemesinin yukarıya alınan kararında belirttiği üzere; "...getirilen bu hükme göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba "üyelik" veya "mensubiyet" şeklinde olması zorunlu olmayıp "iltisak" ya da "irtibat" şeklinde olması da yeterli görülmüştür." şeklinde uygulanma alanı bulacaktır. Bunun aksi mümkün değildir, hüküm 667 sayılı KHK'nin birebir aynısıdır ve Anayasa Mahkemesi böyle yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun dava konusu kavramlara ilişkin yorumu, bu kavramların ne derece muğlak ve keyfi uygulamaya elverişli olduğunu göstermektedir. Bu nedenle söz konusu kavramlar Anayasanın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesinin, temel hakların kanunla sınırlandırılmasını zorunlu tutan 13. maddesinin, suç ve cezaların kanuniliğini düzenleyen 38. maddesinin, kamu görevlilerinin özlük işlerinin kanunla düzenlenmesini zorunlu tutan 128. maddesinin gerektirdiği açıklıktan yoksun olduğu ortadadır.

İkinci olarak iptali istenen kural ile getirilen belirsiz norm, geçmişe yürütülerek uygulanmaya da elverişlidir. Bu kavramaların mevzuatımıza girdiği tarihten önce bu fiilleri suç sayan bir kural bulunmadığından, bu kuralların ancak ilk defa mevzuatımıza girdiği tarihten sonraki fiiller için uygulanması gerekir. Daha önceki fiillere dayalı olarak yaptırım uygulanması suçların ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin ilkenin ihlali anlamına gelecektir. Geçmişte kural iki yönden geçmişe yürütülerek uygulanmıştır. İptali istenen kuralda yer alan aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları hukukumuzda ilk defa 22 Temmuz 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 667 sayılı KHK'nın 4. maddesiyle girmiştir. Bir taraftan bu kavramlar hukukumuzda ilk defa girdiği 22.07.2016 tarihinden önceki fiillere de uygulanmıştır. Diğer taraftan terör örgütü ya da Milli Güvenlik Kurulunca milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen, yapı oluşum ve grupların tespiti açısından da geçmişe yürürlü olarak uygulanmıştır. Hukukumuzda bir örgütün terör örgütü olduğuna kesinleşmiş yargı kararı ile

karar verildiği tarihten sonra üye olan ya da üyeliğini sürdürenler yaptırımı tabi tutulur. Aynı şekilde bir yapı oluşum veya grubun milli güvenliğe tehdit oluşturduğu Milli Güvenlik Kurulunca tespit edildikten sonra hala bu yapılara üyeliğini devam ettirenler açısından yaptırım uygulanması gerekir. Bu tespit geçmişe yürürlü olarak uygulanmaz. Burada Milli Güvenlik Kurulunun siyasi ve idari bir organ olduğu da göz önünde tutulmalıdır. İdari bir organın icrai nitelik taşımayan, sadece tavsiye niteliğindeki tespitine dayalı olarak yaptırım uygulanması da ayrıca hukukilik sorunu doğuracaktır.

OHAL döneminde KHK'larla kamu görevinden çıkarılan kişilerin tespitinde açık bir soruşturma yürütülerek ilgililere savunma hakkı tanınmadığından bu kişilerin tespitinde sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınıp alınmadığı da anlaşılmalıdır. AİHM içtihadına göre, eğer devam eden bir durum söz konusu ve kanundan önce ve sonra işlenmiş fiiller mevcut ise, yargılama ve mahkûmiyetin sadece kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki eylemler için verildiği açıklanmamışsa 7. maddenin ihlali ortaya çıkacaktır (Ecer ve Zeyrek/Türkiye, nos. 29295/95 and 29363/95, 27.02.2001, para. 33-37; Veeber/Estonya (No.2), no. 45771/99, 21.01.2003, para. 35-38; Puhk/Estonya, no. 55103/00, 10.02.2004, para. 38-41). Dolayısıyla sadece belirtilen tarihten sonraki fiillerin esas alınarak yaptırım uygulandığı açıklanmadığına göre suç ve cezaların geçmişe yürürlü uygulandığını kabul etmek kaçınılmazdır. Venedik Komisyonu da OHAL KHK'larına ilişkin olarak yayınladığı 9-10 Aralık 2016 tarihli görüşünün (CDL-AD(2016)037) 127. paragrafında bu duruma açıkça dikkat çekmiştir.

İptali istenen geçici 35. maddede de geçmişe yürürlü uygulamayı engelleyecek bir açıklık bulunmamaktadır ve uygulamada kuralların geçmişe yürütülerek uygulanması çok büyük bir olasılıktır. Bu nedenle sonuçları oldukça ağır bir disiplin yaptırımı olan kamu görevinden çıkarmanın, suç ve cezaların geçmişe yürütülerek uygulanması Açıkça Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırılık oluşturur. Oysa suç ve cezaların geçmişe yürütülmesi Anayasanın 15. maddesi ile savaş halinde bile yasaklanmıştır. Hiçbir şekilde dokunulamaz çekirdek haklar arasında yer almaktadır. Bu nedenle kural Anayasanın 15. maddesine de açıkça aykırıdır.

İptali istenen kurallar ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkını da ihlal edici niteliktedir. Dava konusu kural ile öngörülen yaptırımlar adil yargılanma hakkı kapsamında cezai yaptırım niteliği taşımaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmenin 6. maddesine ilişkin içtihadına bakıldığında suç ve ceza kavramlarının özerk yorumlandığı ve iç hukukta ceza hukuku alanında kabul edilmese bile suçlamaların niteliği, uygulanan usul, uygulanan yaptırımların ağırlığı vb unsurları dikkate alarak Sözleşmenin ilgili güvenceleri kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin görevine son verilmesi de suçlamanın niteliği ve yaptırımın ağırlığı dikkate alınarak Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir (Matyjek/ Polonya (dec.), no. 38184/03, 30.05.2006, para. 48-59). İptali istenen düzenlemenin de hem suçlamanın niteliği (terör örgütü ile bağlantı) hem de yaptırımın ağırlığı (bir daha dönmek üzere kamu görevinden çıkarmak) dikkate alındığında cezai nitelik taşıdığına kuşku bulunmamaktadır. Ancak söz konusu yaptırımlar uygulanırken AİHS'in 6. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin 36. maddesi kapsamında değerlendirdiği usulü güvencelere uyulması güvence altına alınmamıştır. Sadece geçici 35. Maddenin (G) fıkrasının son paragrafında madde kapsamında soruşturulanlara yedi günden az olmamak üzere savunma hakkı tanınacağı bu sürede savunma vermeyenlerin savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı kuralına yer verilmiştir. Ancak gerçek bir savunma hakkından söz edilebilmesi için kişilere yöneltilen suçlamaların ne olduğunun soruşturulan kişilere açık bir şekilde bildirilmiş olması

gerekir. Oysa OHAL süresi boyunca kamu görevinden çıkarılan 130.000'den fazla kişinin çoğuna hiçbir savunma hakkı tanınmamış, savunma istenenlere ise suçlamanın ne olduğu ve hangi fiiller nedeniyle suçlandığı bildirilmeden genel nitelikte sorular sorulmuştur. İlgili kişilere suçlamalar bildirilmemiş, savunmaları alınmamış, tarafsız ve bağımsız bir soruşturma süreci yürütülmemiş, içeriği belirsiz ve muğlak ceza normu geçmişe yürütülerek uygulanmış ve sonuçta verilen karar için herhangi bir yargısal denetim olanağı tanınmamıştır.

İptali istenen kural da suçlamaların bildirilmesi güvence altına alınmadığı gibi, hangi fiillerin suç olarak sayıldığını belirleyecek bir ölçüt de konulmamıştır. Temel ölçütün yukarıda açıklandığı gibi kurum kanaati olmaya devam edeceği anlaşılmaktadır. Böyle bir soruşturma sürecinin adil yargılanma koşullarını karşılamadığı açıktır. Bu nedenle düzenleme adil yargılanma hakkını cezai boyutu yönünden bir bütün olarak ihlal edici niteliktedir.

Aynı şekilde kamu görevinden çıkarma ve diğer yaptırımların Sözleşmenin 6. maddesi bağlamında kişilerin medeni haklarına müdahale teşkil ettiğinde kuşku bulunmamaktadır. Aynı usulü güvenceler medeni haklar bakımından da geçerli olup bu hakları güvence altına alacak hiçbir önlem öngörülmemiştir. Bu nedenle iptali istenen kurallar adil yargılanma hakkını bir bütün olarak medeni haklar bakımından da ihlal edici niteliktedir. Suçlamaları ve haklarında verilen kamu görevinden çıkarma kararının dayanaklarını bilmeyen kişiler dava açsalar bile hangi eylemleri nedeniyle suçlandıklarını bilmediklerinden savunma yapma olanağına sahip değildir ve böyle bir yargılamanın gerçek anlamda yargılama olduğu söylenemez.

Mesela uygulamada kurum kanaatinin dayanağı olarak mesai arkadaşlarının tanıklıklarına dayanıldığı görülmektedir. Ancak hiçbir şekilde bu tanıkların kimler olduğu ve soruşturulan kişi hakkında somut olarak ne söylediği bildirilmemektedir. Bu durumda kişinin dava açmasının da bir anlamı kalmamaktadır çünkü dava açtığında haklarını savunabileceği bir yargılama süreci gerçekleşmemektedir. Hakkında tanıklık yapan kişilerin doğruyu söyleyip söylemediğini, bu tanıklığın bir husumete dayanıp dayanmadığını kişinin anlaması mümkün olmamaktadır. Böyle bir durumda gerçek anlamda mahkemeye erişim hakkının bulunduğu da söylenemez.

Sonuç olarak iptali istenen kurallar Anayasa'nın 36. maddesine hem mahkemeye erişim hakkı, hem de medeni ve cezai yönden bir bütün halinde aykırıdır.

Öte yandan iptali istenen düzenlemeler ilgili kişilerin başta Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan itibar (haysiyet) hakkı olmak üzere, 20. maddede güvence altına alınan özel ve aile hayatının korunması hakkına müdahale oluşturmakta ve bu haklar için öngörülen güvencelere uyulmadığından ihlal teşkil etmektedir. Gerçek bir savunma hakkı tanınmadan uygulanacak yaptırımların AYM ve AİHM içtihatlarına aykırı olarak ilgili kişilerin anayasal temel haklarını ihlal edeceği açıktır. Sözleşmede kamu görevine girme hakkı düzenlenmemiş olmakla birlikte AİHM kamu görevinden çıkarmalarla ilgili şikâyetleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Bu çerçevede temel usulü güvencelere ve savunma haklarına saygı göstermeden gerçekleştirilen kamu görevinden çıkarma işlemlerinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir (bkz. Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, para. 29; Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004; Pfeifer/Avusturya, no. 12556/03, 15.11.2007, para. 35; Özpınar/Türkiye, no: 20999/04, 19/10/2010, para. 45; D.M.T. and D.K.I./Bulgaristan, no. 29476/06, 24.07.2012; Oleksandr Volkov/Ukrayna, no. 21722/11, 09.01.2013, para.165-166; Şahin Kuş/Türkiye no. 33160/04, 07.06.2016; Kulykov ve Diğerleri/Ukrayna, nos. 5114/09, 19.01.2017, para.138). Anayasa Mahkemesi de benzer yönde kararlar vermiştir (ŞK, B. No. 2013/1614, 03.04.2014, para. 66;

Serap Tortuk, 2013/9660, 21.01.2015, para. 59-61; Ata Türkeri, B.No. 2013/6057, 16.12.2015, para. 52).

İptali istenen kurallar usulü güvencelere uyulmasını güvence altına almadığı gibi, öngörülen yaptırımların ölçsüz ve aşırı ağır olması dolayısıyla da kişilerin itibar hakkını, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve özel aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edici niteliktedir. Usulü güvencelere uyulmadan içeriği muğlak ve belirsiz normlar geçmişe yürütülerek kişiler terör örgütleri ile bağlantıları olduğu şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılacak ve ömür boyu bir daha kamu görevine giremeyecek ve başka pek çok mesleği yürütemeyecektir. Mesela, avukatlık, bilirkişilik, noterlik, arabuluculuk, özel okullarda öğretmenlik, vakıf üniversitelerinde öğretim üyeliği, özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ya da çalışanı olamayacak, özel iş yaparsa kamu ihalelerine giremeyecektir. Kendisiyle birlikte tüm ailesinin pasaportları da iptal edildiğinden yurt dışına çıkamayacaktır. Dolayısıyla hemen hemen hepsi yüksek eğitilmiş ve kalifiye olan bu kişilerin özel sektörde de çalışması neredeyse imkânsız hale getirilmiştir.

Ayrıca haklarındaki damgalama nedeniyle bu kişilerin toplum nezdinde itibarları zedeleneyecek, kendileri, aileleri ve çocukları toplum ve devlet nezdinde ayrımcı muamelelere maruz kalacaklardır. Pek çoğunun kendileri ya da yakınları koşullarını taşımasına rağmen sosyal haklardan yaralandırılmayacaklardır. Uygulamada pek çok adı KHK ek listesinden yer alan mağdurunun en temel sosyal haklardan yararlandırılmadığı görülmektedir.

Dolayısıyla öngörülen yaptırımlar ilgili kişilerin hukuki durumunu medeni ölüye dönüştürmektedir. Bu kişilerin çalışmadan yaşamlarını sürdürmeleri ve ailelerini geçindirmeleri mümkün değildir. Bu derece ağır sonuçları olan yaptırımlar ise herhangi bir somut delile ve sübuta gerek olmaksızın kurum kanaati ile uygulanabilecektir. Bu nedenle iptali istenen kurallar ilgili kişilerin hem itibar haklarına hem de maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına yönelik ağır ve ölçsüz bir müdahale oluşturmaktadır ve Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan geçici 35. maddenin (A) fıkrasına göre kamu görevinden veya meslekten çıkarılanların Resmi Gazetede yayınlanması öngörülmüştür. Kişilerin hakkında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak Resmi Gazetede yayımlanması, hukuk devleti ilkesini, haysiyetini, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını, özel ve aile hayatına saygı hakkını ve masumiyet karinesini açıkça ihlal edecektir

Anayasanın 38. maddesinde masumiyet karinesi güvence altına alınmıştır. Buna göre hiç kimse suçluluğu mahkeme kararı ile kesin olarak ortaya konuluncaya kadar suçlu olarak gösterilemez. Bu Anayasanın 15. maddesine göre savaş halinde bile dokunulamayacak bir çekirdek haktır. İptali istenilen kurallar uyarınca kamu görevinden çıkarılacak olan kişilerin isimleri Resmi Gazetede yayımlanacak ve Resmi Gazetenin internet sitesinde yer alacaktır. Bu kişilerin isimleri bütün medya organlarında ve başka pek çok kişi ve kurumun internet sayfasında yer alacaktır. Resmi Gazetenin internet sitesinde isimleri sürekli erişime açık tutulacak ve dünyanın her tarafından her an ulaşılması mümkün olacaktır. Hiçbir yargılama yapmadan ve gerçek anlamda soruşturma yürütmeden, kurum kanaatine göre belirlenecek bu kişilerin isimlerinin kamuoyuna açıklanması, bu kişileri ve ailelerini her türlü taciz ve saldırıya açık hale getirecektir. Bu kişilerin herhangi bir özel iş yerinde iş bulma veya özel iş yapmaları konusunda önemli zorluklar çıkaracaktır.

Nitekim AİHM Estonya’da bir kişinin isminin Resmi Gazete’de eski KGB çalışanı (şoför) olarak yayınlanmış ve “işgalci” olarak damgalanmış olmasını hem kişinin üzerindeki olumsuz etkileri hem de kamu yararı açısından sağlayacağı bir katkı olmaması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir (Sõro/Estonya, 22588/08, 03.09.2015, para. 56-64). Benzer şekilde Polonya’da 1992 yılında Parlamento, parlamento üyeliğine aday olanlar veya kamu görevlerine, hâkimlik, savcılık ve avukatlığa başvurulara ilişkin olarak İçişleri bakanlığının eski rejim döneminde gizli polis ile işbirliği yapmış olanları açıklamasını öngören bir karar almıştır. Karar insan onuruna müdahale oluşturduğu ve incelemeye tabi tutulanlara herhangi bir güvence sağlamadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı bulunmuştur¹². Mahkeme düzenlemenin incelemeye tabi tutulanların kişisel itibarını güvencesiz bir şekilde zedelediğinden hukuk devleti ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir¹³.

Makedonya’da da 2012 yılında çıkarılan arındırma kanununda Komisyonun bir kişinin işbirlikçi olduğunu tespit etmesi halinde bu kişinin, Kanun’un yürürlükte olduğu sürece (Komisyonun kurulmasından itibaren on yıl boyunca) kamu görevi yürütemeyeceği, ayrıca Komisyonun kararlarının internet sitesinde yayınlanacağı ve Parlamento’ya, hükümete ve seçim komisyonuna bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Komisyonun kararında işbirlikçi olarak tespit edilen kişinin kimlik bilgileri yer alacak, delil olarak kullanılan belgeler yayınlanacak ve incelemeye tabi tutulan kişiler sonuçtan haberdar edilecektir. Komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu kuralına yer verilmiştir. Venedik Komisyonu 2012 tarihli Kanunla ilgili vermiş olduğu amicus curiae görüşünde kişilerin isimlerinin bir mahkeme kararı olmadan yayınlanmasının itibarlarına geri dönüşü olmayan zararlar vereceğini ve Sözleşmenin 8. maddesini ihlal edeceğini belirtmiştir. 2015 yılında çıkarılan ve 1 Eylül 2015 tarihinde yürürlüğe giren bir Kanun (Resmi Gazete 143/2015) ile 2012 tarihli Arındırma Kanunu yürürlükten kaldırılmış, bütün soruşturmaların sona erdiği ve Komisyonun görevinin sona erdiği hükme bağlanmıştır. Makedonya Anayasa Mahkemesi 2010 yılında (24.03.2010, U.br.42/2008) 2008 tarihli Arındırma Kanunu’nun bazı maddelerini iptal etmiştir. Bunlar arasında İşbirlikçi olarak tespit edilenlerin isimlerinin Resmi Gazetede yayınlanmasına ilişkin hüküm de bulunmaktadır. Mahkeme bu hükmün kanunun işbirlikçilerin kamuda çalışmasını önleme amacı ile orantısız olduğuna ve gereksiz bir şekilde kişilerin manevi bütünlüğüne ve itibarına zarar verdiğine karar vermiştir. Görüldüğü gibi herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın kişilerin isimlerinin terörist veya işbirlikçi olarak kamuoyuna açıklanması, onarımı mümkün olmayan haysiyet kırıcı bir işlem olduğu gibi -insan haklarına saygılı devlet ilkesi dahil- insan hakları normlarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Bu nedenle, Geçici 35. maddenin (A) fıkrasına göre kamu görevinden çıkarılmasına karar verilenlerin Resmi gazetede yayımlanmasını öngören kural Anayasa’nın 2., 15., 17., 20. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan gerekli usulü güvencelere uyulmadan, kişilerin hakkında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılmaları ve ruhsat ve lisanslarının iptal edilmesi ve unvan ve sıfatlarının geri alınması nedeniyle ilgili kişilerin hem maaş ve bağlı hakları hem de sosyal güvenlik haklarında olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu kayıplar Anayasa’nın 35 ve AİHS’e ek 1 nolu Protokolün 1. maddelerinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Ne var ki bu müdahale ilgili maddede öngörülen koşullara ve usulü

¹² Decision U. 6/92, 19.06.1992

¹³ Sadurski, De communication, s.27.

güvencelere ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uymayan ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır.

İptali istenen kurallar, gerekli usulü güvencelere uyulmadan, haklarında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılan kişilerin özel güvenlik şirketlerinde çalışamayacakları, bu şirketlerin kurucusu ve ortağı olamayacakları hükmünü içermektedir. Yukarıda açıklandığı gibi bu kişiler hiçbir usulü güvenceye uyulmadan ve haklarında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile kamu görevinden çıkarılabileceklerdir. Bu kişilerin ayrıca özel sektörde çalışmaları da bu hükümle sınırlandırılmıştır. Bu Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan çalışma ve teşebbüs özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmaktadır. Nitekim AİHM eski KGB çalışanları için on yıl boyunca bazı özel sektör firmalarında çalışma yasağı getiren Litvanya kanununun sözleşmenin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir (Sidabras ve Džiautas/Litvanya, nos. 55480/00 ve 59330/00, 27.07.2004). Mahkeme bu sonuca ulaşırken eski işgal gücünün gizli servisinde çalışan kişilerin ülkeye bağlılığı konusundaki kuşkuvarın, bunların özel sektörde çalışmalarına engel olmak için yeterli gerekçe oluşturmayacağı tespitinde bulunmuştur.

İptali istenen kural ile ilgili kişilerin özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı veya çalışanı olmalarına getirilen yasağın hem usulü güvencelere uyulmamış olması, hem de herhangi bir süreye tabi olmaksızın ömür boyu uygulanacak olması dolayısıyla ilgili maddelerde öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uymayan ölçüsüz bir müdahaledir. Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerine de aykırıdır.

İptali istenen kurallar, gerekli usulü güvencelere uyulmadan, haklarında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılan kişilerin ömür boyu yeniden kamu görevine girmelerini ya da kamu hizmetinde çalışmalarını yasaklamaktadır. Bu Anayasa'nın 70. maddesinde güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkına müdahale teşkil etmektedir. Anayasa'nın 70. maddesinde kamu hizmetine girme her Türk vatandaşı için bir hak olarak tanınmış ve kamu hizmetine girmede hizmetin gerektirdiği niteliklerin dışında hiçbir koşulun aranmayacağı belirtilmiştir. İptali istenen kurallar ile kamu görevine girme hakkına yapılan müdahale ilgili maddede öngörülen koşullara ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütlerine uymayan ölçüsüz bir müdahaledir. Ayrıca bu kişilerin bir daha ömür boyu kamu görevine atanma ve doğrudan ya da dolaylı olarak kamu hizmetinde çalıştırılmalarının yasaklanması kamu hizmetine girme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturur. Yukarıda belirtildiği gibi Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi aldığı tavsiye kararında arındırma uygulamalarının en fazla beş yıl süreli olmasını tavsiye etmiştir. Oysa iptali istenen düzenleme bu kişilerin ömür boyu kamu hizmetinden yasaklanmasını öngörmektedir.

Kamu hizmeti geniş yorumlanarak pek çok serbest meslek bu çerçevede değerlendirilmekte ve bu kişilerin o serbest meslekleri icra etmesi de yasaklanmaktadır. Pek çok KHK'da bu kişilerin çeşitli serbest meslekleri yapmaları da yasaklanmıştır. Buna göre kamu görevinden çıkarılan kişiler, noterlik, bilirkişilik ve arabuluculuk yapamayacaklardır. Avukatlık yapmalarını önlemeye yönelik davalar açıldığı ve idare mahkemelerince bu davaların kabul edildiği görülmektedir. Bu kişilerin ortağı ya da yöneticisi oldukları şirketlerin kamu ihalelerine girmeleri dahi KHK ile yasaklanmıştır. Tüm bu müdahalelerin ölçülü olmadığı açıktır. Nitekim Arnavutluk Anayasa Mahkemesi 1993 yılında çıkarılan bir kanun ile komünist

partide belli görevlerde bulunanların ve gizli polis işbirlikçilerinin beş yıl süreyle avukatlık yapmasını yasaklayan kanunu anayasanın pek çok maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Özellikle avukatlığın serbest meslek olduğu, çalışma hakkı, kuvvetler ayrılığı ve masumiyet karinesine vurgu yapmıştır¹⁴.

Bütün bu nedenlerle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 70. maddesine aykırıdır.

Ayrıca Milli Güvenlik Kurulu Anayasada bir icrai karar organı olarak öngörülmemiştir, tavsiye niteliğinde kararlar alabilir ve MGK'nın kararına dayalı olarak kişiler hakkında işlem yapılması, bir yetki gaspı oluşturur, Anayasadan kaynaklanmayan bir yetki kullanımı teşkil eder. Bu nedenle kural Anayasanın 6. ve 118. maddelerine aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklandığı gibi Anayasanın 128. maddesine göre kamu görevlilerinin disiplin işleri kanunla düzenlenir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi kişilerin terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılmasını öngören düzenleme, kavramların muğlak ve içeriği belirsiz olması dolayısıyla, kanunda düzenleme kriterini karşılamaktan uzaktır ve açıkça Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Aynı şekilde Anayasa'nın 129. maddesine göre kamu görevlilerine savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Yukarıda açıklandığı gibi geçici 35. maddenin (G) fıkrasının son paragrafında madde kapsamında soruşturma açılan kişilere yedi günden az olmamak üzere savunma tanınacağı kuralını içermekle birlikte somut olarak kişilerin hangi fiiller dolayısıyla suçlandığını ve haklarındaki delillerin neler olduğunu bildirme zorunluluğu öngörmemiştir. Kişilerin haklarındaki suçlamaları ve delilleri bilmeden kendilerini savunmaları mümkün değildir ve 129. maddede belirtilen savunma hakkı güvencesini karşılamaktan çok uzaktır. Hakkında soruşturma açılan kişilere somut suçlamalar bildirilmeden sadece ilgili yapılarla ilişkiniz var mı şeklinde sorular sorulması savunma hakkı tanınması anlamına gelmez. Bu şekilde sorulan sorulara kişilerin çok büyük çoğunluğu ilişkisi olmadığını söylemekle yetinecektir. Böyle bir soruşturmanın usulü güvenceleri sağlamadığı ve gerçek bir savunma hakkı tanımadığı açıktır. Suç teşkil eden fiil tanımlanmadan ve ilgili fiilin niçin suç teşkil ettiği açıklanmadan, salt olarak ihbar ve fişlemelere dayalı istihbarî bilgiler çerçevesinde kişilere terör örgütü ile ilişkisi olduğu belirtilerek ilişkisinin olmadığını ispatlamasının istenmesi savunma hakkı olarak nitelenemez. Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 129. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak, Geçici 35. maddenin (A) ve (B) fıkraları Anayasa'nın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129. maddelerine aykırıdır, iptalleri gerekir.

b. Geçici 35. maddenin (C) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (C) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; haklarında (A) ve (B) fıkraları uyarınca idari işlem tesis edilenler ile aynı gerekçeyle haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yürütülenlerin, işlemi yapan kurum ve kuruluşlarca ilgili pasaport birimine derhâl bildirileceği, bu bildirim üzerine ilgili pasaport birimlerinde pasaportlarının iptal edilebileceği, ilgili pasaport birimine isimleri bildirilen

¹⁴ Wojciech Sadurski, "De-communisation", "Lustration" and Constitutional Continuity: Dilemmas of Transitional Justice in Europe" UIE Working Paper, Law 2003/15, s. 22.

kişilerin eşlerine ait pasaportların da genel güvenlik açısından mahzurlu görülmesi hâlinde aynı tarihte İçişleri Bakanlığınca iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

Bu kural pek çok yönden Anayasaya aykırıdır. Öncelikle Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat ve yerleşme özgürlüğüne müdahale oluşturmaktadır. 23. maddeye göre herkes yerleşme ve seyahat özgürlüğüne sahiptir. Seyahat özgürlüğü suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanunla sınırlanabilir. Vatandaşın yurt dışına çıkma özgürlüğü ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlandırılabilir.

İptali istenen kural ile kamu görevinden çıkarılanların yanı sıra haklarında aynı nedenle ceza soruşturması açılanların da ilgili kurum ve kuruluşlarca pasaport birimlerine bildirilerek pasaportların iptal edilmesi öngörülmektedir. Bu kişilerin sadece hususi ve hizmet pasaportları değil bütün pasaportlarının iptal edilmesi öngörülmektedir. Böylece bu kişilerin yurt dışına çıkışı yasaklanmaktadır. Görüldüğü gibi pasaport iptalleri idari organlarca yapılacaktır. Suç soruşturması ve kovuşturması ile ilgili olarak da hâkim kararı olmaksızın pasaportlar idarece iptal edilecektir.

Oysa Anayasanın 23. maddesine göre vatandaşların yurt dışına çıkışı yalnızca suç soruşturması ve kovuşturması nedeniyle ve ancak hâkim kararıyla sınırlanabilir. İptali istenen kural ise sınırlamanın idare tarafından ve suç soruşturması olmadan da yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu nedenle kural açıkça anayasaya aykırıdır.

Öte yandan kural sadece kamu görevinden çıkarılan ya da hakkında soruşturma açılan kişilerin değil eşlerinin de pasaportlarının iptaline olanak tanımaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine göre ceza sorumluluğu şahsidir. Anayasanın 38. maddesinde yer alan ceza hukukuna ilişkin ilkeler, idare hukukundaki sorumluluk kuralları açısından da geçerlidir. Bir kişinin eşinin fiillerinden dolayı sorumlu tutulması suçların şahsiliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Kişilerin içeriği belirsiz kavramlar geçmişe yürütülerek ve hiçbir usulü güvenceye uyulmadan, haklarında somut bir delil bulunmadan ve sübuta gerek olmadan kurum kanaati ile terör örgütleri ile ilişkili oldukları şeklinde damgalanarak kamu görevinden çıkarılmasının sonucu olarak kendi pasaportları iptal edildiği gibi, hiçbir şahsi gerekçe göstermeden eşlerinin pasaportlarının da ihlal edilmesi açık bir şekilde şahsi sorumluluk ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bir kişinin hakkında soruşturma açılmasını gerektiren bir suç şüphesi olmadan ve böyle bir soruşturma kapsamında adli makamlarca koruma tedbiri uygulanması kararı verilmeden pasaporta sahip olmasının genel güvenlik açısından nasıl bir mahzur teşkil ettiğini anlamaya olanak yoktur. Bir kişinin pasaport taşımasının genel güvenlik açısından taşıyabileceği tek mahzur suç işlemiş olması halinde yurt dışına çıkararak cezasız kalması olabilir. Ancak kişinin suç işlediği yönünde herhangi bir bilgi bulgu olmadan ve bu yönde bir soruşturma açılmadan ve yargısal makamlar tarafından tedbir kararı verilmeden pasaportunun iptal edilmesinin hiçbir rasyonel gerekçesi yoktur suçların şahsiliği ilkesini ihlal eder.

Diğer taraftan bu kişiler hakkında herhangi bir adli tedbir kararı bulunmamasına rağmen pasaportlarının iptal edilmesi suretiyle yurt dışına çıkmalarının engellenmesi Anayasa'nın 23. ve 38. maddesine aykırı olduğu gibi kişilerin yurt dışına çıkış amacına göre diğer anayasal haklarına da müdahale oluşturabilir. Mesela yurt dışında öğrenci olan ya da öğrenim görmek için yurt dışına çıkmak isteyen bir kişi pasaportunun iptal edilmesi dolayısıyla eğitimine devam edemezse kişinin Anayasanın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkı da ihlal edilmiş olacaktır. Aynı şekilde bir konferansa veya festivale katılmak isteyen bir akademisyen

veya sanatçı pasaportunun iptal edilmiş olması dolayısıyla bu etkinliğe katılamazsa Anayasanın 27. maddesinde güvence altına alınan bilim ve sanat özgürlüğü hakkı ihlal edilecektir. Benzer bir şekilde tedavi olmak için, ticari bir amaç için yurt dışına çıkmak isteyen kişilerin pasaportlarının iptal edilmesi sağlık hakkını veya teşebbüs hakkını ihlal edecektir.

Bu nedenle geçici 35. maddenin (C) fıkrası Anayasa'nın 23. ve 38. maddeleri başta olmak üzere pek çok maddesine aykırıdır iptali gerekir.

c. Geçici 35. maddenin (Ç) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (Ç) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle hakkında inceleme ve soruşturma yürütülen kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ilişkin olarak yetkili kurul, komisyon ve diğer mercilerce ihtiyaç duyulan, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca müşteri sırrı kapsamında kabul edilenler hariç, telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti de dâhil olmak üzere her türlü bilgi ve belge, kamu ve özel tüm kurum ve kuruluşlarca vakit geçirilmeksizin verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; kamu kurum ve kuruluşlarının personeline ve bunların eş ve çocuklarına ait olup Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen ve faaliyet izni kaldırılan Asya Katılım Bankası A.Ş.'de veya bu Bankayla ilgili olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda ya da Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığında bulunan her türlü bilginin, bu personelin çalıştığı kurum ve kuruluşlarca talepte bulunulması durumunda gecikmeksizin verileceği ve bu işlemlere ilişkin olarak 5411 sayılı Kanunun 73 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan sınırlama uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Görüldüğü gibi kural ile haklarında disiplin soruşturması açılan kişilerin kendileri ve eş ve çocuklarına ilişkin her türlü verinin ilgili kurumlarca verilmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen Asya Katılım Bankası AŞ ye ilişkin olarak hakkında soruşturma açılan kişilere, eş ve çocuklarına ait bilgilerin de TMSF, BDDK ve MASAK tarafından kurumlara bildirilmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin korunması hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre herkes kendisine ait kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.

Kapsamı ve içeriği belirsiz, mensubiyet, iltisak ve irtibat gibi kavramlara dayalı olarak kişiler hakkında açılan soruşturmalarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelere uyulmaksızın ve sadece kendileriyle değil, eş ve çocuklarıyla ilgili de verilerin talep edilmesi öncelikle Anayasanın 20. maddesine aykırılık oluşturur.

Diğer taraftan sadece hakkında soruşturma açılan kişilerin değil, aynı zamanda bunların eş ve çocuklarına ait bilgilerin de verilmek zorunda olması Anayasa'nın 38. ve 20. maddelerine aykırıdır. Anayasanın 38. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre kimse başkalarının eylem ve işlemleri dolayısıyla sorumlu tutulamaz. Buna eş ve çocuklar da dâhildir. Hiç kimse ne eşinin ne de çocuğunun eylemlerinden sorumlu tutulamayacağı gibi hiçbir çocuk ta ebeveynlerinin eylemlerinden sorumlu tutulamaz. Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezalara ilişkin ilkeler disiplin soruşturmaları için de geçerlidir. Buna rağmen, iptali istenen kural, hakkında soruşturma açılan kişilerin eş ve çocuklarına ilişkin her türlü bilginin istenmesi halinde tüm kamu ve özel kuruluşlarca hemen

verilmesini öngörmektedir. Bu bilgilerin içinde pek çok kişisel verinin de olacağı açıktır. Bu düzenleme iki yönlü olarak suçların şahsiliği ilkesini ihlal etmektedir. Bir taraftan hakkında soruşturma açılan kişinin eş ve çocuklarının eylemlerinden sorumlu tutulacağı anlamına gelmektedir. Diğer taraftan eş ve çocuklara ait bilgi ve belgeler eşlerinin ya da ebeveynlerin eylemleri dolayısıyla kamu otoritelerine verilmektedir. Bu da suçların şahsiliği ilkesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Telekomünikasyon yoluyla iletişimin de haberleşme özgürlüğü kapsamında olduğuna kuşku yoktur. 22. maddeye göre haberleşme özgürlüğüne ancak hakim kararıyla müdahale edilebilir. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle de müdahale etmek mümkündür ancak bu durumda 24 saat için de yetkili merciin emrinin hakim onayına sunulması gerekir. Oysa iptali istenen kuralda hakim kararı aranmaksızın telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti de dahil olmak üzere her türlü bilgi soruşturma makamlarınca istenebilecektir. İdari organlarca iletişimin tespiti talep edilebilmesi ve sadece hakkında soruşturma yürütülen kişinin değil, onun yanı sıra eşinin ve çocuklarının da iletişimine müdahale edilebilmesi 22. maddeye olduğu gibi, 38. maddeye de açıkça aykırıdır.

Bu nedenle geçici 35. maddenin (Ç) fıkrası Anayasa'nın 20., 22. ve 38. maddelerine açıkça aykırıdır ve iptali gerekir.

d. Geçici 35. maddenin (D) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (D) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle, Türk Silahlı Kuvvetlerinden, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığından ve Emniyet Teşkilatından emeklilik, istifa, disiplin, sözleşme feshi, sözleşmenin yenilenmemesi vb nedenlerle ayrılanlardan terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin rütbelerinin ilgili bakanın onayıyla alınacağı düzenlenmiştir. Bu kişilerin görev yaptıkları teşkilata ve kamu görevine yeniden kabul edilmeyeceği, doğrudan veya dolaylı görevlendirilemeyeceği ve bu kişilerin on beş gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bunların uhdelerinde taşımış oldukları mesleki unvanları ve sıfatlarını kullanamayacağı ve bu unvan ve sıfatlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları, bu kişilerin uhdelerinde bulunan her türlü mütevellî heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılacağı öngörülmüştür. Bunların silah ruhsatları, emekli kimlikleri, gemi adamlığına ilişkin belgeleri, pilot lisansları ve ilgili pasaport birimlerinde pasaportları iptal edilecek, bu kişiler özel güvenlik şirketlerinin kurucusu, ortağı ve çalışanı olamayacaklardır.

İptali istenen kurallar daha önce çeşitli nedenlerle kurumlarından ayrılmış olan silahlı kuvvetler, Jandarma, Sahil Güvenlik ve Emniyet personelinin rütbelerinin geri alınmasını ve buna bağlanan sonuçları düzenlemektedir.

Yukarıda (a) başlığı altında incelenen (A) ve (B) bentlerinde açıklanan Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129 maddelerine ilişkin gerekçeler aynı şekilde bu fıkra için de geçerlidir. Rütbelerin geri alınmasının gerekçesi olarak gösterilen terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olması fiilleri belirsiz ve öngörülemez olup bir hukuk devletinde

kanunları taşıması gereken niteliklere sahip olmaktan uzaktır. Soruşturmanın nedeni ve yapılış şekli adil yargılanma ilkelerine ve usulü güvencelere uygun olmadığı gibi temel haklara müdahale ederken gözetilmesi gereken usulü güvenceleri de salamamaktadır. Öngörülen yaptırımlar ilgili kişilerin başta maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı olmak üzere pek çok hakkına kanunsuz olarak müdahale niteliği taşımaktadır ve aynı zamanda müdahaleler ölçülü değildir. Haklara müdahale için Anayasada öngörülen koşullara uyulmamıştır. Bu çerçevede mesela yurt dışına çıkmanın ancak suç soruşturması dolayısıyla ve hakim kararı ile yapılması mümkün iken idari kararlar pasaport iptali suretiyle kişilerin yurt dışına çıkış hakkına sınırlama getirilmektedir.

Bu nedenle yukarıda (A) ve (B) fıkralarına ilişkin bölümde yapılan ayrıntılı açıklamalar aynı şekilde bu fıkra için geçerli olup oradaki açıklamalara atıf yapılmak yetinilecektir. Geçici 35. maddenin (D) fıkrası aynı nedenlerle Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129 maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

e. Geçici 35. maddenin (E) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (E) fıkrasında maddenin (A), (B) ve (D) fıkraları uyarınca haklarında işlem tesis edilenlerin uhdelarında taşınmış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve yüksek mahkeme başkan ve üyeliği, müsteşar, hâkim, savcı, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

Bu yaptırımlar ilgili fıkralarda öngörülen kamu görevinden çıkarma ve rütbelerin geri alınması yaptırımlarının uzantısı olarak öngörülmüştür. Esas yaptırımlar için ilgili fıkralarda açıklanan Anayasaya aykırılık gerekçeleri aynı şekilde bu tali yaptırımlar için de geçerlidir. Bu nedenle yukarıda (A) ve (B) fıkralarına ilişkin bölümde yapılan ayrıntılı açıklamalar aynı şekilde bu fıkra için geçerli olup oradaki açıklamalara atıf yapılmak yetinilecektir. Geçici 35. maddenin (E) fıkrası aynı nedenlerle Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129 maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

f. Geçici 35. maddenin (F) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (F) fıkrasında maddenin (A), (B) ve (D) fıkraları kapsamındaki görevler yerine getirilirken görevin niteliğinden doğan veya görevle ilgili olmak şartıyla görevin ifası sırasında işlendiği iddia olunan suçlardan dolayı kamu görevlileri hakkında adli ve idari soruşturma ve kovuşturma yapılması ilgisine göre ilgili bakan, Cumhurbaşkanı veya yetkilendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısının iznine tabi tutulmuştur.

Görüldüğü gibi iptali istenen kuralın amacı kamu görevinden çıkarma ve rütbelerin geri alınmasına ilişkin soruşturmalarda görev alanlara bir tür dokunulmazlık zırhı getirmekte ve bu kişilerin söz konusu soruşturmalarda işledikleri disiplin suçları ya da suçlar dolayısıyla adli ve idari soruşturma açılması izne tabi tutulmaktadır.

Bu tür bir yasal koruma sağlamanın kişileri keyfi davranmaya teşvik edeceği, keyfiliklerin üstünü örtmeyi kolaylaştıracağı açıktır. Özellikle yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi içeriği belirsiz ve muğlâk kavramlara dayalı olarak yapılan soruşturmalarda, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun yorumuyla somut delil ve sübuta gerek duymadan oluşacak kurum kanaatiyle kişiler hakkında sonuçları oldukça ağır olan kamu görevinden

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

çıkarma ve rütbelerini geri alma kararlarını alacak olan kamu görevlileri için getirilen bu dokunulmazlık zırhının hukuksuz ve keyfi davranmaya teşvik etmeyi amaçladığı açıktır.

Böyle bir keyfiliği ve sorumsuzluğu herhangi bir hukuk kavramıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Bir hukuk devletinde ise böyle bir keyfiliğin yasal düzenleme haline getirmesi akla dahi getirilemez. Hukuk devletinin temel gereği, kamu adına hareket edenlerin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun hareket etmeleridir.

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti keyfi yönetimin karşısı olup, yönetimin hukuka bağlılığını zorunlu kılar. Hukuka bağlılığın güvencesi ise hukuka aykırı davranışları dolayısıyla kişilerin sorumlu tutulmasıdır. Kamusal yetki kullananlara sorumsuzluk tanımak onların hukuk dışı ve keyfi davranmalarına izin verilmesi anlamına gelir ki, bu hukuk devletinin ortadan kaldırılması demektir. Yönetimde keyfiliğe izin verilmesinin doğal sonucu bireylerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahale edilmesine göz yumulması anlamına gelecektir. Bireylerin haklarına yapılan keyfi müdahaleler dolayısıyla hesap sorulmasının yasal düzenlemeyle engellenmesi, bütün temel haklar açısından öngörölmüş olan her türlü Anayasal güvenceyi ortadan kaldırmaktadır.

Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesinde öngörölen insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti rejimine aykırıdır, iptali gerekir.

g. Geçici 35. maddenin (G) fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Geçici 35. maddenin (G) fıkrasında maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle; terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirildiği için görevden uzaklaştırılanlar veya açığa alınanlar hakkında ilgili mevzuatta yer alan; soruşturmaya başlama süresinin uygulanmayacağı, disiplin soruşturması sebebiyle görevden uzaklaştırma sürelerinin bir yıl olarak uygulanacağı ve bu sürenin ilgisine göre ilgili bakan, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Yükseköğretim Kurulu veya ilgili kurul onayıyla bir yıla kadar uzatılabileceği, adli soruşturma ve kovuşturma sebebiyle görevden uzaklaştırma veya açığa alma işlemlerinde değerlendirme sürelerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Ayrıca maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle haklarında görevden uzaklaştırma veya açığa alınma işlemi tesis edilen ve ilgili mevzuatında yer alan süreleri dolan kamu görevlilerinin durumunun, işlemi tesis eden makamca en geç üç ay içinde gözden geçirileceği ve yeniden bu fıkra hükümlerine göre karar verileceği, karar verilinceye kadar, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın görevden uzaklaştırma veya açığa alınma tedbirlerinin uygulanmasına devam olunacağı düzenlenmiştir.

Son olarak maddenin (A) ve (B) fıkraları uyarınca haklarında işlem tesis edilecek olanlara yedi günden az olmamak üzere ilgili kurum tarafından uygun vasıtalarla savunma hakkı verileceği, verilen süre içinde savunmasını yapmayanların, savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı kuralına yer verilmiştir.

İki yıl süren olağanüstü hal kalktıktan sonra, soruşturma sürelerinin üç yıl boyunca daha uzun uygulanmasını öngören kural, kişiler hakkındaki soruşturmaların makul sürede

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

bitirilmeyerek çok uzun bir süre boyunca görevden uzakta tutulmalarını mümkün hale getirmektedir. Bunun sonucu olarak bu kişiler, maaşlarının bir kısmını alamamakta, çok uzun bir süre boyunca açıkta bekletilme dolayısıyla toplum gözünde ve aile içinde suçlu görülmelerine ve itibarlarının zedelenmesine yol açmaktadır.

Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre her türlü ekonomik değer Anayasal anlamda mülkiyet teşkil eder ve 35. maddenin koruması altındadır. Bu çerçevede maaş alacağı da mülkiyet teşkil etmektedir. Çok uzun süre boyunca bir kamu görevlisinin maaşının üçte birini alamamış olması mülkiyet hakkına yönelik ölçsüz bir müdahale oluşturur ve Anayasanın 35. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan bir kamu görevlisinin çok uzun bir süre boyunca görevinden uzaklaştırılması onu ailesinin ve toplumun gözünde suçlu olarak görülmesine ve itibarının zedelenmesine neden olur. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre Anayasanın 17. maddesinde güvence altına alınmış olan kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı itibar hakkını da kapsamaktadır ve bir kamu görevlisinin uzun süre görevinden uzaklaştırılması bireyin itibar hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturur ve Anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

Aynı şekilde Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü disiplin soruşturmaları açısından da geçerlidir ve disiplin soruşturmalarında da adil yargılama kurallarına bu arada makul sürede yargılanma hakkına uyulması gerekir. Çok uzun bir süre disiplin soruşturmasının bitirilmemiş olması ve bu sürede kişinin görevinden uzaklaştırılması Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale oluşturur.

Diğer taraftan yukarıda açıklandığı gibi geçici 35. maddenin (G) fıkrasının son paragrafında madde kapsamında soruşturma açılan kişilere yedi günden az olmamak üzere savunma tanınacağı kuralını içermekle birlikte somut olarak kişilerin hangi fiiller dolayısıyla suçlandığını ve haklarındaki delillerin neler olduğunu bildirme zorunluluğu öngörmemiştir. Anayasanın 129. maddesine göre kamu görevlilerine savunma hakkı verilmedikçe disiplin cezası verilemez. Kişilerin haklarındaki suçlamaları ve delilleri bilmeden kendilerini savunmaları mümkün değildir ve 129. maddede belirtilen savunma hakkı güvencesini karşılamaktan çok uzaktır. Hakkında soruşturma açılan kişilere somut suçlamalar bildirilmeden sadece ilgili yapılarla ilişkiniz var mı şeklinde sorular sorulması savunma hakkı tanınması anlamına gelmez. Bu şekilde sorulan sorulara kişilerin çok büyük çoğunluğu ilişkisi olmadığını söylemekle yetinecektir. Böyle bir soruşturmanın usulü güvenceleri sağlamadığı ve gerçek bir savunma hakkı tanımadığı açıktır. Suç teşkil eden fiil tanımlanmadan ve ilgili fiilin niçin suç teşkil ettiği açıklanmadan, salt olarak ihbar ve fişlemelere dayalı istihbarî bilgiler çerçevesinde kişilere terör örgütü ile ilişkisi olduğu belirtilerek ilişkisinin olmadığını ispatlamasının istenmesi savunma hakkı olarak nitelenemez. Bu nedenle kural açıkça Anayasanın 129. maddesine aykırıdır.

Bu nedenle geçici 35. maddenin (G) fıkrası Anayasa'nın 17., 35., 36. ve 129. maddelerine aykırıdır iptali gerekir.

7145 Sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Anayasaya aykırılığı

7135 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin birinci fıkrasında 10/11/2016 tarihli ve 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 19. maddesinin ikinci fıkrası

uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atanmasına ilişkin hükmün maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl süreyle uygulanması öngörülmüştür.

Geçici 1. maddenin ikinci fıkrasında ise 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal döneminde yürürlüğe konulan ve Fon ile Fonun ilişkili olduğu Bakan ve Fonun kayyımlık yetkisi kapsamında atananlar veya görevlendirilenlerin görev, hak, yetki ve sorumluluklarını ve şirket ve mal varlığı değerlerine ilişkin, kefalet ve takip dâhil tüm muafiyetleri düzenleyen kanun hükümlerinin, Fonun kayyım atandığı dosyalar bakımından ceza soruşturması veya kovuşturması kesinleşinceye ya da satış veya tasfiye işlemleri tamamlanıncaya kadar uygulanması öngörülmüştür.

Geçici 1. maddenin üçüncü fıkrasında ise 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca kayyım atanmış şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten Fonun kayyım olarak atandığı tarihe kadar şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemlerinin muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılacağı ve ticaret sicilinden resen terkin edileceği kuralına yer verilmiştir.

a. Geçici 1. maddenin birinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı

6758 sayılı Kanun'un 19. maddesinde daha önce terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca kayyım atanmasına karar verilen şirketlerde görev yapan kayyımların yetkilerinin, hakim veya mahkeme tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredileceği ve devirle birlikte kayyımların görevlerinin sona ereceği düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında ise maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca şirketlere ve bu Kanunun 13. maddesi uyarınca varlıklara kayyım atanmasına karar verildiği takdirde, kayyım olarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun atanacağı kuralına yer verilmiştir. İptali istenen geçici maddenin birinci fıkrası ile bu hükmün maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl daha uygulanması öngörülmüştür.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 5271 sayılı Kanun'un 133. maddesinde suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkeme tarafından, şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atanabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu sadece maddede belirtilen suçlar bakımından söz konusu olacaktır. (4) numaralı fıkraya göre Türk Ceza Kanununda yer alan silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315) suçları da maddenin uygulanabileceği suçlar arasındadır. Dolayısıyla CMK'nın 133. maddesinde öngörülen kayyım atama tedbirini ancak şirketin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi halinde başvurulabilecek bir tedbirdir. Şirket bir tüzel kişilik olarak ortaklarından bağımsız bir kişidir ve ortakların fiillerinden dolayı şirketin sorumlu tutulması da mümkün değildir.

Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereği bir kişinin başka bir kişinin eylemleri dolayısıyla sorumlu tutulması mümkün değildir. Şirket ortakları aleyhine açılan soruşturmalar dolayısıyla şirketlere kayyım atanması suçların şahsiliği ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan yukarıda belirtildiği gibi CMK'nın 133. maddesi suça karıştığından şüphelenilen şirketlere uygulanabilecek bir koruma tedbiridir. Türk Ceza Kanununda ve diğer

ceza kanunlarında terör örgütüne aidiyet, iltisak veya irtibat diye bir suç bulunmamaktadır. Kanunlarımızda terör örgütüne üyelik, örgüte yardım ve yataklık, örgüt propagandası, örgüt adına suç işleme gibi fiiller suç olarak düzenlenmiştir ancak terör örgütüne aidiyet, iltisak veya irtibat diye bir suç türü yoktur. Dolayısıyla olmayan bir suç nedeniyle koruma tedbiri uygulanması da söz konusu olamaz. Bu nedenle suç olarak düzenlenmeyen bir fiil dolayısıyla koruma tedbirine başvurulmasını öngören düzenleme mülkiyet hakkına keyfi müdahale oluşturmaktadır. Esasen kuralın keyfi müsadere hükmü olduğu ifade edilmelidir. Zira TMSF bir şirkete kayyım olarak atandığında, geçici bir yönetici olarak değil, şirket üzerinde mutlak tasarruf yetkisine sahip bir organ gibi hareket etmektedir. Mesela ortakların muvafakati olmadan yeni şirket kurabilmektedir. Bu nedenle söz konusu kural hem mülkiyet hakkını güvence altına alan Anayasanın 35. maddesine hem de genel müsadere yasağını düzenleyen 38. maddesine açıkça aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen kuralda yer alan “aidiyeti, iltisakı veya irtibatı” ibaresinde yer alan aidiyet, iltisak ve irtibat kavramlarının içeriği belirsiz ve öngörülemezdir. Kayyım atanması bir koruma tedbiri olup şirketin ekonomik özgürlüklerine ve mülkiyet hakkına ciddi sınırlama getirmektedir. Ayrıca söz konusu kavramlar Türk Ceza Kanununda düzenlenen bir suçun içeriğini genişletmektedir. Dolayısıyla bir ceza normu niteliğindedir. Ceza normu olarak öngörülen bu fiiller oldukça muğlak olup bunların içeriğini öngörmek tamamen imkânsızdır. Hangi somut eylemlerin bu suçları oluşturduğu ve bu suçlar arasındaki farkın ne olduğunu ortaya koyan hiçbir düzenleme ya da açıklık bulunmamaktadır. Oysa bir hukuk devletinde hukuk kurallarının belli ve öngörülebilir olması asgari koşuldur. Hangi fiilleri dolayısıyla bireylerin yaptırma tabi tutulabileceklerini önceden öngörebilmeleri gerekir. Adı geçen kavramların içeriği ve ağırlığı belirli olmadığı gibi uygulanacak yaptırımın ağırlığı bakımından da bir belirleme bulunmayıp tamamı aynı yaptırma tabi tutulmuştur. Bu derece muğlak ve belirsiz bir düzenlemenin öngörülebilir olduğunu söylemeye olanak bulunmamaktadır.

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

Diğer taraftan hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olarak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların kanunla sınırlandırılması ilkesine yer verilmiştir. Kanunla sınırlama ilkesinin nedeni birey haklarına keyfi müdahaleyi engellemek olup, yasama organının açık tartışma ile kabul ettiği bir yasa çerçevesinde temel haklara müdahaleye izin verilmesi bireylerin temel haklarını korumayı amaçlamaktadır. Birey haklarına müdahaleye izin veren yasalar ancak içeriği belirli, anlamı öngörülebilir ise kendisinden beklenen faydayı sağlayacaktır. Temel haklara müdahaleye izin veren bir yasanın içeriği muğlak ve tanınan yetkinin kapsamı konusunda belirlilik içermiyorsa yasayla sınırlama ölçütü ihlal edilmiş demektir. Bu nedenle içeriği belirsiz kavramlarla mülkiyet hakkına müdahaleye olanak tanıyan iptali istenen kural Anayasa'nın 13. maddesine de aykırıdır.

Bu nedenle kanunda tanımlanmayan bir suç nedeniyle şirketlere kayyım atanmasını ve kayyım olarak TMSF'nin atanmasını öngören kuralın uygulanmasını üç yıl süreyle uzatan kural Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

b. Geçici 1. maddenin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı

Geçici 1. maddenin ikinci fıkrasında 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hal döneminde yürürlüğe konulan ve Fon ile Fonun ilişkili olduğu Bakan ve Fonun kayyımlık yetkisi kapsamında atananlar veya görevlendirilenlerin görev, hak, yetki ve sorumluluklarını ve şirket ve mal varlığı değerlerine ilişkin, kefalet ve takip dâhil tüm muafiyetleri düzenleyen kanun hükümlerinin, Fonun kayyım atandığı dosyalar bakımından ceza soruşturması veya kovuşturması kesinleşinceye ya da satış veya tasfiye işlemleri tamamlanincaya kadar uygulanması öngörülmüştür.

Olağanüstü hal süresince pek çok OHAL KHK'sı ile TMSF'nin kayyım olarak atandığı şirketlerde fon yetkililerin yaptığı işlemler dolayısıyla sorumlu olmadığına dair düzenlemeler öngörülmüştür. Getirilen bu kural ile söz konusu muafiyetlerin soruşturmalar sonuçlanincaya kadar ya da tasfiye işlemleri tamamlanincaya kadar devam edeceği öngörülmektedir.

Görüldüğü gibi iptali istenen kuralın amacı TMSF'nin kayyım olarak atandığı şirketlerde fon görevlilerini her türlü şahsi sorumluluktan kurtarmaktır. Atanan kayyım ve yöneticiler kanuni görevlerini yerine getirmemiş olsalar da ya da keyfi olarak kamuyu zarara uğratmış olsalar da hiçbir şekilde şahsi sorumlulukları doğmayacaktır. Bu hüküm öncelikle Fon yetkililerinin hukuka aykırı davranmasına izin vermekte ve hukuka aykırı davranışlara dokunulmazlık sağlamaktadır. Böyle bir keyfiliği ve sorumsuzluğu herhangi bir hukuk kavramıyla bağdaştırmak mümkün değildir. Bir hukuk devletinde ise böyle bir keyfiliğin yasal düzenleme haline getirmesi akla dahi getirilemez.

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti keyfi yönetimin karşısı olup, yönetimin hukuka bağlılığını zorunlu kılar. Hukuka bağlılığın güvencesi ise hukuka aykırı davranışları dolayısıyla kişilerin sorumlu tutulmasıdır. Kamusal yetki kullananlara sorumsuzluk tanımak onların hukuk dışı ve keyfi davranmalarına izin verilmesi anlamına gelir ki, bu hukuk devletinin ortadan kaldırılması demektir. Olağanüstü hal, Anayasanın ve hukukun rafa kaldırıldığı bir keyfilik düzeni değil, Anayasal demokratik düzene karşı ortaya çıkan tehdidi hızlı ve etkili bir şekilde ortadan kaldırmak için yürütme organına daha fazla yetki tanıyan bir Anayasal hukuki rejimdir. Anayasanın öngördüğü olağanüstü hal rejimi, hukuk devletinin kalıcı olarak askıya alınmasına asla izin vermemektedir. Yönetimde keyfiliğe izin verilmesinin doğal sonucu bireylerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahale edilmesine göz yumulması anlamına gelecektir. Bireylerin haklarına yapılan keyfi müdahaleler dolayısıyla hesap sorulmasının yasal düzenlemeyle engellenmesi, bütün temel haklar açısından öngörülmüş olan her türlü Anayasal güvenceyi ortadan kaldırmaktadır. Şirket ortakları ve diğer bireyler Fon yetkililerinin işlemleri dolayısıyla ihlal edilen hakları için dava da açamayacakları gibi getirilen düzenleme ile kasti olarak kamuyu zarara uğratan, kamu alacaklarının tahsilini imkansız hale getiren kayyım ve yöneticilerden bu kamu zararları da tahsil edilemeyecektir.

Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devleti rejimine aykırıdır, iptali gerekir.

c. Geçici 1. maddenin üçüncü fıkrasının Anayasaya aykırılığı

Geçici 1. maddenin üçüncü fıkrasında ise 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 133. maddesi uyarınca kayyım atanan şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten Fonun kayyım olarak atandığı tarihe kadar şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemlerinin muvazaalı kabul edilerek geçersiz sayılacağı ve ticaret sicilinden resen terkin edileceği kuralına yer verilmiştir.

Öncelikle kural hiçbir soruşturma açılmadan ve yargılama yapılmadan ve herhangi bir mahkeme kararına dayanmadan kayyım atanan şirketlerde ortaklık pay ve haklarına ilişkin olarak soruşturmanın başladığı tarihten Fonun kayyım olarak atandığı tarihe kadar şirket ortakları tarafından yapılmış olan devir ve temlik işlemlerinin hiçbir inceleme ve araştırma yapmaksızın muvazaalı olarak kabul etmekte ve bu işlemleri geçersiz sayarak ticaret sicilinden resen terkinini düzenlemektedir. Mülkiyet hakkına yönelik bu müdahalenin hiçbir hukuki ve rasyonel gerekçesi bulunmamaktadır. Üçüncü kişilerin malvarlığına yapılan bu ağır müdahaleyi haklılaştıracak hiçbir kamu yararı gerekçesi bulunmamaktadır. Başlangıç tarihi olarak alınan 1.1.2014 tarihinin de hiçbir rasyonel temeli bulunmamaktadır. Bir işlemin muvazaalı yapıp yapılmadığını belirlemek yargısal bir inceleme ve muhakeme gerektirir. Yargısal bir inceleme ve muhakeme ile verilmesi gereken bir kararın doğrudan yasal düzenleme ile yapılması öncelikle fonksiyon gaspı oluşturur ve yok hükmündedir. Bu nedenle kural öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesini düzenleyen Anayasanın başlangıcına ve yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılmasını düzenleyen 9. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, devir ve temlik işlemin geçersiz sayılmasının sonucu üçüncü kişilerin satın aldığı pay ve mallara el konulması anlamına gelmektedir. Aksinin ispatına bile olanak tanınmayan bir yasal karine ile üçüncü kişilerin malvarlığına el konulması Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de aykırılık oluşturur.

Hiçbir gerekçe göstermeden bir kişinin malvarlığına el konulması ve o malvarlığı üzerinde üçüncü kişilere tanınan hakların da ortadan kaldırılması Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ağır ihlalini oluşturduğu gibi Anayasa'nın 38. maddesinde yasaklanan genel müsadere niteliği taşımaktadır.

Sonuç olarak geçici 1. maddenin üçüncü fıkrası Anayasanın 9., 35. ve 38. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

7145 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde 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. Olağanüstü hal sona erdirilmesine rağmen temel hak ve özgürlüklerde olağanüstü hallerde dahi yapılması mümkün olmayan ağır sınırlamalar getirilmiş ve bu sınırlamaların üç yıl boyunca uygulanması düzenlenmiştir.

Anayasal olarak olağanüstü hal kaldırılmış olmasına rağmen iptali istenen kurullarla Anayasaya aykırı bir şekilde olağanüstü hal fiilen devam ettirilmektedir. Getirilen düzenlemelerin tamamı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler olup, Anayasaya açıkça aykırı olmalarına rağmen bu sınırlamalar fiilen uygulanmaya devam etmektedir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi temel hak ve özgürlükleri aşırı derecede sınırlandıran kurallar Anayasanın pek çok hükmüne aykırı olup, birey haklarını ihlal etmektedir. Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devletinin temel gereğidir. Anayasaya 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 imkansız 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

25/07/2018 tarihli ve 7145 sayılı “Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

1.) 1. maddesiyle 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 11. maddesinin (C) fıkrasına eklenen ikinci paragrafın, Anayasanın 2., 13., 19., 23., 34. ve 119. maddelerine,

2.) 2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’na eklenen 56/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde askeri birlik komutanının veya askeri kurum amirinin ya da hukuk hizmetleri başkanı veya birim amirinin yazılı emri” ibaresinin, Anayasanın 20. maddesine,

3.) 2. maddesiyle 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu’na eklenen 56/B maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “gerektiğinde el ile” ibaresi ile üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, Anayasa’nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

4.) 5. maddesiyle 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu’na eklenen ek 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri” ibaresinin, Anayasanın 20. maddesine,

5.) 6. maddesiyle 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu’na eklenen 15/A. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birlik komutanının veya kurum amirinin yazılı emri” ibaresinin, Anayasanın 20. maddesine,

6.) 8. maddesiyle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 6. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen “vatandaşların günlük yaşamını aşırı ve katlanılamaz derecede zorlaştırmayacak” ibaresinin, Anayasanın 13. ve 34. maddelerine,

7.) 9. maddesiyle değiştirilen 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 13. ve 34. maddelerine,

8.) 10. maddesiyle 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 30. maddesine eklenen dördüncü ve beşinci fıkralarının, Anayasanın 2., 10., 17., 36., 70., 74. ve 125. maddelerine,

9.) 11. maddesi ile değiştirilen 2941 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 109, 124, 148, 149, 170 ila 172, 179, 185 ila 188, 190, 202, 213 ila 217, 220, 223, 240, 299 ila 339 uncu maddelerinde belirtilen suçları işleyenler" ibaresi ile aynı maddeye eklenen ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasanın 142. maddesine,

10.) 12. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Eklenen Ek 4. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ile Milli Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ve iltisakı yahut bunlarla irtibatı nedeniyle kamu görevinden çıkarılanların" ibaresi ile aynı fıkrada yer alan "bu silahların mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir ve 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun ek 8 inci maddesine göre ilgili idarelerce işlem tesis edilir" ibaresinin, Anayasanın 2., 6., 13., 35., 38. ve 118. maddelerine,

11.) 13. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na Eklenen Geçici 19. maddesinin, Anayasa'nın 2., 13., 17., 19. ve 36. maddelerine,

12.) 16. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı" ibaresi, birinci fıkraya eklenen cümleler ile ikinci fıkraya eklenen "ya da işlemin uzun sürecek olması" ibaresinin, Anayasa'nın 20. maddesine,

13.) 21. maddesiyle 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümlenin, Anayasanın 2., 6., 35., 38. ve 118. maddelerine,

14.) 22. maddesiyle değiştirilen 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi, dördüncü cümlesinde yer alan "Ankara, İstanbul, İzmir illeri dışında ve 2006 yılından sonra kurulan yükseköğretim kurumlarına öncelik verilmek kaydıyla, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından kamu görevinden çıkarıldığı yükseköğretim kurumu haricinde tespit edilecek yükseköğretim kurumlarından birine" ibaresi, dokuzuncu cümlesi ile onüçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2.,17., 20., 35., 36., 40., 70. ve 125. Maddelerine,

15.) 23. maddesiyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a eklenen 10/A maddesinin, Anayasanın 2., 10., 40., 128. ve 138. maddelerine,

16.) 24. maddesiyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'a eklenen Geçici 3. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasanın 35. maddesine,

Esas Sayısı : 2018/137

Karar Sayısı : 2022/86

17.) 26. maddesi ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye Eklenen Geçici 35. maddenin,

a) (A) ve (B) fıkralarının, Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129 maddelerine,

b) (C) fıkrasının, Anayasa'nın 23. ve 38. maddelerine,

c) (Ç) fıkrasının, Anayasa'nın 20., 22. ve 38. maddelerine,

d) (D) fıkrasının, Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129. maddelerine,

e) (E) fıkrasının, Anayasanın 2., 6., 13., 15., 17., 20., 23., 35., 36., 38., 48., 49., 70., 118., 125., 128. ve 129. maddelerine,

f) (F) fıkrasının, Anayasa'nın 2. maddesine,

g) (G) fıkrasının, Anayasa'nın 17., 35., 36. ve 129. maddelerine,

18.) Geçici 1. maddesinin,

a) birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 38. maddelerine,

b) ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. maddesine,

c) üçüncü fıkrasının, Anayasanın 9., 35. 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.”