

"...

“1) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 4. maddesi, 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesi, 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırılığı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” kenar başlıklı 220. maddesinin “Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.” şeklindeki altıncı fıkrası, Anayasa’nın 38. maddesine aykırı olduğundan bahisle; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (26.10.2023 tarihli ve 2023/132 E.; 2023/183 K. sayılı Kararı).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7499 sayılı Kanunla birtakım düzenlemeler yapılmıştır:

-7499 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “Terör örgütleri” kenar başlıklı 7. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “220 nci maddesinin altıncı” ibaresi “314 üncü maddesinin üçüncü” şeklinde değiştirilmiştir.

*Anılan 7. maddenin beşinci fıkrasının değişiklikten önceki hali aşağıdaki şekildedir:

“Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına;

a) İkinci fıkarda tanımlanan suç,

b) 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç,

c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesi-nin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçu,

işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suç-tan dolayı ayrıca ceza verilmez.”

*Anılan 7. maddenin beşinci fıkrasının değişiklikten sonraki hali aşağıdaki şekildedir:

“Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına;

a) İkinci fıkarda tanımlanan suç,

b) 6 ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç,

c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesi-nin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçu,

işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 314 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez.”

-7499 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’un “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” kenar başlıklı 220. maddesinin altıncı fıkrası değiştirilmiştir.

*Anılan 220. maddenin altıncı fıkrasının değişiklikten önceki hali aşağıdaki şekildedir:

“Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.”

*Anılan 220. maddenin altıncı fıkrasının değişiklikten sonraki hali aşağıdaki şekildedir:

“Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.”

-7499 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’un “Silâhlı örgüt” kenar başlıklı 314. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

7499 sayılı Kanun’un 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’un 220. maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının iptali talep edilen birinci cümlesi ile 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun’a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın iptali talep edilen birinci cümlesi, aynı suç tipini farklı biçimde düzenlediğinden ve iptali talep edilen 4. madde, bunlara yapılan atfın değişikliğine ilişkin olduğundan; bir uyum düzenlemesi niteliği taşıyan iptali talep edilen madde ve cümleler hakkındaki Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, usul ekonomisi gereğince; aynı başlık altında temellendirilecektir.

Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki 7499 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun “Terör örgütleri” kenar başlıklı 7. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “220 nci maddesinin altıncı” ibaresi, “314 üncü maddesinin üçüncü” şeklinde değiştirilmiştir. Anılan 7. maddenin beşinci fıkrasının değişiklikten önceki haline göre terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına; anılan maddenin ikinci fıkrasında yer alan terör örgütü propagandası yapma suçunu, söz konusu Kanun’un 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını yayınlamak suçunu ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu’nun 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu işleyenler hakkında ayrıca “TCK Md. 220/6’da düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme” suçundan ceza verilmemekteydi. Dolayısıyla istisna olarak sayılan söz konusu suçlar haricinde işlenen herhangi bir suçun örgüt adına işlendiği değerlendirildiğinde; kişilerin “TCK Md. 220/6’da düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme” suçundan cezalandırılması mümkün idi.

Anılan 7. maddenin beşinci fıkrasının değişiklikten sonraki haline göre terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına; anılan maddenin ikinci fıkrasında yer alan terör örgütü propagandası yapma suçunu, söz konusu Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını yayınlamak suçunu ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu işleyenler hakkında ayrıca "TCK Md. 314/3'te düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme" suçundan ceza verilemeyecektir. Dolayısıyla istisna olarak sayılan söz konusu suçlar haricinde işlenen herhangi bir suçun örgüt adına işlendiği değerlendirildiğinde; kişilerin "TCK Md. 314/3'te düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme" suçundan cezalandırılması mümkün olacaktır.

i) Hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bakımından:

7499 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesine göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. 7499 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesine göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. (İptali talep edilen madde de bunlara yapılan atfı düzenlemektedir.) İptali talep edilen her iki cümleye konu suç tipi: "örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek"tir. Söz konusu suç tipini, hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bağlamında ele almak gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararında belirttiği üzere "19. Örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunun hukuki konusu madde gerekçesinde kamu barışı ve güvenliği olarak ifade edilmiştir. Söz konusu suçun faili bakımından anılan Kanun'da herhangi bir ayırt edici unsura yer verilmediği gözetildiğinde adına suç işlenen örgüte üye olmayan herkes bu suçun faili olabilir. Örgüt adına suç işleme suçunu fail, herhangi bir menfaat karşılığında işleyebileceği gibi bir menfaat karşılığı olmadan da işleyebilir. Bu suçun oluşabilmesi için failin örgütün varlığını, örgütün silahlı olduğunu ve suçun örgüt adına işlendiğini bilmesi gerekir (Hamit Yakut [GK], B. No: 2014/6548, 10/6/2021, § 84)."

Ancak suçun maddi unsurlarından olan fiil ögesi; açık, net, anlaşılabilir, nesnel ve somut bir biçimde kanun düzeyinde tanımlanmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. AİHM de, hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca; hukuk normlarının erişilebilir, öngörülebilir ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmaları gerektiğini ifade etmektedir (AİHM, Ürper ve Diğerleri/Türkiye, 20 Ocak 2010, başvuru no: 14526/07, §28). Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz"; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek "suç ve cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak

eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir (Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2015 tarihli ve 2014/100 E.; 2015/6 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 7. maddesi de, suçta ve cezada kanunilik ilkesini güvencelemektedir (AİHM, Kokkinakis/Yunanistan, 25 Mayıs 1993, başvuru no : 14307/88 § 52). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 7. maddesi uyarınca, kovuşturma ve mahkumiyete yol açan eylemin icra edildiği tarihte, ilgili eylemi cezalandırılabilir kılan kanuni bir düzenlemenin bulunmasının ve verilen cezanın da ilgili düzenleme tarafından belirlenmiş sınırları aşmamasının gerektiğini belirtmektedir (AİHM, Del Río Prada/İspanya, 21 Ekim 2013, başvuru no: 42750/09, § 80). Suçların kanuniliği ilkesi, suçun kanun tarafından açıklıkla tanımlanmasını gerektirir (AİHM, Cantoni/Fransa, 15 Kasım 1996, başvuru no: 17862/91, § 29). Sözleşme'nin 7. maddesindeki “hukuk” sözcüğü, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik niteliklerini içerir. Bu itibarla; kişi, gerektiğinde mahkemelerce yapılan yorumların da yardımıyla, ilgili düzenlemenin lafzından, hangi eylem ve ihmallerin cezai sorumluluğunu doğuracağını ve söz konusu eylem ya da ihmal sebebiyle hangi cezaya hükmedileceğini bilebilmelidir (AİHM, Kafkaris/Kıbrıs, 12 Şubat 2008, başvuru no: 21906/04, § 140).

O halde hukuk devleti ilkesinin somut bir görünümü olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında; “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek” fiilinin kanun düzeyinde açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararının hilafına iptali talep edilen cümlelerde fiili aynen muhafaza etmiş; sadece cezayı (alt ve üst had belirleyerek) somutlaştırma yoluna gitmiştir. Kanun koyucu, bu somutlaştırmanın müstakil bir suç oluşturacağını ileri sürmektedir. Ancak fiilin kanun düzeyinde tanımlanmaması, onu müstakil bir suç yapmak bir kenara; bir suç dahi yapmamaktadır. Sırf cezanın yeniden düzenlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararının gereklerini karşılamamıştır, kamu otoritelerinin keyfi davranışlarını önleyecek bir mekanizma düzenlenmemiştir.

Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararıyla iptal edilen fıkradaki fiil gibi; iptali talep edilen cümlelere göre de; “Anılan suçun oluşması için bir suç örgütünün hiyerarşik yapısına dâhil olmamakla birlikte failin gerçekleştirdiği iddia ve kabul edilen fiilin suç oluşturması ve bu suçun örgüt adına işlenmiş olması gerekmektedir.” İptali talep edilen cümlelerle, örgüt adına suç işleyen kişinin ayrıca “2 yıl 6 ay ila 6 yıl” ve “5 yıl ila 10 yıl” arasında hapis cezalarıyla da cezalandırılacağı öngörülmektedir. Bu bağlamda bir suçun örgüt adına işlendiğinin kabulü hâlinde gerçek içtima hükümleri uygulanmak suretiyle fail işlediği suç ile birlikte “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek” suçundan da cezalandırılacaktır.

Diğer bir söyleyişle Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, mutatis mutandis eldeki dava konularına uyarlandığında şu sonuç ortaya çıkacaktır:

“-3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (iptali talep edilen maddenin değişiklik yaptığı) beşinci fıkrası da belirsizliği giderme bakımından yeterli değildir. Anılan fıkra ile belirli suçlar, 7499 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesi bakımından ihtilaflı kuralın kapsamından çıkarılmış olmakla birlikte; bu fıkranın özellikle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanımına dair yeterli koruma sağlamadığı ve fıkra kapsamında olmayan,

toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanımıyla bağlantılı işlenebilecek suçlar yönünden 7499 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesi bakımından ihtilaflı kuralın uygulanma imkânı, devam edecektir.

-Nitekim TCK Md. 220/6 bakımından Anayasa Mahkemesi de Hamit Yakut kararında, kişilerin anayasal hak ve özgürlüklerini kullanmaları esnasında işledikleri suçlardan dolayı yargı makamlarınca kuralın mevcut uygulanma şekline göre mahkûm edilmelerinin özellikle ifade ve toplanma özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki yarattığını belirtmiştir. Anılan kararda (TCK Md. 220/6 bakımından) kuralın uygulanmasının yalnızca daha önce cezalandırılmış kişileri Anayasa'nın 2. ve 34. maddeleriyle güvence altına alınan haklarını bir daha kullanmaktan caydırmakla kalmayacağı, aynı zamanda toplumun diğer mensuplarını da düşüncelerini serbestçe açıklamaktan ve toplantı ve gösterilere katılmaktan caydıracağı vurgulanmıştır. Cezalandırılma korkusunun doğurduğu caydırıcı etkinin toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açacağı, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olacağı ifade edilmiş, kuralın somut olay bağlamında içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Hamit Yakut, § 115-116).

-Bir kişinin örgüt adına suç işlediğinin kabul edilmesi durumunda; kişi, ayrıca "2 yıl 6 ay ile 6 yıl" ve "5 yıl ile 10 yıl" arasında hapis cezalarıyla cezalandırılacaktır. İlke olarak kişinin silahlı örgüte üyelikten cezalandırılabilmesi için (Zira TCK Md. 220/6 sadece silahlı örgütler hakkında uygulanacaktır ve TCK Md. 314, zaten silahlı örgüt suçunu düzenlemektedir.) eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu veya bu özellikler olmasa dahi suçun niteliği ile örgütün amacına ulaşma bakımından ancak örgüt üyeleri tarafından işlenip işlenemeyeceği gözetilmeli; örgütle organik bir bağının bulunduğu ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiği yeterli bir gerekçeyle gösterilmelidir (örgüt üyeliği yönünden bazı farklarla birlikte bkz. Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019, § 67).

-Buna karşın iptali talep edilen kurallar uygulandığında silahlı örgüte üye olma suçu bakımından aranan belirli şartlar, örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen bir kimse yönünden aranmayacak ve her iki kategorideki kimseler arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen bir kimse ayrıca "2 yıl 6 ay ile 6 yıl" ve "5 yıl ile 10 yıl" arasında hapis cezalarıyla cezalandırılacaktır. Bu itibarla bir kimse silahlı örgütle zayıf da olsa bir şekilde bağlantısı bulunduğu iddia edilen bir suç işlediği gerekçesiyle, örgütle bağlantısı açıkça ortaya konulmaksızın, işlediği suçun yanı sıra gerçek içtima hükümleri uyarınca ayrıca "TCK Md. 220/6 ile Md. 314/3'te düzenlenen örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme" suçlarından da cezalandırılacaktır. Bu durum, örgüt adına suç işleyen kimsenin "2 yıl 6 ay ile 6 yıl" ve "5 yıl ile 10 yıl" hapis cezalarının orantısızlığı nedeniyle; neredeyse örgüt üyelerine göre daha ağır cezalarla karşılaşmasına neden olacaktır.

-Ayrıca kuralların bir temel hakla bağlantısı olmayan suçlar bakımından da uygulanması mümkün olmakla birlikte işlenen suçun temel hakların kullanımıyla ilgili olması durumunda kurallarda yer alan örgüt adına kavramının belirsizliğinden kaynaklı geniş yorumu nedeniyle kurallarla ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ya da örgütlenme veya din ve vicdan özgürlüğü gibi temel haklar üzerinde güçlü bir caydırıcı etki yaratılacaktır."

Bu fiilin içeriğinin içtihatlarla doldurulabileceği ileri sürülebilir. Elbette kanun koyucu, fiili kanun düzeyinde tanımlarken o suça vucud verebilecek tüm hareket ve davranışları tek tek

kanun düzeyinde tespit edemez. Hangi hareketin ve davranışın o suça vucud verdiğini yargı makamı tespit eder. Ancak yargı makamının bu tespit işlemini hukuka uygun yapabilmesi, kanuni genel çerçevenin çizilmesiyle mümkündür. Ne var ki nihayetinde kişiyi çok uzun bir süre kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından mahrum bırakacak iptali talep edilen cümleler; oldukça muğlak, müphem kavramlarla ifade edilmiştir; yargı makamlarına sübjektif ölçütlerle değerlendirme yapma imkanı tanınmıştır. Yine ceza hukukuna hakim kıyas yasağının çiğnenmesine elverişli ortam hazırlanmıştır. Adeta suç yaratma yetkisi, yasama organının uhdesinden alınıp yargı organının uhdesine bırakılmıştır.

Yine cezanın “2 yıl 6 ay ila 6 yıl” ve “5 yıl ila 10 yıl” olarak açıkça tayin edilmesi ve işlenen suçun niteliğine göre verilecek cezanın yarısına kadar indirilebileceğinin kurala bağlanması; örgüt üyeliğine dair herhangi bir somut delilin varlığı ile işlenen suçun mahiyeti ve ağırlığı itibarıyla örgütün amacına ne surette katkıda bulunduğunu tespit açısından yeterli kanuni ölçüt vasfını haiz değildir. Başka bir anlatımla ihtilaflı kurallar kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önleyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte değildir ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımamaktadır. Nitekim bu belirsizliğin yargı makamlarına tanıdığı keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi, pek çok uluslararası belgeye konu olmuştur.

Venedik Komisyonu’nun 11-12 Mart 2016 tarihli görüşünün 128. paragrafında; (CDL-AD(2016)002-e Opinion on articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session) ; TCK Md. 220 ile 314’ün yargı makamlarınca birlikte uygulandığı; “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişinin, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılacağına” yönelik hükümlerin yürürlükten kaldırılması gerektiği; zira bunların temel hak ve özgürlüklerin kullanımı bakımından baskı yaratacağı; bir an için yürürlükten kaldırılmaması durumunda bunların uygulama alanının ifade ve toplantı özgürlüğünü kapsamayan davalar ile sınırlandırılması lüzumu vurgulanmıştır.

Bununla birlikte Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin, 10-14 Ekim 2011 Türkiye Ziyareti Raporu’nda; (10.01.2012, CommDH (2012) 2) TCK Md. 220 ve TMK Md. 6, 7 hakkındaki kaygılar dile getirilmiştir:

“... ”

63. Komiser, 2009 tarihli Türkiye Raporu’nda, özellikle suç örgütlerini konu alan 220. madde olmak üzere, TCK’nın bazı hükümlerinin ve Türk Terörle Mücadele Kanunu’nun (3713 sayılı kanun) yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin bazı kaygılarını ifade etmiştir.⁴⁷ Komiser, yukarıda sıralanan hükümlerdeki suçların tanımını ve kurucu unsurları konusunda, mahkemelerin geniş yorumundan özel olarak endişe duyduğunu belirtmiştir.

...

67. Komiser, TCK’nın 220. maddesinin yanı sıra Terörle Mücadele Kanunu’nun 6. ve 7. maddelerinin ciddi kaygılar uyandırmayı sürdürdüğünü gözlemlemektedir. ...

...

70. Komiser, özellikle bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında, Türk terörle mücadele mevzuatında ve TCK’nın 220. maddesinde yer alan

hükümlerin çok geniş bir takdir payına olanak sağladığı kanaatindedir. Komiser, Türk makamlarını bu kaygılar üzerinde düşünmeye ve bunları yasal tedbirler ve/veya içtihat yoluyla ele almaya teşvik etmektedir.

...”

İhtilaflı cümleler (ve atıf hükmü olması hasebiyle ihtilaflı madde); yarattığı belirsizlik ve öngörülemezlikle, bu iki kavramı asgari öğeleri olarak içeren hukuk devleti ile suç ve cezaların kanuniliği ilkeleriyle keskin bir tezat içerisinde bulunmaktadır. İptali talep edilen cümleler (ve atıf hükmü olması hasebiyle iptali talep edilen madde), suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin aksine; suça konu fiili tespit etme yetkisini yargı makamının keyfi takdirine bıraktığından; Anayasa’nın 2 ve 38. maddelerine aykırıdır.

ii)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen cümlelerle (ve atıf hükmü olması hasebiyle iptali talep edilen maddeyle) yargı makamlarına “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek” fiilini tespit etme yetkisinin keyfi biçimde verilmesi; aynı eylemde bulunan kişiler arasında yargı makamları tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan cümleler (ve atıf hükmü olması hasebiyle anılan madde), Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır.

Anayasa Mahkemesi’nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi’nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM’ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi’nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi’nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ne var ki, iptali talep edilen cümlelerin (ve atıf hükmü olması hasebiyle iptali talep edilen maddenin) yargı makamlarına verdiği keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi, yargı makamları tarafından söz gelimi aynı eylemde bulunan iki kişiden birinin eyleminin “örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek” kapsamında değerlendirilip cezalandırılmasına ve fakat diğerinin eyleminin bu kapsamda değerlendirilmeyip cezalandırılmamasına ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Başka bir anlatımla, suçun maddi unsurlarından olan fiil ögesinin genel çerçevesinin belirlenmesinin yargı makamlarına bırakılması, aynı davranışta bulunan kişi kategorileri arasında haklı nedene dayanmayan ve keyfi muamele farklılıklarına yol açacaktır. İptali istenen kuralların aynı durumdaki kişiler arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı kuralların haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan cümleler (ve atıf hükmü olması hasebiyle anılan madde), Anayasa’nın 10. maddesine aykırıdır.

iii)Ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi bakımından:

7499 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesi-nin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesine göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. 7499 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkra-sından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesine göre örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. İptali talep edilen cümlelerde "2 yıl 6 ay ila 6 yıl" ve "5 yıl ila 10 yıl" arasında hapis cezaları öngörülmüştür. Ancak "örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek" suçunun belirsizliği; söz konusu hapis cezaları ile bu suç ara-sında hassas denge gözetilip gözetilmediği hususunu da şüpheye düşürmektedir.

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan "suç ve ceza arasında orantılılık" ilkesi; cezada adalet, kefaret anlayışının ve zarar ilkesinin bir sonucudur. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu ilke, Anayasa'nın 2. maddesinde hüküm altı-na alınan hukuk devleti ile 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkelerinin somut bir görünümüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de;

"Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru olan önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru olan önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise başvuru olan önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur. Ceza, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlali durumunda Devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır. Fakat Devlet, bu hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu cezalandırma yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Faile, işlediği suçun ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbiri uygulanması, orantılılık ilkesi ile örtüşmektedir. Bu ilke, cezaya ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinde önemli bir sınırlayıcı unsurdur. Bu noktada orantılılık ilkesi hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağlar. (Anayasa Mahkemesi'nin 05.05.2016 tarihli ve 2016/16 E.: 2016/ 37 K. sayılı Kararı)".

Ancak burada cezai yaptırımın orantılı olup olmadığı saptanamamaktadır. Zira suç, muğlak bir şekilde tanımlanmıştır ve bu suça bağlanan neticenin tespiti, yargı makamlarının keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisine bırakılmıştır. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararının aksine sadece cezayı değiştirmiştir: anı-lan suçu işleyen kişinin "örgüte üye olmak suçundan" cezalandırılması yerine; "2 yıl 6 ay ila 6 yıl" ve "5 yıl ila 10 yıl" hapis cezası ile cezalandırılmasını öngörmüştür. Bu ce-zalarda yer alan alt ve üst hadlerin hangi nesnel ve somut kriterler esas alınarak çizildi-ği belirsizdir. Zira anılan 220 ve 314. maddelerin diğer fıkralarıyla kıyas yapıldı-ğında; bir orantısızlık göze çarpmaktadır:

"Suç işlemek amacıyla örgüt kurma

Madde 220- (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç

suçları işlemeye elverişli olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.

(2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarı-sına kadar artırılır.

(4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.

(5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.

(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın nite-liğine göre üçte birine kadar indirilebilir.

(8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

“Silâhlı örgüt

Madde 314- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İşlenen suçun niteliğine göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.

(4) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.”

Hülasa ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi gereğince fiilin ağırlığı ile ceza yaptırımı arasındaki hassas denge gözetilmelidir. Öngörülen hapis cezalarının orantılı olup olmadığını tespit etmek bakımından; ortada bu tespiti yapmaya elverişli ve belirli bir suç tanımı bulunmamaktadır. Suça konu fiilin unsurları net bir biçimde kanunlaştırılmadığından; o fiili işleyen kimsenin ıslahı ve caydırıcılığın sağlanması için öngörülen cezanın orantılı olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Diğer fıkralarla kıyas edildiğinde

de bu orantısızlık, ortaya çıkmaktadır. Bu durum, faile işlediği fiilin gerektir-diği cezadan daha fazla bir cezanın uygulanmasına neden olacaktır. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümleler (ve atıf hükmü olması hasebiyle iptali talep edilen madde), Anaya-sa'nın 2 ve 13. maddelerine aykırıdır.

iv)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı).

İptali talep edilen maddenin ve cümlelerin kanunlaştırılmasının hukuki saiklerinden birinin Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2023 tarihli ve 2023/132 E.; 2023/183 K. sayılı Kararı olduğu yukarıda açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konularıyla aynı içeriğe sahip bir hüküm ihtiva eden ve söz konusu iptal kararına konu fıkra ya yönelik "Anayasa'ya Aykırılık Sorunu" temellendirmesinde:

"22. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" denilerek suçun kanuniliği; üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek cezanın kanuniliği ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak açıklıkta, anlaşılır ve sınırları belirli olarak kanunda gösterilmesi gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır (AYM, E.2020/16, K.2020/33, 25/6/2020, § 15).

23. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin somutlaştırıldığı uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Kanunsuz ceza olmaz" başlıklı 7. maddesinin birinci paragrafında "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci paragrafında ise "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." denilmek suretiyle bu ilkeye yer verilmiştir.

24. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi olarak değerlendirilebilir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezalandırmanın temel haklara etkisinden kaynaklanan önemi nedeniyle zaman içinde bir ceza hukuku kavramı olarak alt ilkeler de içerecek şekilde gelişmiştir (AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, § 15).

25. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun açıkça suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması

yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir (AYM, E.2013/28, K.2013/106, 3/10/2013).

26. Ceza yaptırımına ilişkin düzenlemelerin öngörülebilirliği ve erişilebilirliği hususundaki öncelikli ölçüt, mahkemelerin yorumunu ve hangi eylemlerin ne tür bir cezayla karşılık bulduğunu, gerektiğinde hukuki bir yardımla kişilerin bilebilmelerini sağlamasıdır. Bu bağlamda tüm ayrıntıların düzenleme içinde yer alması şart olmayıp bazı muhtemel belirsizliklerin yargısal yorumla zamanla açıklanıp aydınlatılması imkân dâhilindedir. Bu konuda önemli olan yorumla ulaşılan sonucun, eylemin özü açısından tutarlı ve makul şekilde kabul edilebilir olmasıdır (Efendi Yıldız, B. No: 2013/1202, 25/3/2015, § 34). Bununla birlikte bir kanuni düzenleme temel haklara ne oranda sınırlama getiriyorsa anılan düzenlemede aranacak belirlilik oranının da aynı doğrultuda yükseleceği kabul edilmelidir (Hamit Yakut, § 112).

27. İtiraz konusu kuralın şekli anlamda kanun hükmü olduğu ve erişilebilir nitelikte olduğu açıktır. Bununla birlikte kuralın belirli olduğunun söylenebilmesi için uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların da öngörülebilir olması gerekir. Bu itibarla kuralın kamu otoritelerinin Anayasa ile korunan temel haklara yönelik keyfî müdahalelerine karşı koruyucu önlem içerip içermediğinin belirlenmesi gerekir.

28. Kuralda yer alan örgüt adına işlenen suç kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği ve işlenen suçlar arasında bir ayırım yapılmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, niteliğine ya da ağırlığına bakılmaksızın, herhangi bir suçun örgüt üyesi olmayan bir kişi tarafından bir örgüt adına işlendiği değerlendirildiğinde, kişiler ayrıca örgüte üye olma suçundan da cezalandırılmaktadır. Bu durum son derece ağır bir itham ve ceza öngören bir suçun kapsamını ölçütleri belirsiz olacak biçimde genişletmektedir. Yargı makamlarının da örgüt adına işlenen suç kavramını her somut olayın özelliklerine göre farklı yorumladıkları ve belirliliğin yargısal yorumla da sağlanamadığı anlaşılmaktadır.

29. Öte yandan 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin beşinci fıkrası da belirsizliği giderme bakımından yeterli değildir. Anılan fıkra ile belirli suçlar itiraz konusu kuralın kapsamından çıkarılmış olmakla birlikte bu fıkranın özellikle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanımına dair yeterli koruma sağlamadığı ve fıkra kapsamında olmayan, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanımıyla bağlantılı işlenebilecek suçlar bakımından kuralın uygulanma imkânının devam ettiği anlaşılmaktadır.

30. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Hamit Yakut kararında, kişilerin anayasal hak ve özgürlüklerini kullanmaları esnasında işledikleri suçlardan dolayı yargı makamlarınca kuralın mevcut uygulanma şekline göre mahkûm edilmelerinin özellikle ifade ve toplanma özgürlükleri üzerinde caydırıcı etki yarattığını belirtmiştir. Anılan kararda kuralın uygulanmasının yalnızca daha önce cezalandırılmış kişileri Anayasa'nın 26. ve 34. maddeleriyle güvence altına alınan haklarını bir daha kullanmaktan caydırmakla kalmayacağı, aynı zamanda toplumun diğer mensuplarını da düşüncelerini serbestçe açıklamaktan ve toplantı ve gösterilere katılmaktan caydıracağı vurgulanmıştır. Cezalandırılma korkusunun doğurduğu caydırıcı etkinin toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açacağı, çoğulcu toplumun

sürdürülebilmesine engel olacağı ifade edilmiş, kuralın somut olay bağlamında içerik, amaç ve kapsam itibarıyla belirli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Hamit Yakut, § 115-116).

31. Belirlilik incelemesi bakımından gözetilmesi gereken bir diğer husus bir kişinin örgüt adına suç işlediğinin kabul edilmesi durumunda örgüte üye olma suçundan cezalandırılmasıdır. İlke olarak kişinin silahlı örgüte üyelikten cezalandırılabilmesi için eylemlerinin sürekliliği, çeşitliliği ve yoğunluğu veya bu özellikler olmasa dahi suçun niteliği ile örgütün amacına ulaşma bakımından ancak örgüt üyeleri tarafından işlenip işlenemeyeceği gözetilmeli; örgütle organik bir bağının bulunduğu ve örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiği yeterli bir gerekçeyle gösterilmelidir (örgüt üyeliği yönünden bazı farklarla birlikte bkz. Metin Birdal [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019, § 67).

32. Buna karşın itiraz konusu kural uygulandığında silahlı örgüte üye olma suçunu bakımından aranan belirli şartlar, örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen bir kimse yönünden aranmamakta ve her iki kategorideki kimseler arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın örgüte üye olmayan ancak örgüt adına suç işleyen bir kimse örgüt üyesi olarak cezalandırılmaktadır. Bu itibarla bir kimse silahlı örgütle zayıf da olsa bir şekilde bağlantısı bulunduğu iddia edilen bir suç işlediği gerekçesiyle, örgütle bağlantısı açıkça ortaya konulmaksızın, işlediği suçun yanı sıra gerçek içtima hükümleri uyarınca ayrıca örgüt üyeliğinden de cezalandırılmaktadır. Bu durum, örgüt adına suç işleyen kimsenin örgüt üyelerine göre daha ağır cezalarla karşılaşmasına neden olmaktadır.

33. Ayrıca kuralın bir temel hakla bağlantısı olmayan suçlar bakımından da uygulanması mümkün olmakla birlikte işlenen suçun temel hakların kullanımıyla ilgili olması durumunda kuralda yer alan örgüt adına kavramının belirsizliğinden kaynaklı geniş yorumu nedeniyle kuralla ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ya da örgütlenme veya din ve vicdan özgürlüğü gibi temel haklar üzerinde güçlü bir caydırıcı etki yaratılmaktadır.

34. Kanun koyucunun anayasal ilkelere bağlı kalmak şartıyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği konusunda takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Takdir yetkisi kapsamında belirli ağırlığa sahip suçların örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına işlenmesi hâlinde suçun temel şekilden farklı bir ceza yaptırımının öngörülmesi veya suçun niteliğinin değişmesi de mümkündür. Ancak itiraz konusu kuralın, örgüt üyeliğine dair herhangi bir somut delil bulunmadan ve işlenen suçun niteliği ve ağırlığı itibarıyla örgütün amacına ne surette katkıda bulunduğu da dikkate alınmadan kişilerin örgüte üye olmak gibi son derece ağır bir suçtan cezalandırılmalarına neden olacak şekilde geniş yorumlanmaya müsait olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralın kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önleyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımadığı sonucuna ulaşılmıştır.

35. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde açıklamaları kaleme almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 38. maddesine-benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen maddeyi ve cümleleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını

öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de hâlel getirmektedir.

v)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen madde ve cümleler, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; iptali talep edilen madde, iptali talep edilen cümlelerin yer aldığı fıkralara yönelik atıf hükmüdür. Nitekim bunun bir uyum düzenlemesi olduğu gerekçesinde de vurgulanmıştır: “Teklifle Türk Ceza Kanununun 220 nci ve 314 üncü maddelerinde yapılan değişiklik dikkate alınarak fıkradaki Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinin altıncı fıkrasına yapılan atıf bakımından uyum düzenlemesi yapılmaktadır. Söz konusu altıncı fıkra da yer alan suç, Teklifle 314 üncü maddenin üçüncü fıkrasında düzenlendiğinden bu değişikliğe uyum sağlanmaktadır.” Bu nedenle iptali talep edilen cümlelerin iptal edilmesiyle birlikte; iptali talep edilen maddenin uygulanma imkânı kalmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 4. maddesi, 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesi, 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 38, 90 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan maddenin ve cümlelerin iptali gerekir.

2) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen “Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.” şeklindeki cümle ile 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (b) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

7499 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Tazminat isteminin koşulları” kenar başlıklı 142. maddesinin ikinci fıkrasına birtakım cümleler eklenmiştir. Söz konusu ek cümlelerin ilkinde göre 141. maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 09.01.2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak 141. maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 6384 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını kurala bağlayan ve iptali talep edilen cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

Belirtmek gerekir ki 141. maddenin (e), (f) ve (l) bentleri, aşağıdaki şekildedir:

“e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu ola-rak bu ceza ile cezalandırılan

l) Konutunu terk etmemek veya uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla hastaneye yatmak dâhil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek şeklindeki adli kontrol yükümlülükleri uygulandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, (7499 sayılı Kanun’un 12. maddesiyle eklenmiştir.)”

(Aşağıda detaylandırılacağı üzere; anılan bentler, bir kişiyi rızası hilafına bir yerde bulundurmaya, onu alıkoymaya ilişkin olduğundan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında kalmaktadır.)

7499 sayılı Kanun’un 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun’un “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere ek fıkra eklenmiştir. Ek üçüncü fıkraya göre bu Kanun;

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla ma-nevi tazminat,

b) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 142. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini

istemiyle Komisyona yapılan müracaatları da kapsayacaktır. Ancak Komisyonun görev alanını “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 142. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini” ba-kımından genişleten söz konusu ek üçüncü fıkranın (b) bendi, Anayasa’ya aykırıdır.

Belirtmek gerekir ki anılan 142. maddenin ikinci fıkrası, aşağıdaki şekildedir:

“(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır. - 7499 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle ek cümleler: Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımın-dan 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hak-kında Kanun hükümleri uygulanır. Bu fıkra uyarınca 6384 sayılı Kanun kapsamında olmasına rağmen ağır ceza mahkemesine yapılan istemler, Komisyona gönderilir. Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve girmeyen istemler birlikte yapılmış ise ağır ceza mahkemesi görev alanına girmeyen istemleri ayırmak suretiyle Komisyona gönderir. Bu hâllerde ağır ceza mahkemesine yapılan istem tarihi esas alınır.”

İptali talep edilen cümle ve bent, Komisyonun görev alanının tanımlanmasına ilişkin bağlantılı hüküm olduğundan, bunlara ilişkin Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri, usul ekonomisi gereğince; aynı başlık altında temellendirilecektir.

Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, 05.07.2022 tarihli ve 2021/58970 BB No’lu Nevriye Kuruç [GK] pilot kararında “makul sürede yargılanma

hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvurudan önce başvuru yapılabilecek idari veya yargısal başvuru yolunun bulunmadığına, yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenleme ile bu konuda başvurulabilecek bir merciinin oluşturulması gerektiğine, oluşturulacak başvuru yolunun başvuru sahiplerinin yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı zararlarını tazmin edebilecek nitelikte olması lü-zumuna” işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen 2021/58970 BB No’lu kararında makul sürede yargılanma hakkı bakımından yapısal sorunun çözümüne dair getirilecek mekanizmanın taşınması gereken nitelikleri sıralamıştır:

“Makul Sürede Yargılanma Hakkına İlişkin Oluşturulabilecek Başvuru Yolunun Etkililiği ile İlgili İlkeler

95. İdari ve yargısal makamlar ile kanun koyucunun makul sürede yargılanma hakkının ihlaliyle yol açılmaması için öngördüğü bazı tedbirler yukarıda sıralanmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere alınan tedbirlere rağmen ihlale yol açıldığı durumlarda ihlalin yol açtığı zararları gidermek için bir tazminat yolunun oluşturulması Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca zorunlu ve gereklidir. Bu başvuruların ilk elden ve doğrudan Anayasa Mahkemesince incelenmesine devam edilmesi, gelinen noktada Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı ve amacı ile de bağdaşmayacaktır. Bu doğrultuda oluşturulacak başvuru yolunun etkili kabul edilebilmesi için ise aşağıdaki ilkelerin gözetilmesi gerekir:

- Devam eden yargılama ve davalara yönelik olarak da başvuru imkânı olmalıdır.
- Tazminat talebi, makul süre içinde neticelendirilmelidir.
- Hükmedilen tazminat bedeli makul bir sürede ödenmelidir.
- Başvuru yolundaki usul kuralları anayasal güvencelere uygun olmalıdır.
- Başvuru ve yargılama giderleri başvuru sahipleri üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır.
- Tazminat miktarları Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarlarına uygun olarak değerlendirilmelidir.

96. Nitekim makul sürede yargılanma hakkı başvurularına ilişkin olarak kanun koyucu tarafından daha önce çeşitli başvuru yolları getirilmiş ve Anayasa Mahkemesince bu yolların ilgili kriterleri sağladığına karar verilerek Anayasa Mahkemesine başvurulmadan önce tüketilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Üstelik zaten İnsan Hakları Eylem Planı’nda da böyle bir yolun oluşturulması yönünde bir hedef de belirlendiği hatta uygulama takviminin de ilan edildiği görülmektedir.

97. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sayıları ve verilen ihlal kararları in-celendiğinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaliyle yol açan yapısal bir sorunun mevcut olduğu değerlendirilmiştir. Bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa’nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerekir.”

Bunun akabinde 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi değiştirilmiştir. Değişik geçici maddeye göre ceza hukuku kapsa-mındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ve mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği gerekçesiyle münhasıran 09.03.2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenecektir.

Sonrasında Anayasa Mahkemesi, 27.04.2023 tarihli ve 2022/100837 BB No'lu Veysi Ado Kararında, "Tazminat Komisyonunun Anayasa Mahkemesinin benzer başvuru-larda verdiği tazminat miktarlarına uygun olarak tazminat miktarı belirlemesi gerektiği-ne, Tazminat Komisyonu kararından sonra yargısal başvuru yollarının bulunduğu dik-kate alınacağına, Tazminat Komisyonu ve devamında yargısal yolların tüketilmesinden sonra Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabileceğine ve Tazminat Komisyonu tarafından verilen tazminatın başvuru açısından yeterli giderim sağlayıp sağlamadığının değ erlen-dirileceğine, 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile yapılan değişiklik gereği 0903.2023 tarihi (bu tarih dâhil) itibarıyla derdest olan, yargılamaların makul sürede so-nuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da icra edil-med iği iddialarıyla yapılan başvurulara ilişkin olarak ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal id-dialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun ince-lenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmayacağına" karar vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 25.07.2023 tarihli ve 2023/18536 BB No'lu Keser Altın-taş [GK] kararında, "bu pilot kararın 22.07.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandığını; kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde yapılan değişiklikle sadece Anayasa Mahke-mesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirildiğini; ancak Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek idari veya yargısal bir mekanizma kurulmadığını; makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamındaki başvuruların doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapıl-masına devam edildiğini; başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle düşmesi gerektiğini" hüküm altına almıştır.

Öte yandan 6384 sayılı Kanun'un "Komisyon ve çalışma esasları" kenar başlıklı 4. maddesinin "Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar ver-mek üzere Bakanlığın merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar ara-sından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan toplam beş kişilik bir Komisyon kurulur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilir." şeklin-deki birinci fıkrasının Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptal davası açılmış ve fakat aşağıdaki gerekçeyle red edilmiştir (06.06.2013 tarihli ve 2013/34 E.; 2013/74 K. tarihli Kararı):

"Dava konusu kural uyarınca, AİHM'ne uzun yargılama iddiasıyla yapılmış başvurular konusunda karar vermek amacıyla, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan toplam beş kişilik bir komisyon kurulması öngörülmüştür.

6384 sayılı Kanunla, AİHM'nin 'Ümmühan Kaplan/Türkiye' kararının gereğinin yerine getirile-bilmesi, kurulacak komisyon aracılığıyla makul sürede sonuçlandırılmayan soruşturma ve yargılama-lardan dolayı AİHM'ne yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle en kısa zamanda çözüme ka-vuşturulması ve bu suretle AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilebilecek ihlal sayılarının da azaltılma-sının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgür-lükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet-tir.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, di-ğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Anayasa'nın 36. maddesin-de herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bu konuları içeren AİHS'nin 6. maddesinin bi-rinci fıkrasında; 'Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendi-sine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini is-temek hakkına sahiptir' denilerek adil yargılanma hakkı tanımlanmıştır. Adil yargılanma hakkı, her şeyden önce kişinin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasın-dan sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir.

İnsan hakları konusunda ortaya çıkan sorunların kendi iç hukukumuzda giderilmesini amaçla-yan 6384 sayılı Kanun'la getirilen sistem, başvuruların en kısa süre içinde ve sulh yoluyla sonuçlandırıl-masını öngörmektedir. Kanun bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile Devlet arasındaki uyuşmazlıkta al-ternatif bir çözüm yöntemi getirmiştir.

Yargılama, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından, hukuki uyuşmazlıkla-rın ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağ-lanması faaliyetidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyuşmazlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir.

6384 sayılı Kanun uyarınca oluşturulacak Komisyonun verdiği kararların 'kesin hüküm'ni-teliğini taşımadığı, yargı fonksiyonu kapsamında olmadığı, başvuruları inceleme süreci ve uygula-yacağı usulün idari nitelikte olduğu, kararlarının idari yargı denetimine tabi olduğu anlaşılmakta-dır. Dolayısıyla, yargısal faaliyet yürüten bir makam veya merci olmayıp, Adalet Bakanlığı bünye-sinde kurulan ve sekreteryasını Bakanlığın yürüttüğü bir idari kurul olan Komisyonun, Adalet Ba-kanı ve Maliye Bakanı tarafından atanacak kişilerden oluşmasında, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”

Anılan 4. maddenin birinci fıkrası, 7445 sayılı Kanun'un 39. maddesiyle “Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar vermek üzere Bakanlığın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşan bir Komisyon kurulur. Komisyon Başka-nı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Komisyon, iş durumuna göre üç üyeden oluşan heyetler halinde de çalışabilir. Heyetlerin başkanları Adalet Bakanı tara-ından; heyetlerin oluşumu ve yokluklarında birbirlerinin yerine bakacak üyeler ile iş bö-lümü Başkan tarafından belirlenir. Başkan, Komisyonun ve heyetlerin verimli ve uyumlu şekilde çalışmasından sorumludur.” şeklinde değiştirilmiştir. Görüleceği üzere Komisyo-nun yapılanması bakımından esaslı bir değişiklik olmamıştır.

Tüm bu süreç sonucunda iptali talep edilen cümleyle anılan 141. maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 6384 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş ve (iptali talep edilen bendin yer aldığı) söz konusu ek üçüncü fıkra ile 6384 sayılı Kanun'un a) ceza hukuku kapsamındaki so-ruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılama-la-rın makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat, b) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini istemiyle Komisyona yapı-lan müracaatları da kapsayacağı kurala bağlanmıştır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, kişi hürri-yeti ve güvenliği, hak arama hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımın-dan:

İptali talep edilen cümle ve bent uyarınca koruma tedbirleri [bilhassa anılan (e), (f) ve (l) bentlerinde yer alan koruma tedbirleri] nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini talepleri Komisyon nezdinde ileri sürülecektir. Haksız yere kişi hürriyeti ve güvenliğinden mahrum bırakılan kimselerin bu durumlarının telafi edilmesi için; kanun koyucu tarafından Komisyona başvuru usulü getirilmiştir ancak bu usul, anılan hakkı korumaya yönelik etkili bir başvuru yolu değildir. Zira kişinin, en baştan, araya idari işlem girmeksizin, hak arama hürriyeti gereğince mahkemeye başvuru hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Kaldı ki iptali talep edilen cümle ve bent kanunlaştırılmadan önce kişi, bu türden taleplerini ağır ceza mahkemelerinde ileri sürebiliyordu. Kanun koyucu ise bu türden talepleri karara bağlamak üzerine bir ihtisas mahkemesi ihdas etmek yerine; durumu geriye götürerek, sürece idari başvuru usulü eklemiştir.

Başka bir anlatımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özgürlüğünden yoksun kılı-nan herkesin tazminat talebinde bulunabileceğini, Sözleşme'nin 5 ve 13. maddeleri bağlamında değerlendirmiştir:

“138. Tutulmanın yasallığının denetlenmesiyle ilgili olarak, Mahkeme içtihatlarına göre, Söz-leşme'nin 5. maddesinin 4 ve 5. fıkraları, 13. maddenin daha genel olan gereklerine göre bir üstünlük teş-kil eder ve 13. maddenin gerekliliklerini de kapsar. Başvuranların Sözleşme'nin 13. maddesi açısından ile-ri sürdükleri şikâyetlere konu olayların, 5. maddenin 4 ve 5. fıkraları açısından incelenen şikâyetlerle ay-nı olması durumunda, Mahkeme, zaten 5. maddenin 4 ve/veya 5. fıkralarının ihlal edildiği sonucuna var-mış olması sebebiyle, 13. maddenin ihlal edildiği iddiasını inceleme gereği duymaz (De Jong, Baljet ve Van Den Brink/Hollanda, 1984, § 60; Chahal/Birleşik Krallık, 1996, § 126; Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika, 2006, §§ 110-111; A.B. ve diğerleri/Fransa, 2016, § 158; ayrıca işbu rehberin 62. parag-rafini bakınız).

139. Mahkeme, Gusinskiy/Rusya (k.k.), 2003, davasında, başvurunun Mahkemeye sunulmasının ardından, tutulmanın yasallığının Yüksek bir mahkemenin denetimine sunulmuş olması sebebiyle, başvuru-ranın mağdur sıfatının bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Denetleme talebiyle, başvuranın, serbest bırakıldıktan sonra tutukluluğunun yasallığının bir yargı organı tarafından denetlenmesi hakkında yoksun bırakıldığı kabul edilmiştir. Ancak denetleme izni verildikten sonra, dava yeni bir yargılamaya tabi tutulmuştur, bu yargılama sırasında başvuran davasının esası hak-kında şikâyetini sunma imkânı bulmuştur. Dolayısıyla makamlar, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından başvuranın haklarının ihlal edildiğini kabul etmiş ve başvurana tazminat ödenmesine karar vermişler-dir.”

Sözleşmenin 13. maddesi bağlamında etkili başvuru, söz konusu talepler için ihtisas mahkemelerinin ihdasıyla mümkündür. Zira hakkaniyete uygun bir tazminat mik-tarının belirlenebilmesi adına; tazminat talebinin karara bağlanmasına yönelik usuli sü-recin tamamında; adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vi-cahilik ilkeleri) yerine getirilmesi ile temel hak ve hürriyetinin ihlal edildiği iddiasının etkin biçimde araştırılması elzemdir.

Başka bir anlatımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru bakımından ge-çici olarak ihdas edilen Komisyonun görev alanının iptali talep edilen cümle ve iptali talep edilen bendin yer aldığı ek üçüncü fıkra ile bu denli genişletilmesinin sonucunda; yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmamasından kaynaklanan hak kayıpları ile koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların telafisi mümkün olma-yacaktır, bu türden mağduriyetlere yol açan kamu otoriteleri üzerinde etkili bir denetim mekanizması işletilemeyecektir. Zira söz konusu Komisyon, nihayetinde idari nitelikte-dir ve makul sürede yargılanma ile koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararlar bakı-mından ihtisaslaşmış değildir. Bununla birlikte Komisyon, idari nitelikte olduğundan; vereceği karar, idari işlem hüviyetine sahip olacak ve nihayetinde idari yargının dene-timi kapsamında kalacaktır. İdari yargı ise bu türden uyuşmazlıklar yönünden uzmanlık sahibi değildir. Yine iptali talep edilen cümle ve bent düzenlenmeden önce ağır ceza mahkemesinde görülen bu işler bakımından Yargıtay, yerleşik içtihadlar benimsemiştir. Buna ilave olarak iptali talep edilen cümlelerin ve bendin muhatabı konumunda bulunan mağdurlar, öncelikle bu Komisyona başvuracak; bu Komisyonda istedikleri sonucu elde edemedikleri takdirde (Ki ülkemizde hukuk devleti bakımından yaşanan zafiyetler, birçok kişinin Komisyondan istediği adil sonucu alamayacağına kuvvetli biçimde işaret etmekte-dir.) Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurmak zorunda kalacak ve yine uzun bir yargı süreciyle karşı karşıya bırakılacaktır. Bununla birlikte (her ne kadar tam yargı davaları olsa da) idari yargı, tazminat hukuku hakkında yeterli birikime sahip olmadığından; tazminat miktarının belirlenmesi bakımından da aksaklıklar yaşayacaktır. Söz gelimi Komisyonun tazminatın bir zenginleşme aracı olmayacağı esasını; Hazinesinin fa-kirleşmemesi adına tazminatların oldukça düşük tutulabileceğinin bir gerekçesi olarak kullanmasını engelleyen pozitif bir norm bulunmamaktadır; kaldı ki tazminat hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklarda bu miktarın epey düşük kaldığı bir gerçektir. Halbuki kanun koyucu tarafından iptali talep edilen cümleye ve bende konu talepler hakkında fikri ve sınai haklar mahkemesi yahut kadastro mahkemesi gibi bir uzmanlık mahkemesi ihdas edilmiş olsa idi; mağdurlar, idare ile bir kez daha ilişki kurmak zorunda olmaya-cak, doğrudan mahkeme huzuruna çıkacak, ilk ve ikinci derece yargı yollarını tüketmek-le daha kısa sürede ve zararı tam olarak telafi edecek biçimde taleplerini karşılayacaktı. Yine idarenin mağdurun iradesini dışlayan tek yanlı işlemleri yerine; bu türden taleple-rin ihtisas mahkemelerinde karara bağlanması, mağdurun duruşma açılmak suretiyle sözlü biçimde meramını anlatmasına imkan tanıyacaktı. Aksi bir tutum, iptali talep edi-len cümle ve bent hükmünde olduğu gibi, zaten haksızlığa uğramış ve dezavantajlı

ko-numda bulunan kimselerin durumlarının daha da kötüleştirilmesine neden olacaktır. Bu durum, usul ekonomisi prensibini işlevsiz hale getirecektir.

Kaldı ki Komisyonun tazminat talebini, makul süre içinde neticelendireceği; hak-kaniyete uygun biçimde tazminat miktarının belirleneceği; kararlaştırılan tazminat bedelinin makul bir sürede ödeneceği; Komisyona başvuru sürecinde mağdur üzerine (gider gibi) ağır yük yüklenmeyeceği hususlarında da (AİHM tazminatları bakımından uygulama nazara alındığında görüleceği üzere) büyük bir şüphe bulunmaktadır.

Öte yandan halihazırda Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu bazı akçeli talepleri karara bağlamak üzere kuruludur. Ancak anılan Komisyonun, birçok başvuru hakkında karar vermediği; çok geç karar verdiği; hukuka uygun karar vermediği; Anayasa Mahkemesi kararları karşısındaki olumsuz tutumu izahtan varestedir. Bu durum dahi; iptali talep edilen cümle ve bende konu talepler bakımından bir ihtisas mahkemesi ihdas edilmesi gerektiği savını pekiştirmektedir.

Bununla birlikte söz konusu 142. maddenin ikinci fıkrasının anılan bentlerini Komisyon'un görev alanında; diğer bentlerini ağır ceza mahkemelerinin görev alanında düzenlenmek suretiyle; tazminat hukuku bakımından uygulamada karışıklıklara neden olacak biçimde ikili bir rejim oluşturulmaktadır. Öte yandan söz konusu koruma tedbirlerinde bir hukuka aykırılık bulunup bulunmadığını da derece mahkemeleri tespit edecektir.

Hülasa kanun koyucu tarafından iptali talep edilen cümle ve bende konu talepler yönünden; bir ihtisas mahkemesi ihdas edilmeyip; idari nitelikte bir Komisyonun görev alanının genişletilmesi; kişilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalinden kaynaklanan zararları, makul sürede ve tam biçimde karşılayamamasına; mahkemeler önünde bu talebini ileri sürmek suretiyle adil yargılanma hakkını kullanarak etkili biçimde başvuru hakkını gerçekleştirememesine neden olacaktır. Bu durum ise Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinin aksine; anılan hakların ve hürriyetin özüne demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Anılan nedenlerle iptali talep edilen cümle ve bent, Anayasa'nın 13, 19, 36 ve 40. maddelerine aykırıdır.

ii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ve mülkiyet hakkı bakımından: Kişiye hukuka aykırı biçimde koruma tedbirleri (bilhassa anılan bentlerde sayılan) uygulanmakta ve maddi ve manevi bir zarar doğmaktadır. Bu zararın hukuk dünyasındaki karşılığı tazminattır. Tazminat ise nakdi bir karşılıktır. O halde tazminat, mülkiyet hakkının konusudur. Tazminat talep ederken öngörülen usul de; nihayetinde tazminat miktarını ve tahsil süresini etkileyeceğinden mülkiyet hakkının kapsamında kalmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, tazminat alacağını bir mülk olarak nitelendirmiştir (23.03.2023 tarihli ve 2019/23351 Başvuru No'lu Nurdan Köseoğlu Kararı):

“a. Mülkün Varlığı

42. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54). Bu nedenle öncelikle başvurusunun Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca

korunmayı gerektiren mülkiye-te ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26; İhsan Vurucuğlu, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 31).

43. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hak-kı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir ekonomik değer veya icrası mümkün bir alacağı elde etmeye yönelik meşru bir beklenti Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37; Mustafa Ateşoğlu ve diğerle-ri, §§ 52-54; Mehmet Şentürk [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017, §§ 41, 53).

44. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne ve-ya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da aynı menfa-atle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikte bir beklentidir (Selçuk Emiroğlu, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28; Mehmet Şentürk, § 42). Dolayısıyla Anayasa ve Avrupa İnsan Hak-ları Sözleşmesi'nin ortak koruma kapsamında olan meşru beklentiye dayalı mülkiyet hakkının tespiti mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tespit, mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır (Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/845, 20/11/2014, § 37). Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, § 37).

45. Somut olayda başvurucunun tazminata hak kazandığı derece mahkemelerince kabul edilmiştir. Davalı şirket yargılama sırasında sunduğu dilekçelerde başvurucunun tazminat talepleri-nin reddi gerektiğini ileri sürmüş ise de bu savunma derece mahkemelerince yerinde görülmemiştir. Başvurucunun tazminat alacağı olgusu artık yargısal hükümle icra edilebilir hâle gelmiştir. Bu du-rumda tazminat alacağı kesinleşmiş yargı kararıyla tespit edilen başvurucunun Anayasa'nın 35. mad-desi anlamında mülkiyet hakkının bulunduğu kabulü gerekir.”

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucu, bu türden tazminat talepleri bakımın-dan ihtisas mahkemesine başvuru usulü yerine idari nitelikteki Komisyona başvuru usulünü benimsemiştir. Komisyonun tazminat talebini, makul süre içinde neticelendire-ceği; hakkaniyete uygun biçimde tazminat miktarının belirleneceği; kararlaştırılan taz-minat bedelinin makul bir sürede ödeneceği; Komisyona başvuru sürecinde mağdur üzerine (gider gibi) ağır yük yüklenmeyeceği hususlarında da (AİHM tazminatları bakı-mından uygulama nazara alındığında görüleceği üzere) büyük bir şüphe bulunmaktadır.

Bu bağlamda başvurunun alacağı tazminatın hakkaniyete uygun olacağı ve ma-kul sürede tahsil edileceği konusunda bir kesinlik bulunmadığından; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları-nın aksine demokratik toplumda olmayacak biçimde mülkiyet hakkının özüne dokunu-lacaktır. Başka bir anlatımla ihlal edilen bir hakkın yerini alan tazminatın tam olarak ve zamanında ödenmemesi; mağdurun mamelekinde azalmaya neden olacak; mağdur, ka-mu otoritesinin haksız eylemine şahsi ve nakdi olarak aşırı ölçüde katlanmak zorunda kalacaktır. Zira adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının sağladığı güvenceler olma-dığından; zarar ile tazminat arasında hassas denge gözetilemeyecektir. Bu durumda mağdurun mülkiyet hakkı, gerçek anlamda korunamayacaktır.

Hülasa adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının sağladığı güvenceler olmaksı-zın; tazminatın Komisyonun alacağı kararla belirlenmesi, mülkiyet hakkına keyfi ve ön-görülemez biçimde müdahale teşkil edecektir.

Anılan nedenlerle iptali talep edilen cümle ve bent, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

iii)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle ve bent, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin 5.; adil yargılanma hakkına ilişkin 6.; etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini; Ek 1 No'lu Protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır." şeklindeki cümle ile 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (b) bendi, Anayasa'nın 13, 19, 35, 36, 40 ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin ve bendin iptali gerekir.

3) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin değiştirilen beşinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan "müsadereye ilişkin hükümler hariç" ibaresi; değiştirilen on birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "itiraz edilebilir" ibaresi ile dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 23. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin başlığı "Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye birtakım fıkralar eklenmiştir. Böylelikle Türk ceza muhakemesi hukukunda HAGB müessesesi kabul edilmiştir.

Söz konusu 231. maddenin HAGB'ye ilişkin çeşitli hükümleri, Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi nezdine taşınmış ve AYM, pek çok kez red kararı vermiştir (20.07.2022 tarihli ve 2021/121 E.; 2022/88 K. sayılı Kararı):

“...AYM, E.2007/14, K.2009/48 12/3/2009; E.2008/45, K.2009/53, 12/3/2009; E.2008/106, K.2009/54, 12/3/2009; E.2009/22, K.2009/55, 7/5/2009; E.2011/41, K.2012/25, 16/2/2012”

Ancak HAGB müessesesi (bilhassa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz usulü), uygulamada çeşitli sorunlara yol açmıştır. Bu karışıklığın giderilebilmesi adına Yargıtay tarafından çeşitli kararlar alınsa da; sorunlar nihayete erdirilememiştir:

“8. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz hâlinde Yargıtay hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ülkemizde uygulanmaya başladığı ilk zamanlar, itirazı incelemeye yetkili makamın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yalnızca şekli şartlarının oluşup oluşmadığı hususlarında sınırlı bir inceleme yapması ve hüküm içeriğindeki hukuka aykırılıklara ilişkin bir inceleme yapmaması gerektiği yönünde kararlar vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2009/3-64, K.2009/83, 7/4/2009).

9. Daha sonra Yargıtay, içtihat değişikliğine giderek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazı incelemeye yetkili makamın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun şekli şartlarının yanı sıra maddi yönden de bir inceleme yapması gerektiği yönünde kararlar vermiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/10-534, K.2013/15, 22/1/2013).

10. Buna karşılık bazı Yargıtay daireleri tarafından itiraz mercilerinin esas incelemesi yapamayacağına dair kararlar verilmesine devam edilmiştir (Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E.2013/25594, K.2014/3461, 16/2/2014; Yargıtay 6. Ceza Dairesi, E.2013/32810, K.2013/25480, 18/12/2013; Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E.2016/9684, K.2016/7622, 16/11/2016).

11. Yargıtay Ceza Genel Kurulu daha yeni tarihli içtihatlarında ise itiraz mercilerinin sadece şekli şartlar bakımından değil açıkça maddi yönden de inceleme yapması gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2012/6-1452, K.2014/195, 15/4/2014; E.2016/11-1150, K.2020/148, 3/3/2020; E.2017/5.MD-1119, K.2020/349, 23/6/2020; E.2017/5.MD-620, K.2019/704, 10/12/2019; E.2016/7-1413, K.2019/489, 20/6/2019; E.2017/5.MD-621, K.2018/476, 25/10/2018).

12. Bu çerçevede hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılacak itirazlarda incelemenin kapsamına ilişkin yerleşmiş bir uygulamanın olmadığı anlaşılmıştır (Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 76).”

Bu süreç içinde HAGB müessesesinin uygulanışından kaynaklı bireysel başvurular (söz gelimi 05.07.2022 tarihli ve 2016/1635 BB No’lu Atilla Yazar ve diğerleri [GK] Kararı), yapılmış ve hak ihlali kararları verilmiştir.

Nihayetinde itiraz yolu aracılığı ile anılan 231. maddenin beş ila on dördüncü fıkraları; Anayasa’nın 13, 17, 35, 36 ve 40. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiştir (20.07.2022 tarihli ve 2021/121 E.; 2022/88 K.; 01.06.2023 tarihli ve 2022/120 E.; 2023/107 K. sayılı Kararlar).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7499 sayılı Kanun’un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun’un 23’ inci maddesinin beş ila on dördüncü fıkraları değiştirilmiştir. Ancak kanun koyucu, iptal edilen hükmü, çok küçük birkaç farkla (beşinci fıkranın üçüncü cümlesine ibare

eklenmesi, altıncı fıkradan cümle çıkarılması, on birinci fıkra cümlelerin eklenmesi, on ikinci fıkranın değiştirilmesi) aynen kanunlaştırmış ve Anayasa Mahkemesi'nin kararının gereğini karşılamamıştır.

Başka bir anlatımla değişik beşinci fıkranın iptali talep edilen birinci cümlesine göre sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir; değişik beşinci fıkranın iptali talep edilen ibarenin yer aldığı üçüncü cümlesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler bakımından kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmasını ifade edecektir; değişik on birinci fıkranın iptali talep edilen ibarenin yer aldığı üçüncü cümlesine göre açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilecektir; değişik on birinci fıkranın iptali talep edilen dördüncü cümlesine göre itiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilecektir. Ancak anılan ibareler ve cümleler, Anayasa'ya aykırıdır.

7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin değiştirilen beşinci fıkrasının birinci cümlesi, HAGB müessesesinin ana omurgasını oluşturmakta (mekanizmayı hukukî var etmekte); kalan cümleler ile diğer fıkralar, müessesenin nasıl uygulanacağına ilişkin detayları kurala bağlamaktadır. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler ve cümlelere ilişkin Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, usul ekonomisi gereğince; aynı başlık altında temellendirilecektir.

i)Anayasa'nın Başlangıç bölümü, sosyal hukuk devleti ilkesi, kamu yararı ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı bakımından;

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu” vurgulanmış, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, sosyal devlet olarak nitelendirilmiş, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” ile “insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” sayılmış; 17. maddesinde ise herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı).

Öte yandan “ceza muhakemesi kamu yararına dayandığı için mecburilik prensibi kapsamında yeterli şüphe bulunduğu hallerde devlet adına açılan ve yürütülen bir dava tipidir. Ancak suç mağdurunun zararının giderildiği ve şüpheli veya sanığın kabulüne bağlı olan bazı hallerde kamu davası ya açılmaz veya açıldıktan sonra sonlandırılabilir. ... Koğuşurma evresinde ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu (HAGB) vardır. Gerek koğuşurma ve gerekse soruşturma evresinde uygulanan bu sistemlerde mağdurun suçtan uğradığı zararın giderilmesi ve ceza vermeksizin barışma sağlanması şeklinde toplumsal yarar elde edilmesi fikri vardır.

...

Aslında HAGB düzenlemesi yeni ceza adalet sisteminin kabul ettiği ilkelerden geri dönüş yapıldığını belgeleyen örneklerden birisidir. Gerçekten hapis cezasının ertelenmesindeki “ertelenen hapis cezasının infaz edilmiş ceza” sayılmasına ilişkin katı kural, HAGB kararı ile yumuşatılarak, kuralın etrafı dolanılmıştır. İki seneye kadar hapsi gerektiren suçlarda hakkında HAGB kararı verilen ve yükümlülüklerle uygun davranan bir kişi ilgili olarak düşme kararı verilmektedir. Böyle bir düzenlemenin toplum barışının sağlanması bakımından, cezaya mahkumiyetten daha etkili olduğu düşünülmüştür. Görüldüğü gibi, HAGB kurumunun hukuki niteliği, kapsadığı suçlar bakımından, bir tür yumuşatılmış cezanın ertelenmesi kararıdır.”

Açıklandığı üzere HAGB müessesesinin ratio legis’i, toplum barışının sağlanmasıdır. Ancak HAGB müessesinin zaman içinde uygulanışı; onu, bir cezasızlık mekanizmasına; ifade hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı gibi bazı temel hak ve özgürlüklerini kullanan kimseler üzerinde bir baskı aracı haline dönüştürmüştür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bahsi geçen 2021/121 E. sayılı Kararında bu hususa değinmiştir:

“18. Anayasa Mahkemesi; bireysel başvurunun yürürlüğe girmesi üzerine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ve bu kurumun işleyişinin cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi; kolluk görevlisinin güç kullandığı olayda yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar vermiş, olayın faili olan kolluk görevlisi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin -ihlalin ağırlığı dikkate alındığında- başvurunun mağduriyetini gidermediği kanaatine varmış ve bu durumun cezasızlığa neden olduğunu belirterek yaşam hakkının usul yönünün de ihlal edildiğine hükmetmiştir (Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197).

19. Anayasa Mahkemesi, izinsiz patlayıcı madde üretimi yapılan binada meydana gelen pat-lama sonucu gerçekleşen ölüm ve yaralanma olayında yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği-ne karar vermiş; olayda ihmali bulunan kamu görevlileri hakkında hükmün açıklanmasının geri bira-kılması kararı verilmesinin ise yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlali yönünden uygun ve yeterli bir giderim sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır (Necla Kara ve diğerleri, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110). Yine işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarının ileri sürüldüğü birçok bi-reysel başvuruda da Anayasa Mahkemesi benzer yönde kararlar vermiştir (Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, B. No: 2018/36717, 7/10/2021; Özgür Ulaş Armutcuoğlu, B. No: 2018/27396, 29/6/2021; Yunus Kalkan, B. No: 2013/4383, 18/2/2016).

20. Anılan kararların dışında Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının özellikle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale teşkil ettiğini ve bu müdahalenin hak ihlaline neden olduğunu tespit etmiştir (Zübeyde Fusun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015).”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de bu yönde kararları mevcuttur (05.07.2022 tarihli ve 2016/1635 BB No’lu Atilla Yazar ve diğerleri [GK] Kararı):

“82. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Ataç/Türkiye (B. No: 70607/12, 17/12/2019) kararına konu olayda, başvuru hakkında hakaret suçundan verilen HAGB kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine dair şikâyeti incelenmiştir. AİHM öncelikle -önceki

içtihatlarına da atıf yaparak- başvuruçunun ifadeleri nedeniyle hakkında HAGB kararı verilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir (aynı kararda bkz. § 23). Daha sonra AİHM somut olayda derece mahkemesinin HAGB kararı gerekçesini incelemiş ve gerekçenin AİHM içtihadında belirtilen kriterler çerçevesinde başvuruçunun ifade özgürlüğü ile karşı tarafın özel hayatına saygı hak-kı arasında denge kurulmasına ilişkin yeterli bir inceleme içermediğini, bu nedenle mahkeme kararı-nın müdahalenin haklılığı konusunda tatmin edici bir gerekçe sunmadığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (aynı kararda bkz. § 27).

83. Benzer şekilde AİHM, Seğmen/Türkiye (B. No: 11314/10, 17/3/2020) kararında da başvuruçunun hakkında hakaret suçundan verilen HAGB kararında ulusal makamların sunduğu gerekçelerin yeterli olmadığı ve mahkemelerin AİHM içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun şekilde söz konusu menfaatler arasında bir denge kurmadıkları sonucuna vararak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (aynı kararda bkz. §§ 18, 19). Aynı doğrultuda Ergüdoğan/Türkiye (B. No: 48979/10, 17/4/2018) kararında AİHM, hakkında hakaret suçundan HAGB kararı verilen başvuruçunun ifade özgürlüğü ile karşı tarafın özel hayatına saygı hakkı arasında denge kurulmamasının ve yerel mahkeme kararlarındaki gerekçe yetersizliğinin tek başına Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından sorun oluşturduğunu belirtmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (aynı kararda bkz. § 32).

84. AİHM'in Adnan Erkuş/Türkiye (B. No: 61196/11, 4/12/2012) kararına konu olayda, başvuruçunun hakkında hakaret suçundan verilen HAGB kararına karşı temyiz yoluna başvurulamaması şikâyeti Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında incelenmiştir. AİHM, yaptığı incelemede eldeki başvuruyla ilgili şu tespitlerde bulunmuştur:

i. Bir üniversitede profesör olan başvuruçunun, bazı eserlerini kendi adıyla dağıtan ve fakülte dekanı olan başka bir profesöre bu gerekçeyle hırsız demiştir. Başvuruçunun hakkında hakaret ve tehdit suçundan kamu davası açılmıştır. İlk derece mahkemesinde başvuruçunun, hakkında beraat kararı verilemeyecekse HAGB kararı verilmesini talep etmiştir.

ii. İlk derece mahkemesi başvuruçunun tehdit suçundan beraatine, hakaret suçundan ise mahkûmiyetine karar vermiş ancak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesi gereğince başvuruçunun adli sicil kaydının bulunmaması ve tekrar suç işleme ihtimalinin söz konusu olmaması nedeniyle HAGB kararı vermiştir. Söz konusu karara yapılan itiraz da reddedilmiştir.

iii. Başvuruçunun, hakkında verilen HAGB kararına karşı Yargıtaya temyiz başvurusunda bulunamadığından ve mahkemelerin delilleri değerlendirme ile kanunu yorumlama şekillerinden şikâyetçi olmuş; hakkında mahkûmiyet kararı verilmemesi gerektiğini ileri sürmüştür.

iv. Sözleşme'nin 6. maddesi, Sözleşme'ye taraf devletlere temyiz mahkemeleri kurma zorunluluğu yüklememektedir. Erişim hakkını da kapsayan mahkemeye başvurma hakkı mutlak bir hak olma-yıp zımnen izin verilen sınırlamalara tabidir. Ancak söz konusu sınırlamalar kişinin mahkemeye erişimini, hakkın özüne halel getirecek şekilde veya ölçüde kısıtlamamalı veya azaltmamalıdır.

v. HAGB'ye ilişkin şikâyetler, başvuruların iç hukuktaki ilgili yargılama sürecinde sanıktan ziyade mağdur konumunda olduğu çeşitli davalarda Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında incelenmiş-tir.

vi. 5271 sayılı Kanun'da 2010 yılında yapılan kanun değişiklikleriyle artık sanığın kabul et-memesi hâlinde yerel mahkemelerce HAGB kararı verilmeyecektir. Dolayısıyla verilecek karara karşı Yargıtaya temyiz başvurusunda bulunulmasını engelleyecek unsurlar ortadan kalkmıştır.

vii. Başvurucu, hakaret suçundan mahkûm edilmiş ancak kendisinin de talep ettiği gibi HAGB kararı verilmiştir. Yapılan kanun değişikliklerin ardından başvurana mahkemeden hükmün açıklan-masını talep etme imkânı tanınmış ve bu sayede Yargıtaya temyiz başvurusunda bulunmasının da önü açılmıştır. Başvurucu ise bu imkândan faydalanmayıp HAGB talebinde bulunmayı tercih etmiştir.

viii. Dolayısıyla başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksun olup reddedilmesi gerekir.”

Yine AİHM, HAGB'ye benzer bir mekanizma olan hapis cezasının ertelenmesi halinin kamu görevlileri bakımından bir türden af teşkil ettiği ve bu yönüyle cezasızlığı, yaşam hakkı bağlamında değerlendirmiştir:

“164. Aynı şekilde, devlet görevlileri tarafından uygulanan bir kötü muamelenin yol açtığı ölüme ilişkin olarak, Mahkeme, mahkûm edilen polisler hakkında verilen hapis cezalarının infazının ertelenmesinin kısmi bir affa benzetilebilir olduğu ve bu türden tedbirlerin kendi içtihadına uygun olarak değerlendirilemeyeceği, zira bu görevlilerin haklarında mahkûmiyet kararları verilmesine rağmen neredeyse cezasız kaldıkları kanısına varmıştır (Ali ve Ayşe Duran/Türkiye, § 69).”

Ancak kanun koyucu, bu durumu ortadan kaldırmak adına HAGB'nin belirli suç tipileri için (söz gelimi kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili işledikleri suçlar, kötü muamele vb. dışındaki suçlar için) uygulanmasına; temel hak ve hürriyetlerin kullanımına yönelik kamu otoritelerinin kısıtlayıcı ve keyfi davranışlarının engellenmesine yönelik hükümler öngörmeksizin; iptal edilen düzenlemeyi (birkaç küçük farkla) aynen kanunlaştırma yoluna gitmiştir. Halbuki Anayasa Mahkemesi bahsi geçen Kararında şu açıklamaları kaleme almıştır.

“49. Diğer yandan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Devletin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 60, 61).

50. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten ko-rumakla yükümlüdür. Anılan koruma yükümü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da in-san haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını

engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu-nun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anla-mında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015, § 81).

51. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanıl-ması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belir-li bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 127). Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlula-ra fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (Şenol Gür-kan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105). İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (Süleyman Deveci, § 102).

52. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmaktadır.

53. Kural, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülöklere uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı Ka-nun'un 223. maddesi uyarınca düşürölmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiyile sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırak-maktan ibarettir.

54. HAGB kararının bu niteliğini gözetten Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında, kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığını dikkate alarak anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir (Şenol Gür-kan, § 110; Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 81).

55. Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlölükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş göröllemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu an-lamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiilî olarak cezasız bı-rakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında

işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayacağına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözmemesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlülüğü ile bağ-daşmamaktadır.

56. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararında belirtilen eksikliklerin (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 123-173) bütünüyle giderilmesine yönelik kanun koyucu tarafın-dan gerekli değişikliklerin yapılmadığı, HAGB kurumunun mevcut haliyle - bireysel başvuru kararları-nda da işaret edildiği üzere- kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarını önlemekte yetersiz kaldığı ve başta ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğu anlaşılmaktadır.”

Başka bir anlatımla kanun koyucu iptal edilen “Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.” şeklindeki cümleyi, hiçbir tedbir almaksızın aynen kanunlaştırmakla; sosyal bir hukuk devletinde HAGB müessesesinin toplumsal barışın sağlanmasına yönelik amacı hilafına; ve Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5 ve 17. maddelerinde Devlete maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının kullanımı bakımından yüklenen pozitif yükümlülüğün aksine; fiili cezasızlık sebebiyle kamu gücü kullanan kimselerin üzerinde cezanın caydırıcılık etkisinin ortadan kalkmasına, mağdur bakımından doğan zararın telafi edilememesine; yargı makamlarının keyfi biçimde davranmasına olanak veren ortam hazırlanmasına; kişilerin temel hak ve özgürlüklerini kullanırken üzerlerinde bir tehdit / baskı hissetmesine neden olmaktadır. Bu yönüyle değişik beşinci fıkranın birinci cümlesinde kamu yararı da bulunmamaktadır.

Anılan değişik beşinci fıkranın birinci cümlesindeki Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5 ve 17. maddelerine aykırılık; anılan değişik beşinci fıkranın birinci cümlesinin ana omurga olması ve iptali talep edilen ibarelerin ve iptali talep edilen diğer cümlelerin onun fer'i hükmü olması itibarıyla; iptali talep edilen ibarelere ve iptali talep edilen diğer cümleye de sirayet etmiş ve onları da Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5 ve 17. maddeleri yönünden sakatlamıştır.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler ve cümleler, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5 ve 17. maddelerine aykırıdır.

ii)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından:

Anılan değişik beşinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan iptali talep edilen ibareyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde; müsadereye ilişkin hükümler, sanık hakkında bir hukukî sonuç doğuracaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki müsadere, el koymadan farklı olarak, mülkiyeti Devlete geçirir. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümlerinde düzenlenmiştir:

“TCK:

Eşya müsadere

Madde 54- (1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadereesine hük-molunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/11 md.) Eşyanın üzerinde iyiniyetli üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş sınırlı ayni hakkın bulunması hâlinde müsadere kararı, bu hak saklı kalmak şartıyla verilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadereesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hâline hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edilmesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadereesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsadereesine hükümlenir.

Kazanç müsadereesi

Madde 55- (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadereesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddi menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadereesine hükmedilir.

(3) (Ek: 26/6/2009 – 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun iyi-niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.

CMK:

Başvuru

Madde 256 – (1) Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir.

(2) Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re'sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir.

Duruşma ve karar

Madde 257 – (1) 256 ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir.

(2) Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimse-ler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler.

(3) Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez.

Kanun yolu

Madde 258 – (1) 256 ncı maddeye göre verilecek hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve 257 nci maddede belirlenen kişiler için istinaf yolu açıktır.

Suç konusu olmayan eşyanın müsaderesi

Madde 259 – (1) Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, müsadereyi mülkiyet hakkı bağlamında ele almaktadır:

“87. Müsadere ve zor alım Mahkeme tarafından mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak görülmekte olup “malvarlığından” yoksun bırakmaya sebep olduğu açık olmasına rağmen Protokol No. 1 Madde 1’in ikinci fıkrası çerçevesinde ele alınmaktadır (AGOSI v. the United Kingdom, § 51; Raimondo v. Italy, § 29; Honecker and Others v. Germany (dec.); Riela and Others v. Italy (dec.)). Bu nedenle, Mahkemenin mevcut yaklaşımı, bir müsadere önleminin mülkiyetin kullanımının kontrolü teşkil ettiğidir (Air Canada v. the United Kingdom, § 34; Silickienė v. Lithuania, § 62).

...

305. Birkaç vakada Mahkeme suç gelirlerden edinilen hukuka aykırı servetle mücadele amacıyla alınan çeşitli önlemleri Protokol No. 1 Madde 1 çerçevesinde incelemiştir.

306. Böyle vakalarda Devletler, hukuka aykırı şekilde edinilen malvarlığı değerlerinin müsadere edilmesi dahil olmak üzere örgütlü suçla mücadele politikalarının uygulanmasında geniş bir takdir marjına sahiptir (Raimondo v. Italy, § 30; Riela and Others v. Italy (dec.); Arcuri and Others v. Italy (dec.); Gogitidze and Others v. Georgia, §108).

307. Malvarlığı değerinin müsaderesi, her ne kadar doğası gereği kişiyi mülkiyetinden yoksun bırakmakta ise de, ister suç gelirlerinden elde edilsin isterse suçta kullanılan eşya niteliğinde olsun, zorunlulukla Protokol No. 1 Madde 1’in birinci fıkrasının ikinci cümlesi

kapsamına girmemektedir (Handyside v. the United Kingdom, § 63; Agosi v. the United Kingdom, § 51).

308. İlgili eşyaların hukuka aykırı şekilde edinildiği düşünüldüğü, bunların meşru kökeni gösterilemediği veya bunlar suç eşyası olduğu için müsadere önlemlerinin ceza soruşturmasından bağımsız olarak uygulandığı durumlarda Mahkeme, müsadereye alışıldığı üzere mülkiyetin kullanımının kontrolü olarak muamele etmektedir (Raimondo v. Italy, § 27; Riela and Others v. Italy (dec.); Sun v. Russia, § 25; Arcuri and Others v. Italy (dec.); C.M. v. France (dec.); Air Canada v. the United Kingdom, § 34).

309. Aynı yaklaşım suçtan elde edilen gelirlerin mahkumiyet hükmünü müteakip müsadereyle ilgili vakalarda da benimsenmiştir (Phillips v. the United Kingdom, § 51; Welch v. the United Kingdom, § 26, Sözleşme Madde 7 çerçevesinde; Van Offeren v. Netherlands (dec.), Sözleşme Madde 6 çerçevesinde).

310. Müsaderinin üçüncü kişilere karşı bir cezai ithamdan bağımsız olarak yapıldığı hallerde Mahkeme, kamu makamlarına müsadere önlemini sadece suç işlemekle doğrudan itham edilen kişilere değil ama ayrıca gayri meşru eşyayı gayri resmi biçimde şüpheliler adına bulundurup kullandığı varsayılan veya gerekli iyi niyete farklı şekilde sahip olmayan aile üyeleri ile diğer yakın akrabalarına da uygulamaları için hareket alanı bırakmaktadır (Raimondo v. Italy, § 30; Arcuri and Others v. Italy (dec.); Morabito and Others v. Italy (dec.); Butler v. the United Kingdom (dec.); Webb v. the United Kingdom (dec.); Saccoccia v. Austria, § 88; Silickienė v. Lithuania, § 65, müsadere önleminin yolsuz kamu görevlisinin duluna uygulanması).

311. Böyle vakalarda müsadere, kökeninin meşruluğu henüz ortaya koyulamamış “malvarlığının” topluma tehlike arz edecek şekilde hukuka aykırı kullanımını engellemeyi amaçlamaktadır. Mahkeme kamu makamlarının örgütlü suçla mücadelede karşılaştığı güçlükleri not etmiştir. Şüpheli sermayenin/servetin dolaşımını engellemek için tasarlanan müsadere, bu bağlamda etkili ve gerekli bir silahtır. Suç işlenmesi yoluyla edinilen eşya hakkında verilen müsadere kararı, suç teşkil eden faaliyetlerde bulunduğu düşünülenler için caydırıcı olduğundan genel yarar doğrultusunda işlemekte olup ayrıca suç işleyenin yanına kalmaz ilkesini güvence altına almaktadır (Denisova and Moiseyeva v. Russia, § 58; Phillips v. the United Kingdom, § 52; Dassa Foundation and Others v. Liechtenstein (dec.), Madde 6 ve 7 çerçevesinde).

312. Kamu makamlarının hukuka aykırı/gayri meşru şekilde edinildiği karinesine göre tasarrufta bulunduğu eşyalar hakkındaki çeşitli müsadere ve mali zaptla ilgili süreçlerde Sözleşmenin 6. Maddesi, genellikle Devletlerin karinelere başvurmasını engellemektedir (Salabiaku v. France, § 28). Aynı yaklaşım, gerek Protokol No. 1 Madde 1 (Cacucci and Sabatelli v. Italy (dec.), § 43; Yıldırım v. Italy (dec.) gerekse de Madde 6 (eşyalarının hukuka uygun/meşru şekilde edinildiğinin ispatı külfetinin başvurucuya geçmesi – Grayson and Barnham v. the United Kingdom, § 45; Phillips v. the United Kingdom, § 43; ilaveten Perre v. Italy (dec.), tanık sorgulanması için) çerçevesinde bu bağlamda yapılan varsayımlar hakkındaki şikayetler bağlamında kullanılmaktadır. Karine kullanımı, eğer tarafa bu karineyi çürütme imkanı verilmiş ise, masumiyet karinesine uygundur. Tersine olarak, malikin ceza yargılaması sonunda isnat edilen ve gelirlerin kendisinden kaynaklandığı iddia edilen suçtan beraat etmesine rağmen eşyalar hakkında müsadere kararının verildiği bir vakada, Madde 6/2’nin ihlal edildiği bulgulanmıştır (Geerings v. Netherlands, §§ 43-51).

313. Mahkeme müsadere işlemlerinde/süreçlerinde usullerin çelişmeli/çekişmeli niteliği (Yildirim v. Italy (dec.); Perre v. Italy (dec.)); soruşturma/kovuşturma dosyasının önden açıklanması (Grayson and Barnham v. the United Kingdom, § 45, aleni yargılama için); tarafların sözlü ve yazılı delil ikame etme imkanı (Butler v. the United Kingdom (dec.); Perre v. Italy (dec.)); özel olarak tutulan bir avukatla temsil edilmenin mümkün olması (Butler v. the United Kingdom (dec.); varlıkların suçla bağlantılı olduğu varsayımının tarafça çürütülebilmesi (Geerings v. Netherlands, § 44); uygulanmasının ciddi bir adaletsizlik riski doğurabileceğini düşünmesi halinde hakimin varsayımı uygulamama konusunda takdir yetkisinin olması (Phillips v. the United Kingdom, § 43); vakanın olguları ışığında hangi eşyanın müsadere edilmesi gerektiği hakkında bireysel değerlendirme yürütülüp yürütülmeyeceği (Rummi v. Estonia, § 108; Silickienė v. Lithuania, § 68); bütüne bakıldığında, başvuruca argümanlarını ulusal mahkemeler önünde ifade etme imkanı sağlanması (Veits v. Estonia, §§ 72 ve 74; Jokela v. Finland, § 45); dikkatin ilgili işlemlerin/süreçlerin kapsamlı tetkikine verilmesi (Denisova and Moiseyeva v. Russia, § 59) gibi mevcut çeşitli usuli güvencelere önem atfetmektedir.”

Elbette kanun koyucu müsadere hükümlerinin infazı bakımından farklı bir hukuki rejim öngörebilir. Ancak iptali talep edilen ibareyle müsadere hükümleri hariç tutularak; genel hükümlere atıfta bulunulmuştur. Halbuki HAGB müessesesinin karakteristik özelliği (hükümün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmaması) nazara alındığında; genel hükümlere yapılan atfın, HAGB’ye uygun düşmediği ortaya çıkacaktır. Başka bir anlatımla genel hükümlere yapılan atfın kanun düzeyinde bir türden öngörülebilirlik yarattığı, değişik on ikinci fıkranın varlığının kötü uygulamalara ilişkin şüpheleri ortadan kaldıracak ileri sürülse de; HAGB’nin genel hükümler çerçevesinde verilen diğer kararlardan farklı niteliği, bu öngörülebilirliği ve denetimi ortadan kaldırarak; karışıklığa mahal verecektir. Bu bakımdan normun korunmasında hukuki fayda bulunmamaktadır. Zira HAGB bakımından uygulamaya bırakılan kuralların zaman içinde sorun yumaklarına dönüştüğü gözler önündedir.

Şöyle ki HAGB bakımından müsadereye ilişkin malike yeterli usuli güvence sağlayan özel kuralların (söz gelimi infazın hangi aşamada gerçekleşeceği, başvurulacak kanun yolu vb.) öngörülmemesi, müsadereye konu varlık üzerindeki mülkiyet hakkına kamu yararı olmaksızın ve ölçüsüz biçimde müdahale teşkil edecektir. Diğer bir söyleyişle bu durum, malik üzerinde aşırı bir külfet yaratarak, maliki oldukça uzun bir süre mülkün kullanımından uzak tutacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen 2021/12 E. ve /12 E. sayılı kararlarında; bahsi geçen Atilla Yazar ve diğerleri kararında; 13.07.2016 tarihli ve 2014/1017 BB No’lu Mahmut Üçüncü, 20.06.2019 tarihli ve 2015/6164 BB No’lu Süleyman Başmeydan [GK] kararlarında müsadere uygulamasının mülkiyet hakkı ihlallerine sebep olduğu defaatle açıklanmıştır. Müsadere bakımından öngörülen istisna hükmü, bu ihlalleri ortadan kaldırmaya yeterli değildir.

Bununla birlikte değişik beşinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan ve iptali talep edilen ibarenin Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırılığı; değişik beşinci fıkranın birinci cümlesindeki ana omurgayı bu bağlamda sakatlamakta ve ana omurganın sakatlanması, (itiraz mekanizmasına ilişkin) iptali talep edilen diğer ibareye ve iptali talep edilen cümleye sirayet etmektedir. Kaldı ki (itiraz mekanizmasına ilişkin) iptali talep edilen diğer ibare ve cümle, müsaderenin infaz aşamasına etki edecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler ve cümleler, Anayasa’nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

iii) Hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri bakımından: İptali talep edilen ibareler ve cümleler, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkını, Anayasa'nın 40. maddesinde güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir.

Zira değişik on birinci fıkranın birinci ve ikinci cümlesine göre denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması hâlinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

Değişik on birinci fıkranın iptali talep edilen ibarenin yer aldığı üçüncü cümlesine göre açıklanan veya yeni kurulan hükme itiraz edilebilecektir. İptali talep edilen dördüncü cümlesine göre itiraz mercii ancak bu fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilecektir. Başka bir anlatımla kanun koyucu iptali talep edilen ibare ve cümleyle açıklanan veya yeni kurulan hükmün denetimi bakımından itiraz kanun yolunu öngörmüş ve sınırlı denetim yapılacağını kurala bağlamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki “Yargılama makamlarının verdikleri kararlarda bir aykırılık veya yanılma olması daima mümkündür. Yasama ve yürütme organları ile idare, yargılama makamlarının kararlarına uymak mecburiyetinde oldukları ve onları değiştiremedikleri için (Any. 138/4), yargılama makamı kararlarındaki hatalarını giderme işini gene sadece yargılama makamları yapabilir. Bu denetime, kanun yolu adı verilir. ... Kanun yolu aykırılıkları gidermek ve isabetli karar verilmesini sağlamak bakımından sanık için olduğu kadar toplum için de büyük bir teminat olduğu için, bir insan hakkıdır. Muhakeme hukukunda kararlara karşı kanun yolunun açık tutulması kaideyi oluşturur. ...”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kanun yoluna başvurabilme imkanını mahkemeye erişim hakkı bağlamında değerlendirmiştir:

“49. Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir (bkz. Bayar ve Gürbüz/ Türkiye, B. No: 37569/06, 27/11/2012, § 42). Mahkemeye erişme hakkı, cezai olaylarda da uygulanabilir bir haktır. Bu bağlamda mahkemeye erişme hakkı, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin, bu isnat hakkında bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır.”

İtiraz mekanizması da olağan kanun yoludur. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen 2021/121 E. sayılı Kararında da belirttiği üzere:

“24. İtiraz konusu kuralla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı açıkça itiraz kanun yolu öngörülmüştür. Olağan bir kanun yolu olan itiraz, hâkim kararları ile - kanunun gösterdiği hâllerde- mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur. İtiraz, maddi ve hukuki meselelere ilişkin yapılabildiği için asıl derece kanun yoludur. İkinci derece olarak da adlandırılan asıl derece kanun yolları, bir hükme karşı gidilip gidilememesine

göre istinaf ve itiraz olarak ikiye ayrılır. İtiraz kanun yolu, hüküm dışındaki kararlara karşı kabul edilmiştir. İtiraz kanun yolunda itiraz mercii -temyizden farklı olarak- gerekiyorsa hukuki sorunun yanında maddi sorunu da ele alabilir, Kanun'un 270. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre gerekli gördüğü araştırmaları yapabilir ya da yapılmasını emredebilir. Yine kanun yolu incelemesi yapan itiraz mercii Kanun'un 271. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca duruşma açabilir; Cumhuriyet savcısını, müdafiyi ya da vekili dinleyebilir.

25. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre ilke olarak kanun yolu incelemesi yapan mercinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması hâlinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir (Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57). Buna karşılık ilk derece mahkemesi kararında esaslı iddiaların karşılanmaması veya bu iddialara makul bir gerekçe ile cevap verilmemesi hâlinde kanun yolu incelemesi yapan mercinin -aynı iddiaların kendisi önünde de ileri sürülmesi hâlinde- ilgili iddialara yönelik atıf yapacağı bir ilk derece mahkemesi de-ğerlendirmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda kanun yolu incelemesi yapan mercinin davayla doğrudan ilgili olan bu hukuka aykırılık iddialarını ayrıca değerlendirerek makul bir gerekçe ile ce-vap vermesi anayasal yükümlülük gereğidir (Ümmügülsüm Salgar [GK], B. No: 2016/12847, 21/10/2021, § 69; Atilla Yazar ve diğerleri, §145).''

Yine Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen 2022/120 E. sayılı Kararında da belirttiği üzere:

“35. Ceza yargılamasında -hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere- sonuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri, üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri ve kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler dışında ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümlere karşı asıl derece kanun yolu olarak istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Bu durumda kanunen tanınan istinaf yoluna başvuru hakkını kısıtlayan hükümler hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturacaktır. Bununla birlikte hukuka uygun bir rıza beyanının müdahaleyi ortadan kaldıracabileceği belirtilmelidir.”

Ancak kanun koyucunun, uygulamada oluşan sorunları göz önünde bulundurarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı değişik on ikinci fıkra ile istinaf ve temyiz kanun yolunu öngörmüşken; açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı itiraz kanun yolunu öngörmemesinin ve bunu sınırlı denetime bağlamasının nedeni anlaşılamamaktadır. Zira hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itirazlar kapsamında; itiraz mercilerinin incelemelerinin yetersizliği ortadadır. Hal böyle iken açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı istinaf kanun yolunu açmak yerine; itiraz mekanizmasını çalıştırmak; halihazırda çeşitli hatalara sebebiyet vermiş bir uygulamanın sürdürülmesi, HAGB'nin cezasızlığa neden olduğu algısının varlığını koruması, HAGB'nin temel hak ve hürriyetleri bakımından bir baskı / tehdit aracı olarak kullanılmaya devam edilmesi gibi problemler ortaya çıkacaktır. Kaldı ki itiraz mercisinin sadece on birinci fıkradaki koşullarla sınırlı olarak bir değerlendirme yapabilmesi, bu problemlerin ortaya çıkma olasılığını oldukça kuvvetlendirmektedir. Bununla birlikte söz konusu sınırlı denetim kaydı; uygulamada temel hak ve özgürlüklerin kullanımını sınırlandıracak nitelikte olan açıklanan veya yeni kurulan hükmün, sadece şekli bakımdan mı yahut hem şekli hem de maddi bakımdan mı değerlendirileceğine ilişkin tereddütleri giderebilecek nitelikte de değildir. Bu noktada sınırlı denetimin, “kanun yoluna başvurma hakkının mevcut hükmün her boyutuyla hukuka uygun olup olmadığının (söz gelimi “başvurucuların iddialarının ve delillerinin dikkate alınması, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba

içinde olunması, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu ve müdahalenin orantılı olup olmadığı”) yargı makamlarınca denetlenmesi” şeklindeki amacıyla bağdaşmadığını da belirtmek gerekmektedir. Açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı etkili bir denetim mekanizmasının öngörülmemesi, Anayasa’nın 13. maddesinin aksine kanun yoluna başvuru özelinde adil yargılanma hakkının (hükümün denetlenmesini talep etme hakkının) özünü ortadan kaldıracaktır.

Başka bir anlatımla değişik on birinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan iptali talep edilen ibare ve iptali talep edilen dördüncü cümleyle; itiraz kanun yolu ve sınırlı denetim öngörülerek; hakkındaki hüküm açıklanan veya hakkında yeni hüküm kurulan (Anayasa ile tanınmış hak - hürriyetleri ihlal edilen ve yetkili makama geciktirilmeden başvurmak isteyen) kimse tarafından; etkili başvuru hakkının kullanımı, demokratik bir toplumda olmayacak biçimde hukuken etkisiz hale getirilmektedir.

Bununla birlikte on birinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan iptali talep edilen ibare ve iptali talep edilen dördüncü cümlelerin Anayasa’nın 13, 36 ve 40. maddelerine aykırılığı; değişik beşinci fıkranın birinci cümlesindeki ana omurgayı bu bağlamda sakatlamakta ve ana omurganın sakatlanışı, (müsaderenin hariç tutulmasına ilişkin) iptali talep edilen diğer ibareye sirayet etmektedir. Kaldı ki (itiraz mekanizmasına ilişkin) iptali talep edilen ibare ve cümle, müsaderenin infaz aşamasına etki edecektir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler ve cümleler, Anayasa’nın 13, 36 ve 40. maddelerine aykırıdır.

iv)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa’dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa’nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı).

İptali talep edilen ibarelerin ve cümlelerin kanunlaştırılmasının saiklerinden birinin Anayasa Mahkemesi’nin 20.07.2022 tarihli ve 2021/121 E.; 2022/88 K.; 01.06.2023 tarihli ve 2022/120 E.; 2023/107 K. sayılı Kararları olduğu yukarıda açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konularıyla aynı içeriğe sahip bir hüküm ihtiva eden ve söz konusu iptal kararlarının müteallik bölümleri:

“15. Anayasa’nın “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrası “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir” hükmünü içermektedir. Anılan hükme göre kişilerin yargı makamları ile idari makamlar önünde haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması anayasal bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, temel hak ve özgürlüğü ihlal edilen ya da ihlal edildiğini iddia eden kişilerin ilgili yargı veya idari merciler nezdinde şikâyetlerini dile getirmesi hususunda devlete gerekli ve yeterli mekanizmaları oluşturarak uygun koşulları sağlama yükümlülüğü getirmektedir (AYM, E.2019/102, K.2019/99, 25/12/2019, § 16).

16. Bu çerçevede Anayasa’nın anılan maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceleyebileceği makul, erişilebilir, etkili, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini

engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânının sağlanmasını teminat altına almaktadır (AYM, E.2019/102, K.2019/99, 25/12/2019, § 17).

17. İtiraz konusu kural, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz edilebil-mesini öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kural da dahil olmak üzere 5271 sayılı Ka-nun'un 231. maddesinin birçok hükmünü anayasallık denetimine tabi tutmuş ve bu hükümle-rin Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır (AYM, E.2007/14, K.2009/48 12/3/2009; E.2008/45, K.2009/53, 12/3/2009; E.2008/106, K.2009/54, 12/3/2009; E.2009/22, K.2009/55, 7/5/2009; E.2011/41, K.2012/25, 16/2/2012).

18. Anayasa Mahkemesi; bireysel başvurunun yürürlüğe girmesi üzerine hükmün açıklanması-nın geri bırakılması kurumunun ve bu kurumun işleyişinin cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili sorunlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlü-ğe müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi; kolluk görevlisinin güç kullandığı olayda yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar vermiş, olayın faili olan kolluk görevlisi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin -ihlalin ağırlığı dikkate alındığında-başvurucunun mağduriyetini gidermediği kanaatine varmış ve bu durumun cezasızlığa neden olduğunu belirterek yaşam hakkının usul yönünün de ihlal edildiğine hükmetmiştir (Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197).

19. Anayasa Mahkemesi, izinsiz patlayıcı madde üretimi yapılan binada meydana gelen pat-lama sonucu gerçekleşen ölüm ve yaralanma olayında yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği-ne karar vermiş; olayda ihmali bulunan kamu görevlileri hakkında hükmün açıklanmasının geri bıra-kılması kararı verilmesinin ise yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlali yönünden uygun ve yeterli bir giderim sağlamadığı sonucuna ulaşmıştır (Necle Kara ve diğerleri, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110). Yine işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarının ileri sürüldüğü birçok bi-reysel başvuruda da Anayasa Mahkemesi benzer yönde kararlar vermiştir (Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, B. No: 2018/36717, 7/10/2021; Özgür Ulaş Armutcuoğlu, B. No: 2018/27396, 29/6/2021; Yunus Kalkan, B. No: 2013/4383, 18/2/2016).

20. Anılan kararların dışında Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının özellikle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına müdahale teşkil ettiğini ve bu müdahalenin hak ihlaline neden olduğunu tespit etmiştir (Zübeyde Fusun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015).

21. Ayrıca Anayasa Mahkemesi müsadere kararının şikâyet edildiği başvuruda, hükmün açık-lanmasının geri bırakılması kararı verilmesi durumunda hangi aşamada müsadere kararının infaz edi-leceğine ilişkin açık bir kanun hükmünün bulunmadığını, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte müsadere kararının infazına girişilmesinin mülkiyet hakkına müsadere yoluyla ya-pılan müdahalenin keyfi veya hukuka aykırı olup olmadığının ileri sürülebileceği bir yol olan temyiz yoluna başvuru imkânını askıya aldığını, yol açılan bu belirsizlik ve yeterli güvencelerin sağlanma-ması nedeniyle başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklendiğine hükmetmiştir (Süleyman Baş-meydan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 59-63).

22. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun ve bu kurumun işleyişinin birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil etmesi nedeniyle itiraz konusu kuralın bireysel başvuru kap-samında görünür hâle gelen bu yeni hususlar gözönünde bulundurularak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkı bağlamında incelenmesi gerekir.

23. Verilen bir kararın hatalı ya da hukuka aykırı olduğu iddiası ile ortaya çıkan uyuşmazlı-ğın çözülmesi amacıyla bireyler için bir hukuki çare olarak kanun yoluna başvurma imkânı tanınmış-tır. Kanun yolunun amacı, yargı yerleri tarafından verilen kararların kural olarak başka bir yargı yeri tarafından denetlenmesine imkân tanımak suretiyle daha güvenceli bir yargı hizmeti sunmaktır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Kanun yoluna başvurmak, hukuka uygun ve doğru kararlar ver-mek için önemli olduğundan sanık açısından olduğu kadar toplum için de bir teminattır. Bunun yanı sıra adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin kanun yolu aşamasında da sağlanması gerekir (Emine Karagülmez, B. No: 2013/3673, 11/12/2014, § 21). Bu nedenle ilk derece mahkemelerinin anayasal güvencelere aykırı bir şekilde hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı vermeleri hâlinde bu aykırılıkların itiraz mercilerince değerlendirilip değerlendirilmediği meselesi temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından son derece önemlidir (Atilla Yazar ve diğerleri, § 143).

24. İtiraz konusu kuralla, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı açıkça iti-raz kanun yolu öngörülmüştür. Olağan bir kanun yolu olan itiraz, hâkim kararları ile - kanunun gös-terdiği hâllerde- mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur. İtiraz, maddi ve huku-ki meselelere ilişkin yapılabildiği için asıl derece kanun yoludur. İkinci derece olarak da adlandırılan asıl derece kanun yolları, bir hükme karşı gidilip gidilememesine göre istinaf ve itiraz olarak ikiye ay-rılır. İtiraz kanun yolu, hüküm dışındaki kararlara karşı kabul edilmiştir. İtiraz kanun yolunda itiraz mercii -temyizden farklı olarak- gerekiyorsa hukuki sorunun yanında maddi sorunu da ele alabilir, Kanun'un 270. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre gerekli gördüğü araştırmaları yapabilir ya da yapılmasını emredebilir. Yine kanun yolu incelemesi yapan itiraz mercii Kanun'un 271. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca duruşma açabilir; Cumhuriyet savcısını, müdafiyi ya da vekili dinleyebilir.

25. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre ilke olarak kanun yolu incelemesi yapan mercinin yargılamayı yapan mahkemenin kararını uygun bulması hâlinde bunu ya aynı gerekçeyi kullanarak ya da bir atıfla kararına yansıtması yeterlidir (Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57). Buna karşılık ilk derece mahkemesi kararında esaslı iddiaların karşılanmaması veya bu iddialara makul bir gerekçe ile cevap verilmemesi hâlinde kanun yolu incelemesi yapan mercinin -aynı iddiaların kendisi önünde de ileri sürülmesi hâlinde- ilgili iddialara yönelik atıf yapacağı bir ilk derece mahkemesi de-ğerlendirmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda kanun yolu incelemesi yapan mercinin davayla doğrudan ilgili olan bu hukuka aykırılık iddialarını ayrıca değerlendirerek makul bir gerekçe ile ce-vap vermesi anayasal yükümlülük gereğidir (Ümmügülsüm Salgar [GK], B. No: 2016/12847, 21/10/2021, § 69; Atilla Yazar ve diğerleri, §145).

26. Bu bağlamda hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yürürlüğe girdiği ta-rihten bugüne hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunun inceleme kapsamına ve dolayısıyla karşılanması gereken hukuka aykırılıkların neler olduğuna dair ciddi uygu-lama farklılıkları göze çarpmaktadır. Nitekim hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı-na itiraz hâlinde Yargıtay ilk zamanlar itirazı incelemeye yetkili makamın hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yalnızca şekli şartlarının oluşup oluşmadığı hususlarında sınırlı bir ince-leme yapması ve suçun sübutuna ilişkin bir inceleme yapmaması gerektiği yönünde, daha sonra ise söz konusu kurumun şekli şartlarının yanı sıra

maddi yönden de bir inceleme yapması gerektiği yönünde kararlar vermiş; aynı süreç içinde Yargıtay daireleri arasında farklı uygulamalara gidildiği görülmüş-tür(bkz. §§ 8-12).

27. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Türk hukuk sisteminde yeni sayılabilecek bir kurum olmasına karşın geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün açıkladığı 2020 yılı verilerine göre ceza mahkemelerinde verilen mahkûmiyet kararlarının yaklaşık dörtte birini hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları oluşturmaktadır (Atilla Yazar ve diğerleri, § 108).

28. Türk yargısında oldukça geniş bir uygulama alanı bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yoluna başvurma imkânının yer alması mevcut uygulama şekli itibarıyla tek başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda uygulamada da başarı şansı sunması gerekmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu, müdahalenin dayanağı kuralın yargılama hukukunun usule ilişkin güvencele-rini sağlayamaması anlamına geleceğinden temel hak ve özgürlüklerin ihlaline yol açacaktır (Atilla Yazar ve diğerleri, § 154).

29. Bu çerçevede daha önce ihlal sonucuna ulaştığı birçok bireysel başvuru dosyasında (bkz. §§ 18-21) Anayasa Mahkemesi; itiraz makamlarının başvuru sahiplerinin iddialarını ve delillerini dikkate almadığına, çatışan menfaatleri dengelemeye yönelik bir çaba içinde olmadığına, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmediğine yönelik kararlar vermiştir. Mevcut sistemde itiraz mercilerinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz üzerine verdikleri kararların dosya üzerinden yeknesak bir şekilde ve çoğu kez sadece şekli koşullar yönünden, ilk derece mahkemelerince verilen kararlarda hukuka aykırılık bulunmadığını ve bu sebeple de itirazın reddedildiğini bildiren bir cümleden ibaret gerekçelerden oluştuğu görülmüştür (Atilla Yazar ve diğerleri, § 155).

30. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kural; bu kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilmesinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmemektedir. Bu durum temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin giderilmesinde ve kamu gücünü kullananların keyfi davranışlarının önüne geçilmesinde bireye tanınmış olan yetkili makama başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir. Nitekim kuralın anılan hususları karşılayacak şekilde uygulanmadığı da görülmektedir. Doğrudan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi ile ilgili olan bu tür bir muhakemenin yokluğu etkili başvuru hakkıyla bağdaşmamaktadır.

31. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 40. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”

“22. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

23. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlar-dan kaçınan, hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

24. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç ve ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu izlediği suç ve ceza politikası gereği cezalandırma yetkisini kullanırken ceza hukukuna ilişkin anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı konularında takdir yetkisine sahiptir. Aynı şekilde ceza ve ceza muhake-mesi alanında sistem tercihinde bulunulması, HAGB gibi ceza politikası araçlarına yer verilip veril-meyeceği, verilecek ise bu kurumun nasıl uygulanacağı konularında da kanun koyucunun takdir yet-kisi bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

25. İtiraz konusu kural iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ile cezalandırılan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılabileceğini öngörmektedir.

26. Anayasa Mahkemesinin önceki bir kararında belirttiği üzere HAGB kurumu Avrupa ülke-lerinin bir kısmının ceza mevzuatında da yer almaktadır. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avru-pası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, ceza yargılaması sonunda sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün belirli şartlar al-tında hukuki sonuç doğurmaması esasına dayanır. Hâkim, sanığın mahkûmiyetine karar vermekle bir-likte mahkûmiyet hükmünün açıklanmasını belirli bir süreyle ertelemekte ve sanığı bu süre içinde de-netim altında tutmaktadır. Tâbi tutulduğu denetim süresi içinde yeni bir suç işlemeyen ve yükümlü-lüklere uygun davranan sanık hakkındaki mahkûmiyet kararı ortadan kaldırılmaktadır. Böylece de-neme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarından (bazı farklılıklarla birlikte bkz. AYM, E.2012/80, K.2013/16, 17/01/2013).

27. Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kural da dâhil olmak üzere 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin birçok hükmünü anayasallık denetimine tâbi tutmuştur. Anılan kararlarda Anayasa Mah-kemesinin HAGB kurumunun yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmadığına, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunmasının da amaçlandığına vurgu yaptığı an-laşılmaktadır. Nitekim mukayeseli hukukta da suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verilmekte-dir (AYM, E.2007/14, K.2009/48 12/3/2009; E.2007/42, K.2009/50, 12/03/2009; E.2008/45, K.2009/53, 12/3/2009; E.2008/106, K.2009/54, 12/3/2009; E.2009/17, K.2009/47, 12/03/2009; E.2009/22, K.2009/55, 7/5/2009; E.2011/41, K.2012/25, 16/2/2012; E.2012/9, K.2012/103, 05/07/2012; E.2015/23, K.2015/56, 17/06/2015; E.2020/22, K.2020/34, 25/06/2020).

28. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin çeşitli bireysel başvuru kararlarında HAGB ku-rumunun cezasızlıkla bağlantılı olarak yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yaşağıyla ilgili so-runlara neden olduğunu, bunların yanı sıra başta ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü dü-zenleme hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil ettiğini, kamu otoriteleri-nin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermediğini ve hak ihlallerine neden olduğunu tespit ettiği, anılan kurumun Anayasa'ya aykırı yönlerine birçok defa dikkat çektiği görülmektedir (Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 97; Seyfullah Turan ve diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017, §§ 194-197; Necla Kara ve diğerleri, B. No: 2018/5075, 15/3/2022, §§ 103-110 Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B.

No: 2018/17635, 26/7/2019; Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015; Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015; Memduh Yılmaz ve Naciye Yılmaz, B. No: 2018/36717, 7/10/2021).

29. Nitekim Anayasa Mahkemesi Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında yer alan ve HAGB kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğunu düzenleyen kurala ilişkin yapılan başvuruda, anılan kuralı bireysel başvuru kapsamında görünür hâle gelen hususları gözönünde bulundurarak anayasallık denetimine tâbi tutmuş ve kuralın itiraz kanun yoluna başvuranların iddia ve delillerinin dikkate alınmasında, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde, temel hak ve özgürlüklere yapılan mü-dahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunun ve ölçülülüğünün belirlenebilme-sinde belirli ve etkili bir denetim yolu öngörmediği sonucuna ulaşarak iptaline karar vermiştir (AYM, E.2021/121, K.2022/88, 20/7/2022).

30. Bu itibarla itiraz konusu kuralda da HAGB kurumunun işleyişine dair Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce yapılan değerlendirmeler gözönünde bulundurularak anılan kurumun temel hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal güvencelere uygun olup olmadığı tespit edilmelidir.

31. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak id-dia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir.

32. Anayasa'nın anılan maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, yargılama usulüne ilişkin güvencelerle hakkaniyete uygun yargılama yapılmasını hedefleyen ve demokratik toplumda vazgeçilmez nitelikte olan adil yargılanma hakkını da kapsayan geniş bir içeriğe sahiptir. Bu özgür-lük, hakların korunmasını amaç edinen vazgeçilmez meşru yöntemlerin başında gelmektedir. Anaya-sa'daki temel hakların korunmasında önemli bir teminat olan yargısal hak arama yolu, hakların ko-runmasında en etkili ve güvenceli yoldur. Bu bağlamda, mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini talep etme hakkı Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak ara-ma özgürlüğünün sağladığı güvencelerden biridir (AYM, E.2018/71, K.2018/118, 27/12/2018, §§ 5-12).

33. Anayasa'nın 36. maddesi, bir mahkeme tarafından verilen hükmün hangi kanun yoluna tâbi olacağı ve üst dereceli mahkemelerden hangisi tarafından hükmün denetleneceği yönünde bir güvence içermemekte olup anılan hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak kanun koyucunun kanun yollarına başvuru bakımından daha ileri güvenceler öngörmesi mümkündür.

34. Adil yargılanma hakkı bir mahkeme kararına karşı üst yargı yollarına başvurabilmeyi doğrudan güvence altına almamakla birlikte, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilme ve uyuş-mazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilme anlamına gelen ve adil yargılanma hakkı-nın bir güvencesi olan mahkemeye erişim hakkı uyarınca hakkında suç isnadı bulunan bir kimseye is-tinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise bu kanun yolları yönünden de adil yargılanma hakkı kapsamındaki güvencelerin sağlanması gerekir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52; Hasan İşten, B. No: 2015/1950, 22/2/2018, § 37).

35. Ceza yargılamasında -hapis cezasından çevrilen adli para cezaları hariç olmak üzere- so-nuç olarak belirlenen üç bin Türk Lirası dâhil adli para cezasına mahkûmiyet hükümleri, üst

sınırı beş yüz günü geçmeyen adli para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümleri ve kanunlarda kesin ol-duğu yazılı bulunan hükümler dışında ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükümlere karşı asıl derece kanun yolu olarak istinaf kanun yolu kabul edilmiştir. Bu durumda kanunen tanınan istinaf yoluna başvuru hakkını kısıtlayan hükümler hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkına müdahale oluşturacaktır. Bununla birlikte hukuka uygun bir rıza beyanının müdahale-leyi ortadan kaldıracabileceği belirtilmelidir.

36. HAGB kararı verilen yargılamalar bakımından 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca itiraz kanun yolu kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle istinaf kanun yoluna tâbi olması öngörülen bir yargılama sanığın HAGB kararı verilmesini kabul etmesiyle itiraz yoluna tabi hâle gelmektedir. Sanık, hakkında HAGB kararı verilmesini kabul etmekle birlikte istinaf kanun yoluna başvurma hakkından feragat etmektedir.

37. Anayasa'nın 36. maddesi veya diğer herhangi bir maddesi kişilerin hükmün denetlenmesi-ni talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkından feragat edilmesini açıkça yasaklayan bir hüküm içermemektedir. Öte yandan bu hakların mahiyetinden kaynaklı olarak feragati geçersiz kılan bir hü-sus da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kişilerin hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkeme-ye erişim hakkından feragat etmesi mümkündür. Bununla birlikte feragatin Anayasa'ya uygun olabil-mesi için feragat iradesinin açık olması, sonuçlarının kişi yönünden makul olarak öngörülebilir olma-sı ve adil yargılanma hakkına ilişkin asgari güvencelerin de sağlanmış olması gerekir. Ayrıca feragati meşru olmaktan çıkaran üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekir (benzer yönde değerlendirme-ler için bkz. Nurettin Balta, B. No: 2016/10023, 28/12/2021, § 45).

38. Anayasa Mahkemesi Atilla Yazar ve diğerleri kararında, sanıkların HAGB kararını kabule ilişkin irade beyanlarının alınması usulündeki güvence eksikliğine dikkat çekilmiştir. Anılan kararda, sanıktan henüz hüküm kurulmadan HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğine yönelik iradesini or-taya koymasını istemenin kendisini güvenceye almak isteyen sanığın henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bir tür ihtimal hesabına girişmesine ve bilinmezlik içinde iradesini açıklamasına neden olabileceği, bu durumun da sanıkların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili konularda henüz duruşma-nın başında haksız bir baskı oluşturabileceği ifade edilmiştir. Anılan kararda tespit edildiği üzere, henüz verilmemiş ve sanığa bildirilmemiş bir hükmün açıklanmasının ertelenmesini isteyip istemediği sorulan sanık yargılamaya konu olayla ilgili tüm şüphelerin ortadan kaldırılmadığı bir aşamada, kendi yargılama sonucunu tahmin edip henüz aydınlatılmamış bir iradeyle beyanda bulunmak zorun-da bırakılmaktadır. HAGB uygulanmasını yargılamanın henüz başında kabul eden sanıklar hakkında yargılamanın sonraki aşamalarında adil yargılanma hakkı güvencelerinin ilk derece mahkemesince sağlanıp sağlanmadığının denetimi ise istinaf kanun yolunda yapılamamakta ve bu durum hak ihlal-lerine yol açabilmektedir (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 161-164).

39. Anayasa Mahkemesinin anılan kararındaki tespitler gözetildiğinde, mahkeme hükmünün kurulmasından önceki bir aşamada açıklanan belirli bir kanun yolundan feragat iradesinin anayasal geçerlilik koşullarını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, sanığın geçerli bir feragat iradesine dayanmaksızın karara karşı istinaf kanun yoluna başvuru imkânından mahrum bırakılmasının hük-mün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırladığı sonucuna ulaşılmıştır.

40. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, 28/3/2023 tarihli ve 7445 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik

Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle yapılan değişiklikle itiraz merciinin esasa ilişkin hukuka aykırılık iddiaları yönünden de HAGB kararını denetlemesi zorunluluğu getirilmiş ise de bu durum hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkının sınırlandığı gerçeğini değiştirmemektedir. Zira dava konu-su kuralın kapsamında kalan hükümler yönünden olağan denetim merci istinaf kanun yolu olarak düzenlenmişken sanığın HAGB uygulanmasını kabul etmesi ve mahkemenin HAGB kararı vermesiyle artık bu yola başvuru imkânı ortadan kalkmaktadır. Sanığın geçerli bir feragat iradesi olmaksızın kanunen tâbi olduğu istinaf yoluna başvurusunun bu aşamada imkânsız kılınması -alternatif bir denetim mekanizması getirilmiş olsa bile- hükmün denetlenmesini talep etme hakkı ile mahkemeye erişim hakkını sınırlamaktadır.

41. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmektedir. Buna göre adil yargılanma hakkına sınır-lama getiren düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

42. Bu kapsamda kanun yoluna başvuru hakkından feragate ilişkin bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir.

43. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

44. Mevcut durumda sanığın HAGB'yi kabule ilişkin irade beyanının ne zaman sorulacağı konusunda yasal bir düzenlemenin bulunmaması nedeniyle, sanığa hakkında HAGB kararı verilmesini istemeyişinin yargılamanın sona ermesinden önce sorulması mümkündür. Bu durum ise henüz hakkında kurulmuş bir mahkûmiyet hükmü bulunmayan sanığı mahkûmiyet tehdidinin varlığı karşısında savunmasız duruma sokmakta ve henüz doğmamış olan istinaf kanun yoluna başvuru hakkından peşinen feragat etmeye zorlamaktadır. Bu itibarla sanığa HAGB'yi kabul edip etmediğine yönelik sorunun mahkûmiyet hükmünün ardından sorulmasına yönelik bir usule ilişkin güvencenin bulunmaması nedeniyle kuralın kanunilik şartını sağlamadığı, ayrıca sanığa aşırı bir külfet yüklediği ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

45. Öte yandan, Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir.

46. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifa-de eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulun-mayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı ayni haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası mümkün olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (Mahmut Duran ve diğerleri, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

47. Ceza yargılaması sonunda mülkiyetin kamuya geçirilmesi sonucuna yol açan müsadere kararı mülkiyet hakkına sınırlama getirmekte olup mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrol edilmesidir (Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, §§ 54-58). Müsaderenin HAGB kararı verilmesi durumunda hangi aşamada infaz edileceğine ilişkin olarak ise açık bir kanun hükmünün bu-lunmadığı anlaşılmaktadır.

48. Kanun koyucu müsadere kararı için farklı bir usul veya kanun yolu düzenleyebileceği gibi HAGB kararları yönünden de müsadereye ilişkin farklı bir mekanizma öngörebilir. Ancak yapılan dü-zenlemenin ve uygulamanın Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin gerekliliklere uygun olması ve bu çerçevede yeterli usul güvencelerini içermesi zorunludur. Bu bağlamda mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan sınırlamanın keyfî veya hukuka aykırı olup ol-madığının ileri sürülebileceği bir yol olarak öngörülen istinaf kanun yoluna başvuru imkânının askıya alınarak HAGB kararı ile birlikte müsadere kararının infazına yol açabilecek şekilde infaz zamanında belirsizliğin olduğu ve yeterli güvencelerin sağlanmadığı dikkate alındığında kuralın maliklere aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla kural uyarınca müsadere yoluyla mülkiyet hakkı-na yapılan sınırlamanın -kuralın da yer aldığı fıkradaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade ettiği biçimindeki düzenleme de göz önünde bulundurulduğunda- kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkının korunması arasında olması gereken adil dengeyi bozduğu ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır (Süleyman Başmeyer-dan [GK], B. No: 2015/6164, 20/6/2019, §§ 57-63).

49. Diğer yandan, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korun-ması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Devle-tin, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, ön-celikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini, yani anılan maddenin üçüncü fıkrasın-da belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 60, 61).

50. Devlet, bireyin maddi ve manevi varlığını her türlü tehlikeden, tehditten ve şiddetten ko-rumakla yükümlüdür. Anılan koruma yükümü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da in-san haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu-nun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığı-y-la koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda

devletin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anla-mında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Süleyman Deveci, B. No: 2013/3017, 16/12/2015, § 81).

51. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanıl-ması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belir-li bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 127). Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlula-ra fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (Şenol Gür-kan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105). İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (Süleyman Deveci, § 102).

52. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmaktadır.

53. Kural, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülöklere uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı Ka-nun'un 223. maddesi uyarınca düşürölmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiy-le sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır. Dolay-ısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırak-maktan ibarettir.

54. HAGB kararının bu niteliğini gözet-en Anayasa Mahkemesi daha önceki birçok kararında, kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telifinin sağlanmasının da aranmadığını dikkate alarak anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir (Şenol Gür-kan, § 110; Mustafa Rollas, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 81).

55. Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlölükleri kapsamında daha esnek davranma imkânı bulunmaktadır. Buna karşın failin kamu görevlisi olduğu durumlarda hukuka aykırı ve son derece ciddi bir fiilin hiçbir şekilde hoş göröllemeyeceğinin gösterilmesi gerekir. Bu an-lamda işkence veya kötü muamele gerçekleştirdiği tespit edilen kamu görevlisi fiili olarak cezasız bı-rakılmamalıdır. HAGB kurumunun kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği ve Anayasa'nın 17. maddesi anlamında işkence, eziyet ve kötü muamele kabul edilen suçlar bakımından uygulanmayaca-ğına dair yasal düzenlemenin bulunmaması ve ceza mahkemelerinin uygulamalarının da bu sorunu çözememesi Anayasa'nın 17. maddesinin devlete yüklemiş olduğu faillere fiilleriyle orantılı cezalar verilmesi ve mağdurlar açısından uygun giderimin sağlanması şeklindeki usul yükümlölüğü ile bağ-daşmamaktadır.

56. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin Atilla Yazar ve diğerleri kararında belirtilen eksikliklerin (Atilla Yazar ve diğerleri, §§ 123-173) bütünüyle giderilmesine yönelik kanun koyucu tarafın-dan gerekli değişikliklerin yapılmadığı, HAGB kurumunun mevcut haliyle - bireysel başvuru kararları-nda da işaret edildiği üzere- kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarını önlemekte yetersiz kaldığı ve başta ifade özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel hak ve öz-gürlükler üzerinde caydırıcı etki doğurduğu anlaşılmaktadır.

57. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklindedir.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 13, 17, 35, 36 ve 40. maddelerine-benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep ibareleri ve cümleleri kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

v)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler ve cümleler, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel hakka ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, yaşam hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6.; etkili başvuru hakkına ilişkin 13.; mülkiyet hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki; değişik beşinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan ve iptali talep edilen “müsadereye ilişkin hükümler hariç” ibaresi; değişik on birinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan ve iptali talep edilen “itiraz edilebilir” ibaresi ile iptali talep edilen dördüncü cümlesi: değişik beşinci fıkranın iptali talep edilen birinci cümlesinin fer'i hükmü olduğundan; değişik beşinci fıkranın iptali talep edilen birinci cümlesinin iptal edilmesiyle birlikte; değişik beşinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan ve iptali talep edilen “müsadereye ilişkin hükümler hariç” ibaresi; değişik on birinci fıkranın üçüncü cümlesinde yer alan ve iptali talep edilen “itiraz edilebilir” ibaresi ile iptali talep edilen dördüncü cümlesinin de uygulanma imkânı kalmayacaktır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin değiştirilen beşinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan “müsadereye ilişkin hükümler hariç” ibaresi; değiştirilen on birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “itiraz edilebilir” ibaresi ile dördüncü cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 13, 17, 35, 36, 40, 90 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin ve cümlelerin iptali gerekir.

4) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 247. maddesinin yeniden düzenlenen üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Kaçağın tanımı” kenar başlıklı 247. maddesinin “Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez.” şeklindeki üçüncü fıkrası, Anayasa’nın 13 ve 36. maddelerine aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (22.03.2023 tarihli ve 2022/145 E.; 2023/59 K. sayılı Kararı).

Bunun üzerine kanun koyucu tarafından 7499 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle anılan üçüncü fıkra yeniden düzenlenmiştir:

“Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez.”

Ancak Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı üzerine yeniden düzenlenen üçüncü fıkra da Anayasa’ya aykırıdır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile adil yargılanma hakkı bakımından: Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilmesini ve fakat daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilememesini kurala bağlayan iptali talep edilen fıkra, adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmelidir. Zira gıyabi yargılama (trial in absentia), anılan hakkın konusudur.

Başka bir anlatımla duruşmada hazır bulunmak, savunma hakkı ile silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin somut bir görünümü olarak, sanığın yargılamaya katılmasına, hukuki olarak dinlenilmesine ve duruşmaya yön vermesine imkan sağlaması itibarıyla; adil yargılanma hakkının temel kullanımlarından biridir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de duruşmada bulunmanın esas olduğunu ve fakat istisnai hallerde (yetkililer gerekenleri yaptıkları halde ilgili kişiye duruşmayı haber veremedikleri takdirde ve bazı hastalık durumları söz konusu ise adaletin iradesini sağlamak için) gıyabında yargılama yapılabileceğini kabul etmektedir:

“AİHM, ceza davalarında sanığın duruşmalarda hazır bulunması gerektiğini kararlaştırmıştır. 6. Madde (1) v e (3) c-e fıkralarının amaç ve hedefi sanığın mevcudiyetini öngörmektedir.

...

Sanığın veya taraflardan birinin gıyabında duruşma yapılması ceza davalarında belirli istisnai koşullarda, yetkililer gerekenleri yaptıkları halde ilgili kişiye duruşmayı haber veremedikleri takdirde ve bazı hastalık durumları söz konusu ise adaletin iradesini sağlamak için kabul edilebilir.”

AİHM, sanığın özgürlükleri bakımından yitireceği şeylerin epeyce fazla olduğu durumlarda hazır bulunması gerekliliğine işaret etmiştir:

“Kremzow Avusturya’ya karşı davasında başvuru hukuka ilişkin bir duruşmanın dışında tutulmuştu ve AİHM de avukatın katılmasına ve başvuru namına savunma yapmasına imkan sağlandığı için kişinin kendisinin hazır bulunmasının 6. Madde (1) ve 6. Madde (3) c uyarınca gerekli olmadığına karar vermiştir. Ancak AİHM başvuru hukukunun mahkûmiyet kararının ağırlaştırılarak ömür boyu hapis cezasına ve bu cezanın özel bir cezaevinde çekilmesine çevrilmesine ilişkin kararın görüşüldüğü ve jürinin tespit edemediği suç sebebine

dair karar verilen bir duruşmanın dışında tutulmuş olmasının ihlal teşkil ettiğini belirlemiştir. AİHM başvurusunun karakterinin akli durumunun ve sebeplerinin değerlendirilmesi dava açısından önem taşıdığından ve başvurusunun yitirebilecekleri epeyce çok olduğundan başvurusunun da avukatının yanı sıra duruşmada hazır bulunabilmesi ve duruşmaya katılabilmesi gerektiğini belirtmiştir.”

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “kaçak olması nedeniyle gıyapta yargılanan sanığa tahsis edilecek avukatın, sanık tarafından seçilememesi (Karatas ve Sari)”ni AİHS Md. 6/3-c kapsamında değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.

Öte yandan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri uyarınca soruşturma evresi, “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden” itibaren başlar ve “iddianamenin kabulüyle” tamamlanır. Kovuşturma evresi, “iddianamenin kabulünden” itibaren başlar ve “hükümün kesinleşmesiyle” tamamlanır. Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararında belirtildiği üzere;

“6. 5271 sayılı Kanun’un 2. maddesinin (f) bendinde kovuşturma iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükümün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak tanımlanmıştır. Kovuşturma evresi ceza muhakemesinin soruşturmadan sonra gelen ikinci ve son aşamasıdır. Kanun yolları denetiminin de kovuşturma evresi içinde kabul edilmesi nedeniyle doktrinde bu aşama genişletilmiş kovuşturma evresi olarak da isimlendirilmiştir.

7. Dar anlamda kovuşturma evresi ise duruşma hazırlığı devresi, duruşma devresi ve duruşma-dan sonuç çıkararak hüküm verme devresi olarak üç aşamadan oluşmaktadır. Kovuşturma evresinde -tıpkı soruşturma evresinde olduğu gibi- maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için hukuka uygun bütün araç-larla delil toplanması mümkündür. Duruşma devresinde, ceza muhakemesinin tüm süjelerinin katılı-mıyla, toplanan delillerle doğrudan doğruya temasa geçilerek suç isnadının esası hakkında sonuç çı-karılması amaçlanmaktadır. Tarafların suç isnadı hakkında görüşlerini ortaya koymaları sonrasında duruşma sona erdirilir ve mahkemece hüküm verilir.”

İptali talep edilen fıkra, kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceğini ve fakat daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemeyeceğini kurala bağlamaktadır. Başka bir anlatımla kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilecek ve mahkûmiyet ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı dışındaki kararlar verilebilecektir.

Ceza muhakemesinde hüküm türleri temel olarak mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi şeklinde sıralanabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararının ilgili bölümü şu şekildedir:

“9. Anılan Kanun’un 223. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise ceza yargılaması sonunda verilebilecek hükümlerin neler olduğu sayılmıştır. Buna göre mahkûmiyet dışındaki hükümler; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararlarıdır.

10. Beraat kararı verilebilecek hâller söz konusu maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre yüklenen fiilin kanunda suç olarak düzenlenmemiş olması, suçun

sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından sanığın kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunması veya yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hâllerinde sanık hakkında beraat kararı verilir.

11. Ceza verilmesine yer olmadığı kararını gerektiren durumlar ise maddenin (3) ve (4) numaralı fıkralarında hükme bağlanmıştır. Bu itibarla (3) numaralı fıkroda eylem sabit olmasına rağmen kusur bulunmaması nedeniyle sanık hakkında ceza verilmeyen hâller; (4) numaralı fıkroda da işlenen fiilin suç olma özelliği devam etmesine -kusur bulunmasına- rağmen ceza verilmeyen hâller düzenlenmiştir.

12. (3) numaralı fıkroya göre isnat edilen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hâli veya geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hâli ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması veya kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hâllerinde sanık kusurlu olarak kabul edilmez ve cezalandırılmaz.

13. (4) numaralı fıkra uyarınca ise fiilin suç olma özelliği devam etmesine rağmen etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret veya işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Diğer bir ifadeyle anılan fıkroya göre sanık tarafından işlenen suç ceza mahkemesince sabit bulunmasına rağmen fıkroda sayılan cezasızlık hâllerinden birinin varlığı nedeniyle fail cezalandırılmaz.

14. (6) numaralı fıkroda da isnat edilen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması hâlinde sanık hakkında sadece veya mahkûmiyet kararıyla birlikte bir güvenlik tedbirine hükmedileceği belirtilmiştir. Hangi hâllerde güvenlik tedbirine karar verilebileceği ceza kanunlarında ayrıca düzenlenmiş olup bu kapsamda 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 56. maddesinde düzenlenen çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile 57. maddesinde hükme bağlanan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri örnek olarak gösterilebilir.

15. Aynı eylem nedeniyle aynı sanık hakkında daha önce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir davanın bulunması hâlinde 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre mahkeme davayı reddeder. 5237 sayılı Kanun'daki düşme sebepleri ile soruşturma veya kovuşturması şarta bağlanan hâllerde bu şartın gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde ise aynı maddenin (8) numaralı fıkrasına göre davanın düşmesine karar verilir.”

Elbette kanun koyucu usul ekonomisi gereğince kaçak sanık hakkında yürütülecek yargılamalar bakımından birtakım sınırlamalar getirebilir. Ancak bu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarına uygun olması gerekmektedir. Ancak eldeki dava konusunda sanığı dezavantajlı konuma sokacak ve birtakım özgürlüklerinden mahrum bırakacak güvenlik tedbiri uygulanması gibi hükümler yönünden; sanık hakkında kovuşturma yürütülerek sorgulama yapılmaksızın karar verilmesi (davanın bitirilmesi), anılan hakka orantısız biçimde müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır. Zira 5271 sayılı Kanun'da “kaçak sanığın yargılamadan kaçma niyetinin bulunmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkından feragatin şartlarının oluşmadığını öne sürerek; yeniden değerlendirme yapılmasını/yargılamanın yenilenmesini talep etme imkânını güvence altına alan etkili bir usule ilişkin yol” bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla iptali talep edilen fıkra nedeniyle sanık, yargılamaya katılamayacak, etkin bir şekilde savunma hakkını kullanamayacak ve dolayısıyla iddia makamı (ve katılan) ile eşit biçimde silahlara sahip olamayacak; bu kapsamda yargılama çekişmeli biçimde gerçekleşmeyecek ve hakkın özüne dokunacak biçimde adil yargılanma hakkı ihlal edilecektir. Söz gelimi sanığın sorgusu yapılmadan hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilebilecektir. Mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararı kapsamı dışında kalan ve fakat güvenlik tedbirlerinin uygulanması kararı gibi “sanığın özgürlükleri bakımından yitireceği şeylerin epeyce fazla olduğu” karar türlerinin sorgusu yapılmadan verilmesini olanaklı kılan fıkra, anılan hakkın özüne orantısız biçimde dokunmaktadır. Öte yandan bu durumda, ceza muhakemesinin amacının hilafına; maddi gerçek de ortaya çıkamayacaktır.

Bunun bilincinde olan kanun koyucunun, Anayasa Mahkemesi kararını eksik biçimde karşılamasının nedeni anlaşılamamaktadır.

Diğer bir söyleyişle Anayasa Mahkemesi’nin anılan kararı, mutatis mutandis eldeki dava konusuna uyarlandığında şu sonuç ortaya çıkacaktır:

“-İptali talep edilen fıkra, kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceğini öngörmektedir. Bu itibarla fıkra uyarınca kaçak sanık hakkında iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre yürütülebilecek, bu evreye ilişkin işlemlerin tamamı kaçaklık kurumuna uygun düştüğü ölçüde -hüküm verme dâhil- yapılabilecektir. Daha önce sorgusu yapılmamış kaçak sanık hakkında mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları verilemeyeceği ise yapılabilecek kovuşturma işlemlerinin istisnası olarak öngörülmüştür.

-İhtilaflı fıkra uyarınca kaçak sanık hakkında kovuşturma işlemleri yapılabilecektir. Bu kapsamda kaçak sanık hakkında sorgusu yapılmadan beraat kararının verilmesi ya da güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi yahut davanın reddine veya düşmesine karar verilmesi mümkün iken mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer ol-madığı kararları ancak sorgusunun yapılmış olması hâlinde verilebilecektir.

- İhtilaflı fıkra, kaçak sanığın yokluğunda kovuşturma yapılmasına, bu kap-samda mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları dışında bir karar verilmesine ve bu hâllerde sanığın sorgusu yapılmadan davanın yokluğunda biti-rilmesine imkân tanıyarak sanığın duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkına, dolayısıyla adil yargılanma hakkına bir sınırlama getirmektedir.

- İhtilaflı fıkra uyarınca sorgusu yapılmayan kaçak sanık hakkında mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları dışındaki hükümlerden olan güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi de mümkündür. Bu itibarla kaçak sanığın yokluğunda yapılan işlemlerin tekrarlanması veya verilen hükmün yeniden değer-lendirilmesi bakımından bu devrenin de değerlendirilmesi gerekir. Anılan hüküm türünde sanığın iddianameye konu haksızlığı gerçekleştirdiği tespit edilmekte an-cak ceza siyaseti gereği ceza verilmemektedir. Güvenlik tedbirlerine hükmedildi-ğinde sanık -masumiyetinin ortadan kalkması dışında- ayrıca yaptırıma maruz kalmaktadır.

- Mahkeme tarafından sorgusu yapılmayan kaçak sanığın eylemi veya suçu işlediğinin tespit edildiği hâllerde kurulan mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları dışındaki hüküm nedeniyle sanık başka yönlerden dezavantajlı konuma da düşebilmektedir. Yargılamadan kaçan sanığın yokluğunda -mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı da

dâhil- hüküm verilmesi, ilke ola-rak tek başına anayasal düzeyde adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaya-caksa da sanığın suç isnadı konusunda yeterince bilgilendirilmediğinin anlaşıldığı durumlarda, yokluğunda verilen hükme karşı ilk derecede veya kanun yolunda yeni bir değerlendirme yapılmasını isteme imkânına sahip olması gerekmektedir.

- Hakkında güvenlik tedbiri uygulanması gibi aleyhe sonuçlar doğurabile-cek nitelikte karar verilen kaçak sanığın yargılamadan kaçma niyetinin bulunma-dığını ve/veya duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkından feragatin şartla-rının oluşmadığını öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasını/yargılamanın yenilenmesini talep etme imkânını güvence altına alan etkili bir usule ilişkin yolun Kanun'da yer almadığı anlaşılmaktadır. Kaçak sanık hakkında aleyhe sonuçlar do-ğurabilen mahkûmiyet ve ceza verilmesine yer olmadığı dışındaki bu tür kararlar bakımından sanığın yargılamadan kaçmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmediğini öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasına dair güvence bulunmaksızın sorgusu yapılmadan davanın bitirilebilmesine imkân tanınması adil yargılanma hakkına orantısız, dolayısıyla ölçsüz bir sınırlama ge-tirmektedir.’’

Bu nedenlerle iptali istenilen fıkra, Anayasa'nın 13 ve 36. maddelerine aykırıdır.

ii)Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı).

İptali talep edilen fıkranın yeniden düzenlenmesinin hukuki saiklerinden birinin Anayasa Mahkemesi'nin 22.03.2023 tarihli ve 2022/145 E.; 2023/59 K. sayılı Kararı olduğu yukarıda açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, eldeki dava konusuyla aynı içeriğe sahip bir hüküm ihtiva eden ve söz konusu iptal kararına konu fıkraya yönelik ‘‘Anayasa'ya Aykırılık Sorunu’’ temellendirmesinde:

‘‘18. Anayasa'nın 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’’ hükmüne yer verilmek suretiyle adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

19. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında Sözleşme'nin 6. maddesinin amaç ve hedefleri bir bütün olarak gözetildiğinde suç isnadı altında olan bir kimsenin yargılamaya katılma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Sözleşme'nin 6. maddesi sanığa duruşmaya fiilen katılma hakkı tanı-maktadır (Stanford/Birleşik Krallık, B. No: 16757/90, 23/2/1994, § 26)

20. Tarafların duruşmada hazır bulunma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kul-lanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandır-maktadır. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini dinlemeyi, takip et-meyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bu-lunma hakkının tarafların yargılamaya etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır (Şehrivan Ço-ban [GK], B. No: 2017/22672, 6/2/2020, § 74).

21. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Savunma, ceza adaletinin hakkaniyete uygun olarak gerçekleşmesini sağlayan unsur-lardan biridir (AYM, E.2018/73, K.2019/65, 24/7/2019, § 18).

22. Anayasa'nın 36. maddesinde kişilerin adil yargılanma hakkının güvencelerinden feragat etmesini geçersiz kılan açık bir hüküm yer almamaktadır. Ne var ki adil yargılanma hakkının güven-celerinden feragat edilmesinin anayasal yönden geçerli görülebilmesi için ilgili güvenceden feragat edilmesini meşru olmaktan çıkaran üstün bir kamu yararının bulunmaması gerekir.

23. Ceza muhakemesinin nihai amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için sanığın bir kısım muhakeme işlemleri gerçekleşirken hazır bulunması hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bununla birlikte cezai bir yargılamada belirli şartlar altında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından fe-ragat etmesi mümkündür. Feragat açık biçimde yapılabileceği gibi zımnen de yapılabilir.

24. Feragatin yanı sıra sanığa duruşmanın ne hakkında olduğu bildirilerek katılmasını sağ-layacak şekilde, anladığı dilde yapılan tebliğ olmasına ve sanığın yargılamadan haberdar olmasına karşın yargılamadan kaçmak için duruşmalara kasten katılmaması durumunda sanık hazır edilmeden duruşma yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Başka bir deyişle sanığa adil yargılanma hakkının asgari güvencelerinden yararlanma imkânı sağlanmak şartıyla sanığın yokluğunda yürütülen kovuş-turma işlemleri, ilke olarak, tek başına adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaz. Bu kapsam-da yargılamadan bilerek ve isteyerek kaçan ve kaçak statüsünde bulunan sanığın yokluğunda yargı-lama yapılarak sorgusu yapılmadan hüküm kurulması da mümkündür.

25. Buna karşın yokluğunda hüküm verilen sanığın yargılamadan sonradan haberdar olduğu durumlarda hakkındaki suçlamalara ilişkin olarak maddi vakıalar ve hukuki açıdan yeniden bir ince-lemeyi talep etme hakkının bulunmaması adil olmayacaktır. Başka bir ifadeyle, sanığın suç isnadına ilişkin olarak yeterince bilgilendirilmediği durumlarda, hukuken geçerli bir tebliğ yapılmış olsa dahi, yokluğunda verilen hükme karşı ilk derece mahkemesi veya kanun yolunda yeni bir değerlendirme hakkını talep edememesi adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir. Nitekim objektif bir ol-gusal temele oturtulmadığı durumlarda yani hakkında kaçaklık kararı alınan sanığın yargılamadan bilerek ve isteyerek kaçmadığı anlaşıldığında, sadece karineye dayalı kaçaklık statüsü sanığın du-ruşmada hazır bulunma ve savunma hakkından feragat ettiği anlamına gelmeyecektir.

26. İtiraz konusu kural, kaçak sanığın yokluğunda kovuşturma yapılmasına, bu kapsam-da mahkûmiyet dışında bir karar verilmesine ve bu hâllerde sanığın sorgusu yapılmadan davanın yok-luğunda bitirilmesine imkân tanıyarak sanığın duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkına, dola-yısıyla adil yargılanma hakkına bir sınırlama getirmektedir.

27. Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gerek-lerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre adil yargılanma hak-kına getirilen sınırlamanın kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

28. Anayasa'nın anılan maddesi hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini temel bir kural olarak benimsemiştir. Buna göre adil yargılanma hakkına yapılan sınırlamalarda dik-kate alınacak öncelikli ölçüt, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin sıkça vurguladığı gibi temel hakları sınırlayan kanunun şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

29. Esasen temel hakları sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması, Anayasa'nın 2. mad-desinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzen-lemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulama-larına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güven-liğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4/5/2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik, Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

30. Kural, kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabileceğini ancak sorgusu yapılmamış ise mahkûmiyet hükmü verilemeyeceğini öngörmektedir. Mahkûmiyet dışındaki hükümlerden birinin ka-çak sanığın sorgusu yapılmadan yokluğunda verilmesi ise mümkündür. Kovuşturmanın tanımı, bu ev-rede yapılabilecek işlemlerin 5271 sayılı Kanun'da tereddüde yer bırakmayacak biçimde açık ve net olarak düzenlendiği görüldüğünden kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu anla-şılmıştır. Bu yönüyle kuralın kanunilik şartını taşımadığı söylenemez.

31. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere getirilen sınır-lamanın Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun olması gerekir. Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırla-ma nedeni öngörülmemiş hakların da o hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanında Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevler, özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebilir (AYM, E.2018/99, K.2021/14, 3/3/2021, § 24).

32. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." denilmek suretiyle davaların makul süre içinde bi-tirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin önlemler almalıdır.

33. Bu kapsamda itiraz konusu kuralla, kaçak sanığın duruşmada kasten hazır bulunmaması sebebiyle gerçekleşecek yersiz gecikmelerin önüne geçilmesinin ve mahkûmiyet dışında bir karar ve-rilmesi gerektiği kanaatine ulaşılması hâlinde yargılamaların bir an önce sonlandırılması-nın amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın anayasal anlamda meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

34. Bununla birlikte söz konusu hak bağlamında getirilen sınırlamanın kanunilik ve meşru amaç şartlarını taşıması yeterli olmayıp aynı zamanda ölçülü olması da gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve

orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirme-ye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını di-ğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmaması-nı, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

35. Kural, kaçak sanık hakkında iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredeki işlemlerin -mahkûmiyet dışında bir hüküm verileceği durumlarda sanığın sorgu-su yapılmadan da yargılamanın bitirilebilmesi dâhil- sanığın yokluğunda yapılmasına imkân tanı-makla davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına yöneliktir. Belirli şartla-rın gerçekleşmesi hâlinde kaçak sanığın yokluğunda kovuşturma evresinin yürütülmesini ve sorgusu yapılmadan mahkûmiyet dışındaki kararların verilmesini hüküm altına alan kuralın ulaşılmak iste-nen amacın gerçekleştirilmesi bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

36. 5271 sayılı Kanun'un 247. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre hakkında, 248. madde-nin (2) numaralı fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olan şüpheli veya sanığın kaçak olduğuna karar verilebilmesi için söz konusu şüpheli veya sanığa öncesin-de yetkili Cumhuriyet savcısı veya mahkemece usulüne göre tebligat yapılmış olması, bu tebligata uyulmaması nedeniyle verilen zorla getirme kararının da yerine getirilememesi ve çağrının bir gazete ile şüpheli veya sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilanı gerekmektedir. Bu itibarla kaçak sanığın, hakkındaki soruşturma veya kovuşturmayı öğrenmesi ve bu suretle duruşmada hazır bulunma hakkını kullanabilmesi için yeterli güvencelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Sanığın bu gü-vencelere karşın yargılamadan haberdar olmadığı durumlarda hakkında hüküm verilmeden önce yar-gılamadan haberdar olması hâlinde, duruşmalara katılarak yokluğunda yapılan işlemlerin tekrar-lanmasını sağlamaya yönelik usule ilişkin kurum ve imkânlar da anılan Kanun'da bulunmaktadır.

37. İtiraz konusu kural uyarınca sorgusu yapılmayan kaçak sanık hakkında mahkûmiyet dı-şındaki hükümlerden olan ceza verilmesine yer olmadığına ve güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi de mümkündür. Bu itibarla kaçak sanığın yokluğunda yapılan işlemlerin tekrarlanması veya verilen hükmün yeniden değerlendirilmesi bakımından bu devrenin de değerlendirilmesi gerekir. Anılan hü-küm türlerinde sanığın iddianameye konu haksızlığı gerçekleştirdiği tespit edilmekte ancak ceza si-yaseti gereği ceza verilmemektedir. Fiilin suç teşkil eden bir haksızlığı oluşturduğunun belirlendiği ancak ceza verilmesine yer olmadığına hükmedildiği durumlarda sanığın Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen masumiyeti ortadan kalkmaktadır. Güvenlik tedbirlerine hükmedildiğinde ise sanık -masumiyetinin ortadan kalkması dışında- ayrıca yaptırıma maruz kalmaktadır.

38. Mahkeme tarafından sorgusu yapılmayan kaçak sanığın eylemi veya suçu işlediğinin tes-pit edildiği hâllerde kurulan mahkûmiyet dışındaki hüküm nedeniyle sanık başka yönlerden dezavan-tajlı konuma da düşebilmektedir. Yargılamadan kaçan sanığın yokluğunda - mahkûmiyet de dâhil- hüküm verilmesi, ilke olarak tek başına anayasal düzeyde adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturma-yacaksa da sanığın suç isnadı konusunda yeterince bilgilendirilmediğinin anlaşıldığı durumlarda, yokluğunda verilen hükme karşı ilk derecede veya kanun yolunda yeni bir değerlendirme yapılmasını isteme imkânına sahip olması gerekmektedir (§ 25).

39. Hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da güvenlik tedbiri uygulanması gibi aleyhe sonuçlar doğurabilecek nitelikte karar verilen kaçak sanığın yargılamadan kaçma

niyetinin bulunmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma ve savunma hakkında feragatin şartlarının oluşmadığını öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasını/yargılamanın yenilenmesini talep etme imkânını güvence altına alan etkili bir usule ilişkin yolun Kanun'da yer almadığı anlaşılmaktadır. Kaçak sanık hakkında aleyhe sonuçlar doğurabilen mahkûmiyet dışındaki bu tür kararlar bakımından sanığın yargılamadan kaçmadığını ve/veya duruşmada hazır bulunma hakkında feragat etmediğini öne sürerek yeniden değerlendirme yapılmasına dair güvence bulunmaksızın sorgusu yapılmadan davanın bitirilebilmesine imkân tanınması adil yargılanma hakkına orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama getirmektedir.

40. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

şeklinde açıklamaları kaleme almıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 13 ve 36. maddelerine-benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep fıkraı yeniden düzenlemesi, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine ve Anayasa'nın Başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de halel getirmektedir.

iii)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası andlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, adil yargılanma hakkına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 247. maddesinin yeniden düzenlenen üçüncü fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6, 13, 36, 90 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

5) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (a) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

7499 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesine ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere ek fıkra eklenmiştir. Ek üçüncü fıkraya göre bu Kanun;

a) Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla ma-nevi tazminat,

b) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın tazmini

istemiyle Komisyona yapılan müracaatları da kapsayacaktır. Ancak Komisyonun görev alanını “Ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi

tazminat” bakımından genişleten söz konusu ek üçüncü fıkranın (a) bendi, Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklamalara geçmeden önce belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, 05.07.2022 tarihli ve 2021/58970 BB No’lu Nevriye Kuruç [GK] pilot kararında “makul sürede yargılanma hakkına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvurudan önce başvuru yapılabilecek idari veya yargısal başvuru yolunun bulunmadığına, yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı ihlaller nedeniyle ortaya çıkan ve yapısal sorun teşkil eden durumun telafi edilebilmesi için kanuni bir düzenleme ile bu konuda başvurulabilecek bir merciinin oluşturulması gerektiğine, oluşturulacak başvuru yolunun başvuru sahiplerinin yargılamaların uzun sürmesinden kaynaklı zararlarını tazmin edebilecek nitelikte olması lü-zumuna” işaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen 2021/58970 BB No’lu kararında makul sürede yargılanma hakkı bakımından yapısal sorunun çözümüne dair getirilecek mekanizmanın taşınması gereken nitelikleri sıralamıştır:

“Makul Sürede Yargılanma Hakkına İlişkin Oluşturulabilecek Başvuru Yolunun Etkililiği ile İlgili İlkeler

95. İdari ve yargısal makamlar ile kanun koyucunun makul sürede yargılanma hakkının ihlaliyle yol açılmaması için öngördüğü bazı tedbirler yukarıda sıralanmıştır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere alınan tedbirlere rağmen ihlale yol açıldığı durumlarda ihlalin yol açtığı zararları giderilebilmek için bir tazminat yolunun oluşturulması Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca zorunlu ve gereklidir. Bu başvuruların ilk elden ve doğrudan Anayasa Mahkemesince incelenmesine devam edilmesi, gelinen noktada Anayasa’nın 148. maddesinin lafzı ve amacı ile de bağdaşmayacaktır. Bu doğrultuda oluşturulacak başvuru yolunun etkili kabul edilebilmesi için ise aşağıdaki ilkelerin gözetilmesi gerekir:

- Devam eden yargılama ve davalara yönelik olarak da başvuru imkânı olmalıdır.
- Tazminat talebi, makul süre içinde neticelendirilmelidir.
- Hükmedilen tazminat bedeli makul bir sürede ödenmelidir.
- Başvuru yolundaki usul kuralları anayasal güvencelere uygun olmalıdır.
- Başvuru ve yargılama giderleri başvuru sahipleri üzerinde ağır yük teşkil edecek derecede olmamalıdır.
- Tazminat miktarları Anayasa Mahkemesinin benzer olaylarda hükmettiği tazminat tutarlarına uygun olarak değerlendirilmelidir.

96. Nitekim makul sürede yargılanma hakkı başvurularına ilişkin olarak kanun koyucu tarafından daha önce çeşitli başvuru yolları getirilmiş ve Anayasa Mahkemesince bu yolların ilgili kriterleri sağladığına karar verilerek Anayasa Mahkemesine başvurulmadan önce tüketilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Üstelik zaten İnsan Hakları Eylem Planı’nda da böyle bir yolun oluşturulması yönünde bir hedef de belirlendiği hatta uygulama takviminin de ilan edildiği görülmektedir.

97. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sayıları ve verilen ihlal kararları in-celendiğinde makul sürede yargılanma hakkının ihlaline yol açan yapısal bir sorunun mevcut olduğu değerlendirilmiştir. Bu yapısal sorunun giderilmesi için alınan her türlü tedbire rağmen makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle ortaya çıkacak zararların tazmin edilmesi için Anayasa'nın 40. maddesi gereğince bireysel başvurudan önce etkili bir başvuru yolunun kurulması gerekir.”

Bunun akabinde 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi değiştirilmiştir. Değişik geçici maddeye göre ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ve mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği gerekçesiyle münhasıran 09.03.2023 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi'nde derdest olan bireysel başvurular, başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Komisyon tarafından incelenecektir.

Sonrasında Anayasa Mahkemesi, 27.04.2023 tarihli ve 2022/100837 BB No'lu Veysi Ado Kararında, “Tazminat Komisyonunun Anayasa Mahkemesinin benzer başvuru-larda verdiği tazminat miktarlarına uygun olarak tazminat miktarı belirlemesi gerektiği-ne, Tazminat Komisyonu kararından sonra yargısal başvuru yollarının bulunduğu dik-kate alınacağına, Tazminat Komisyonu ve devamında yargısal yolların tüketilmesinden sonra Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabileceğine ve Tazminat Komisyonu tarafından verilen tazminatın başvuru açısından yeterli giderim sağlayıp sağlamadığının değ erlen-dirileceğine, 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi ile yapılan değişiklik gereği 0903.2023 tarihi (bu tarih dâhil) itibarıyla derdest olan, yargılamaların makul sürede so-nuçlandırılmadığı veya mahkeme kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da icra edil-med iği iddialarıyla yapılan başvurulara ilişkin olarak ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal id-dialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun ince-lenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmayacağına” karar vermiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 25.07.2023 tarihli ve 2023/18536 BB No'lu Keser Altın-taş [GK] kararında, “bu pilot kararın 22.07.2022 tarihli Resmî Gazete'de yayımlandığını; kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra 7445 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile 6384 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinde yapılan değişiklikle sadece Anayasa Mahke-mesi önünde derdest olan başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânı getirildiğini; ancak Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmadan önce müracaat edilebilecek idari veya yargısal bir mekanizma kurulmadığını; makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiası kapsamındaki başvuruların doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapıl-masına devam edildiğini; başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir neden görülmemesi nedeniyle düşmesi gerektiğini” hüküm altına almıştır.

Öte yandan 6384 sayılı Kanun'un “Komisyon ve çalışma esasları” kenar başlıklı 4. maddesinin “Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar ver-mek üzere Bakanlığın merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar ara-sından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan toplam beş kişilik bir Komisyon kurulur. Komisyon Başkanı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından seçilir.” şeklin-deki birinci fıkrasının Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptal davası açılmış ve fakat aşağıdaki gerekçeyle red edilmiştir (06.06.2013 tarihli ve 2013/34 E.; 2013/74 K. tarihli Kararı):

“Dava konusu kural uyarınca, AİHM'ne uzun yargılama iddiasıyla yapılmış başvurular konusunda karar vermek amacıyla, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dört kişi ile Maliye Bakanı tarafından Maliye Bakanlığı personeli arasından atanacak bir kişiden oluşan toplam beş kişilik bir komisyon kurulması öngörülmüştür.

6384 sayılı Kanunla, AİHM'nin 'Ümmühan Kaplan/Türkiye' kararının gereğinin yerine getirile-bilmesi, kurulacak komisyon aracılığıyla makul sürede sonuçlandırılmayan soruşturma ve yargılama-lardan dolayı AİHM'ne yapılmış başvuruların tazminat ödenmek suretiyle en kısa zamanda çözüme ka-vuşturulması ve bu suretle AİHM tarafından ülkemiz aleyhine verilebilecek ihlal sayılarının da azaltılma-sının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgür-lükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet-tir.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, di-ğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Anayasa'nın 36. maddesin-de herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bu konuları içeren AİHS'nin 6. maddesinin bi-rinci fıkrasında; 'Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendi-sine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir" denilerek adil yargılanma hakkı tanımlanmıştır. Adil yargılanma hakkı, her şeyden önce kişinin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasın-dan sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir.

İnsan hakları konusunda ortaya çıkan sorunların kendi iç hukukumuzda giderilmesini amaçla-yan 6384 sayılı Kanun'la getirilen sistem, başvuruların en kısa süre içinde ve sulh yoluyla sonuçlandırıl-masını öngörmektedir. Kanun bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile Devlet arasındaki uyuşmazlıkta al-ternatif bir çözüm yöntemi getirmiştir.

Yargılama, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından, hukuki uyuşmazlıkla-rın ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağ-lanması faaliyetidir. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyuşmazlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir.

6384 sayılı Kanun uyarınca oluşturulacak Komisyonun verdiği kararların 'kesin hüküm'ni-teliğini taşımadığı, yargı fonksiyonu kapsamında olmadığı, başvuruları inceleme süreci ve uygula-yacağı usulün idari nitelikte olduğu, kararlarının idari yargı denetimine tabi

olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yargısal faaliyet yürüten bir makam veya merci olmayıp, Adalet Bakanlığı bünye-sinde kurulan ve sekreteryasını Bakanlığın yürüttüğü bir idari kurul olan Komisyonun, Adalet Ba-kanı ve Maliye Bakanı tarafından atanacak kişilerden oluşmasında, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.”

Anılan 4. maddenin birinci fıkrası, 7445 sayılı Kanun’un 39. maddesiyle “Bu Kanun kapsamında yapılacak müracaatlar hakkında karar vermek üzere Bakanlığın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından atanacak dokuz kişiden oluşan bir Komisyon kurulur. Komisyon Başka-nı bu üyeler arasından Adalet Bakanı tarafından belirlenir. Komisyon, iş durumuna göre üç üyeden oluşan heyetler halinde de çalışabilir. Heyetlerin başkanları Adalet Bakanı tara-ından; heyetlerin oluşumu ve yokluklarında birbirlerinin yerine bakacak üyeler ile iş bö-lümü Başkan tarafından belirlenir. Başkan, Komisyonun ve heyetlerin verimli ve uyumlu şekilde çalışmasından sorumludur.” şeklinde değiştirilmiştir. Görüleceği üzere Komisyo-nun yapılanması bakımından esaslı bir değişiklik olmamıştır.

Tüm bu süreç sonucunda 7499 sayılı Kanun’un 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesinin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki is-temler bakımından 6384 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş ve (iptali talep edilen benden yer aldığı) söz konusu ek üçüncü fıkrayla 6384 sayılı Kanun’un a) ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare huku-ku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi tazminat, b) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 142. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi her türlü zararın taz-mini istemiyle Komisyona yapılan müracaatları da kapsayacağı kurala bağlanmıştır.

i) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri, hak arama hürriyeti ve temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından:

İptali talep edilen bent uyarınca ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuş-turmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi zararın tazmini talepleri Komisyon nezdinde ileri sürülecektir. Makul sürede yargılanma hakkı ihlal edilen kimselerin bu durumlarının telafi edilmesi için; kanun koyucu tarafından Komisyona başvuru usulü getirilmiştir an-cak bu usul, anılan hakkı korumaya yönelik etkili bir başvuru yolu değildir. Zira kişinin, en baştan, araya idari işlem girmeksizin, hak arama hürriyeti gereğince mahkemeye başvuru hakkı ortadan kaldırılmaktadır.

Başka bir anlatımla kişi, zaten ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuş-turmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığından bahisle mağdur durumdadır. İptali talep edilen bent sebebiyle bu mağdur kişi, bir an evvel ihtisas sahibi bir mahkemede talebini ileri süremeyecektir. Dosyası makul sürede sonuçlandırılmayan kişinin idareye başvurması için belirli bir süre gerekecek, idarenin bu başvuruyu karara bağlaması için belirli bir süre gerekecek, idarenin verdiği (kabul, red, kısmen kabul kesmen red, zımnen red) kararına karşı idari yargı yoluna başvurması için belirli bir süre gerekecektir. Hülasa kanun koyucunun be-nimsediği yöntem nedeniyle; esasen uzun zamandan muzdarip olan kişi, bu süreçte her geçen gün daha da dezavantajlı konuma düşecektir.

Halbuki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davanın makul süre içerisinde görül-mesi hakkının ihlalini gidermeye yönelik olarak Sözleşme'nin 13. maddesi bağla-mında önleyici ve telafi edici olarak iki yol öngörmüştür. Makul sürede yargılanma hak-kının ihlalinin kaynaklanan tazminatlar, telafi edici yollar kapsamında kalacaktır. Mah-keme bu yol bakımından birtakım kriterler belirlemiştir:

“□ Tazminat davası, makul bir süre içerisinde incelenmelidir (Scordino/İtalya (No. 1) [BD], 2006, § 194).

□ Tazminat miktarı vaktinde ödenmelidir, ilke olarak miktara hükmedilen kararın verildiği ta-rihten itibaren en geç altı ay içerisinde icra edilmelidir (Scordino/İtalya (No. 1) [BD], 2006, § 198).

□ Tazminat davasını düzenleyen usule ilişkin kurallar, Sözleşme'nin 6. maddesiyle güvence altı-na alındığı şekliyle, hakkaniyet ilkelerine uygun olarak belirlenmelidir (Scordino/İtalya (No. 1) [BD], 2006, § 200).

□ Yargılama masrafları konusunda belirlenen kurallar, başvuranlar üzerine aşırı bir yük getir-memelidir (Scordino/İtalya (No. 1) [BD], 2006, § 201).

□ Tazminat miktarları, benzer davalarda Mahkeme tarafından hükmedilen miktarlara göre ye-tersiz olmamalıdır (Scordino/İtalya (No. 1) [BD], 2006, §§ 202- 206 ve 213).”

(Ne yazık ki çağdaş toplumların aksine hem yasama hem yürütme hem de yargı organı tarafından bahsi geçen önleyici mekanizmalar gereği gibi işletilememektedir.)

Sözleşmenin 6 ve 13. maddeleri bağlamında etkili başvuru, söz konusu talepler için ihtisas mahkemelerinin ihdasıyla mümkündür. Zira hakkaniyete uygun bir tazminat miktarının belirlenebilmesi adına; tazminat talebinin karara bağlanmasına yönelik usuli sürecin tamamında; adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vicahilik ilkeleri) yerine getirilmesi ile temel hak ve hürriyetinin ihlal edildiği iddiasının etkin biçimde araştırılması elzemdir. Kaldı ki makul sürede yargılanma hakkından doğan kayıpların telafi edilmesi için tek çözüm yolu, Komisyonun görev alanının genişletilmesi değildir. Söz gelimi meslek kuruluşlarının yayınlarında, doktrinde bu sorunun nihayete erdirilmesi için birçok alternatif sunulmuştur.

Başka bir anlatımla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru bakımından ge-çici olarak ihdas edilen Komisyonun görev alanının 7499 sayılı Kanun'un 13. mad-desi ve iptali talep edilen bendin yer aldığı ek üçüncü fıkra ile bu denli genişletilmesinin sonucunda; yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmamasından kaynaklanan hak kayıpları ile koruma tedbirleri nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların telafisi mümkün olmayacaktır, bu türden mağduriyetlere yol açan kamu otoriteleri üzerinde etkili bir denetim mekanizması işletilemeyecektir. Zira söz konusu Komisyon, nihayetinde idari niteliktedir ve makul sürede yargılanma ile koruma tedbirlerinden kaynaklanan zararlar bakımından ihtisaslaşmış değildir. Bununla birlikte Komisyon, idari nitelikte olduğundan; vereceği karar, idari işlem hüviyetine sahip olacak ve nihayetinde idari yargının denetimi kapsamında kalacaktır. İdari yargı ise bu türden uyuşmazlıklar yö-nünden uzmanlık sahibi değildir. Buna ilave olarak iptali talep edilen bendin muhatabı konumunda bulunan mağdurlar, öncelikle bu Komisyona başvuracak; bu Komisyonda istedikleri sonucu elde edemedikleri takdirde (Ki ülkemizde hukuk devleti

bakımından yaşanan zafiyetler, birçok kişinin Komisyondan istediği adil sonucu alamayacağına kuvvetli biçimde işaret etmektedir.) Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne başvurmak zorunda kala-cak ve yine uzun bir yargı süreciyle karşı karşıya bırakılacaktır. Bununla birlikte (her ne kadar tam yargı davaları olsa da) idari yargı, tazminat hukuku hakkında yeterli birikime sahip olmadığından; tazminat miktarının belirlenmesi bakımından da aksaklıklar yaşa-yacaktır. Söz gelimi Komisyonun tazminatın bir zenginleşme aracı olmayacağı esasını; Hazinesin fakirleşmemesi adına tazminatların oldukça düşük tutulabileceğinin bir ge-rekçesi olarak kullanmasını engelleyen pozitif bir norm bulunmamaktadır; kaldı ki taz-minat hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklarda bu miktarın epey düşük kaldığı bir ger-çektir. Halbuki kanun koyucu tarafından iptali talep edilen bende konu talepler hakkın-da fikri ve sınai haklar mahkemesi yahut kadaastro mahkemesi gibi bir uzmanlık mah-kemesi ihdas edilmiş olsa idi; mağdurlar, idare ile bir kez daha ilişki kurmak zorunda olmayacak, doğrudan mahkeme huzuruna çıkacak, ilk ve ikinci derece yargı yollarını tüketmekle daha kısa sürede ve zararı tam olarak telafi edecek biçimde taleplerini karşı-layacaktır. Yine idarenin mağdurun iradesini dışlayan tek yanlı işlemleri yerine; bu tür-den taleplerin ihtisas mahkemelerinde karara bağlanması, mağdurun duruşma açılmak suretiyle sözlü biçimde meramını anlatmasına imkan tanıyacaktır. Aksi bir tutum, iptali talep edilen bent hükmünde olduğu gibi, zaten haksızlığa uğramış ve dezavantajlı ko-numda bulunan kimselerin durumlarının daha da kötüleştirilmesine neden olacaktır. Bu durum, usul ekonomisi prensibini işlevsiz hale getirecektir.

Kaldı ki Komisyonun tazminat talebini, makul süre içinde neticelendireceği; hak-kaniyete uygun biçimde tazminat miktarının belirleneceği; kararlaştırılan tazminat bede-linin makul bir sürede ödeneceği; Komisyona başvuru sürecinde mağdur üzerine (gider gibi) ağır yük yüklenmeyeceği hususlarında da (AİHM tazminatları bakımından uygula-ma nazara alındığında görüleceği üzere) büyük bir şüphe bulunmaktadır.

Öte yandan halihazırda Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu, bazı akçeli talepleri karara bağlamak üzere kuruludur. Ancak anılan Komisyonun, birçok başvuru hakkında karar vermediği; çok geç karar verdiği; hukuka uygun karar vermediği; Anayasa Mahkemesi kararları karşısındaki olumsuz tutumu izahtan varestedir. Bu durum dahi; iptali talep edilen bende konu talepler bakımından bir ihtisas mahkemesi ihdas edilmesi gerektiği savını pekiştirmektedir.

Hülasa kanun koyucu tarafından iptali talep edilen bende konu talepler yönünden; bir ihtisas mahkemesi ihdas edilmeyip; idari nitelikte bir Komisyonun görev alanının genişletilmesi; ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı iddiasıyla manevi zararları, makul sürede ve tam biçimde karşılayamamasına; mahkemeler önünde bu talebini ileri sürmek suretiyle adil yargılanma hakkını kullanarak etkili biçimde başvuru hakkını gerçekleştirememesine neden olacaktır. Bu durum ise Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinin aksine; anılan hakların özüne demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde müdahale edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki makul sürede yargılanma hakkı, hak arama hürriyetinin bir parçasıdır. Hak arama hürriyetiyle sağlanan hakkaniyete uygun muhakeme ise, herhangi bir hakkı ihlal edilen herkesin başvuracağı bir mekanizmadır. Dolayısıyla hak arama hürriyeti, temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından getirilen bir özgürlüktür. O halde iptali talep edilen bent hükmünde olduğu gibi adil yargılanma hakkının ihlali, adil yargılanma hakkına dayanarak korunan tüm hak ve özgürlüklerin ihlali manasına gelecektir.

Anılan nedenlerle iptali talep edilen bent, Anayasa'nın 13, 36 ve 40. maddelerine aykırıdır.

ii) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ve mülkiyet hakkı bakımından: Kişi hakkındaki ceza hukuku kapsamındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile özel hukuk ve idare hukuku kapsamındaki yargılamalar, hukuka aykırı biçimde makul sürede sonuçlandırılmamakta ve manevi bir zarar doğmaktadır. Bu zararın hukuk dünyasındaki karşılığı tazminattır. Tazminat ise nakdi bir karşılıktır. O halde tazminat, mülkiyet hakkının konusudur. Tazminat talep ederken öngörülen usul de; nihayetinde tazminat miktarını ve tahsil süresini etkileyeceğinden mülkiyet hakkının kapsamında kalmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, tazminat alacağını bir mülk olarak nitelendirmiştir (23.03.2023 tarihli ve 2019/23351 Başvuru No'lu Nurdan Köseoğlu Kararı):

“a. Mülkün Varlığı

42. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54). Bu nedenle öncelikle başvurunun Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiye-te ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (Cemile Ünlü, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26; İhsan Vurucuoğlu, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 31).

43. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hak-kı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir ekonomik değer veya icrası mümkün bir alacağı elde etmeye yönelik meşru bir beklenti Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37; Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri, §§ 52-54; Mehmet Şentürk [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017, §§ 41, 53).

44. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne ve-ya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da aynı menfa-atle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikte bir beklentidir (Selçuk Emiroğlu, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28; Mehmet Şentürk, § 42). Dolayısıyla Anayasa ve Avrupa İnsan Hak-ları Sözleşmesi'nin ortak koruma kapsamında olan meşru beklentiye dayalı mülkiyet hakkının tespiti mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tespit, mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır (Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/845, 20/11/2014, § 37). Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi, § 37).

45. Somut olayda başvurunun tazminata hak kazandığı derece mahkemelerince kabul edilmiştir. Davalı şirket yargılama sırasında sunduğu dilekçelerde başvurunun tazminat talepleri-nin reddi gerektiğini ileri sürmüş ise de bu savunma derece mahkemelerince yerinde görülmemiştir. Başvurunun tazminat alacağı olgusu artık yargısal hükümle icra edilebilir hâle

gelmiştir. Bu du-rumda tazminat alacağı kesinleşmiş yargı kararıyla tespit edilen başvurunun Anayasa'nın 35. mad-desi anlamında mülkiyet hakkının bulunduğu kabulü gerekir.”

Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucu, bu türden tazminat talepleri bakımın-dan ihtisas mahkemesine başvuru usulü yerine idari nitelikteki Komisyona başvuru usulünü benimsemiştir. Komisyonun tazminat talebini, makul süre içinde neticelendire-ceği; hakkaniyete uygun biçimde tazminat miktarının belirleneceği; kararlaştırılan taz-minat bedelinin makul bir sürede ödeneceği; Komisyona başvuru sürecinde mağdur üzerine (gider gibi) ağır yük yüklenmeyeceği hususlarında da (AİHM tazminatları bakı-mından uygulama nazara alındığında görüleceği üzere) büyük bir şüphe bulunmaktadır.

Bu bağlamda başvurunun alacağı tazminatın hakkaniyete uygun olacağı ve ma-kul sürede tahsil edileceği konusunda bir kesinlik bulunmadığından; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları-nın aksine demokratik toplumda olmayacak biçimde mülkiyet hakkının özüne dokunu-lacaktır. Başka bir anlatımla ihlal edilen bir hakkın yerini alan tazminatın tam olarak ve zamanında ödenmemesi; mağdurun mamelekinde azalmaya neden olacak; mağdur, ka-mu otoritesinin haksız eylemine şahsi ve nakdi olarak aşırı ölçüde katlanmak zorunda kalacaktır. Zira adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının sağladığı güvenceler olma-dığından; zarar ile tazminat arasında hassas denge gözetilemeyecektir. Bu durumda mağdurun mülkiyet hakkı, gerçek anlamda korunamayacaktır.

Hülasa adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının sağladığı güvenceler olmaksı-zın; tazminatın Komisyonun alacağı kararla belirlenmesi, mülkiyet hakkına keyfi ve ön-görülemez biçimde müdahale teşkil edecektir.

Anılan nedenlerle iptali talep edilen bent, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

iii)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen bent, yukarıdaki başlıklarda aykırı olduğu gösterilen temel haklara ilişkin anayasal düzenlemelerin muadilleri olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6.; etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini; Ek 1 No'lu Protokolün mülkiyet hakkına ilişkin 1. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (a) bendi, Anayasa'nın 13, 35, 36, 40 ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan bendin iptali gerekir.

6) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 33. maddesiyle 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin (e) ve (g) bentlerinin Anayasa'ya aykırılığı

7499 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları" kenar başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiştir. Anılan üçüncü fıkranın ilk cümlesi, genel kuralı ortaya koymakta iken; ikinci cümlesinde bu genel kurala getirilen istisnalar bentler halinde sıralanmıştır. Başka bir anlatımla anılan üçüncü fıkranın ilk cümlesine göre özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Anılan üçüncü fıkranın ikinci cümlesinin iptali talep edilen (e) bendi uyarınca "sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması" hali ile iptali talep edilen (g) bendi uyarınca "siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması" halinde özel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

Ancak "sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması" halinde özel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan ve iptali talep edilen (e) bendi ile "siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması" halinde özel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan ve iptali talep edilen (g) bendi, Anayasa'ya aykırıdır.

i) Hukuki belirlilik ilkesi, kamu yararı ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, temel hak ve hürriyetlerin niteliği, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile kişisel verilerin korunması bakımından:

Anılan (e) ve (g) bentlerine konu hallerin gerçekleşmesi durumunda işlenebilecek veriler, özel nitelikteki kişisel verilerdir. 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilk fıkrasına göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir. Söz konusu özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için esasen ilgili kişinin açık rızasının varlığı gerekmektedir. Elbette kanun koyucu, ilgili kişinin açıkça rıza vermediği bazı hallerde dahi özel nitelikteki kişisel verilerin işlenebilmesine cevaz verebilir. Kanun koyucu bu türden bir istisna öngörecektir idiyse; bunun hukuki rejimini açık ve net ifadelerle kanun düzeyinde ortaya koymalıdır. İstisnaları kurala bağlayan kanun hükmünün taşıması gereken bu nitelikler (açıklık, netlik, kesinlik), hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Zira hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu

geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin önkoşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı).

Ancak anılan (e) bendine göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması durumunda özel nitelikli kişisel veriler işlenebilecektir. Bu bentte özel nitelikli kişisel verileri işleyebilecek kamu kurum ve kuruluşları (söz gelimi Sağlık Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu) ile özel teşebbüslerin; özel nitelikli kişisel verilerden hangilerini işleyebileceği belirsizdir. Sadece amaç (kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı) yönünden bir gereklilik ortaya konulmuştur ve fakat bu gereklilik, özel nitelikli kişisel veriyi işleyebilecek hukuki aktörleri sınırlamaya yeterli değildir. Diğer bir söyleyiş ile amaç bildiren ifade, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişilerin veya yetkili kurum ve kuruluşların keyfi davranmasını önleyecek kelimelerden değil; aksine muğlak kavramlardan teşekkül etmektedir.

Yine anılan (g) bendine göre siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması durumunda özel nitelikli kişisel veriler işlenebilecektir. Bu bentte özel nitelikli kişisel verileri işleyecek hukuki özne bakımından “tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak” şeklindeki kayıtlar öngörülmüştür. Ancak söz konusu kayıtlar da siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumları sınırlamaya yeterli değildir. (Belirtmek gerekir ki bu kayıtlar, anılan (e) bendi bakımından öngörülmemiştir.) Yine eski üyelere ve eski mensuplara ilişkin özel nitelikteki kişisel verilerin niçin kayıt altına alınıp muhafaza edildiğinin ve ne kadar süre daha saklanacağını nedeni anlaşılamamaktadır. Öte yandan “temasta bulunmak” fiilinden neyin kastedildiği belirsizdir. Kaldı ki anılan (g) bendi kapsamında bu türden verilerin sınırsız biçimde işlenebilmesi, işleyecek olan hukuki aktörlerin örgütlenme özgürlüğü bağlamındaki faaliyet alanıyla da bağdaşmaz. Diğer bir söyleyiş ile amaç bildiren ifade, siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların keyfi davranmasını önleyecek biçimde kaleme alınmamıştır.

Başka bir anlatımla anılan bentlerde bireyin rızası aranmaksızın özel nitelikteki kişisel verilerin işlenebilmesini gerektirir ağırlıkta bir hal söz konusu değildir. Zira hukuk dünyasında rızanın yerini tutacak bir kayıt bulunmamaktadır. Şöyle ki anılan bentlerin kaleme alınışındaki muğlaklık, ülkemizde özel nitelikteki kişisel verilerin hukuka aykırı biçimde işlenmesine neden olacaktır. Diğer bir söyleyişle kişisel verilerin korunması hukuku bakımından yeterli bilgi ve

deneyime sahip olmayan hem kamu kurum ve kuruluşları hem de özel teşebbüsler; anılan bentleri geniş yorumlamak suretiyle birçok özel nitelikteki kişisel veriyi sağlık yahut üyelik verisi ile ilişkilendirerek kayıt altına alabilecektir. Anılan bentlerde hangi tür verilerin bu kapsamda değerlendirileceğinin açıkça sayılmaması, bu argümanı güçlendirmektedir. Söz gelimi kişinin cinsel yönelimi, sağlık verisi adı altında; dini aidiyeti, üyelik verisi adı altında işlenebilecektir. Yine hukuka aykırı davranıldığında caydırıcı nitelikte cezai mekanizmaların öngörülmemesi, bu hukuki öznelerin Anayasa'ya ve Kanun'a uygun davranma iradelerini zayıflatacaktır.

Öte yandan iptali talep edilen bentlerin, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü nazara alınarak kanunlaştırıldığı gerekçede ileri sürülmektedir. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün "Özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi" kenar başlıklı 9. maddesi aşağıdaki şekildedir:

"1. Irk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğini açığa çıkaran kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimliğini benzersiz bir şekilde belirleyen genetik veriler ile biyometrik verilerinin işlenmesiİp, sağlık verilerinin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır.

2. 1. paragraf aşağıdakilerden birinin geçerli olması hâlinde uygulanmaz:

(a) Birlik veya Üye Devlet hukukunun 1. paragrafta belirtilen yasağın veri öznesi tarafından kaldırılamayacağını öngörmesi haricinde, veri öznesinin, belirtilen bir veya daha fazla amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesine açık rıza vermesi;

(b) Birlik veya Üye Devlet hukuku çerçevesinde ya da veri öznesinin temel hak ve menfaatlerine yönelik uygun güvencelerin öngörüldüğü Üye Devlet hukuku uyarınca yapılan bir toplu sözleşme çerçevesinde izin verildiği sürece, veri sorumlusunun veya veri öznesinin istihdam ve sosyal güvenlik ile sosyal koruma hukuku alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve spesifik haklarının kullanılması amacıyla işlemenin gerekli olması;

(c) veri öznesinin fiziksel veya hukuken rıza gösteremeyecek durumda olması hâlinde, veri öznesinin veya diğer bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması için işlemenin gerekli olması;

(d) işlemenin; uygun güvencelerle birlikte yürütülen meşru faaliyetleri esnasında, siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlı bir vakıf, birlik veya kâr amacı gütmeyen başka bir müessese tarafından ve yalnızca müessesenin üyeleri veya eski üyeleri ya da amaçlarıyla bağlantılı olarak müesseseyle düzenli olarak temas hâlinde bulunan kişilerle ilgili olması ve kişisel verilerin veri öznelerinin rızası olmaksızın söz konusu müessese dışında açıklanmaması koşuluyla gerçekleştirilmesi;

(e) işlemenin, veri öznesi tarafından açık bir biçimde alenileştirilen kişisel verilerle ilgili olması;

(f) hak taleplerinin oluşturulması, hakkın yerine getirilmesi veya savunulması için veya mahkemeler kendi yargı yetkisi çerçevesinde hareket ederken işlemenin gerekli olması;

(g) gözetilen amaçla orantılı olan, veri koruma hakkının özüne saygı gösteren ve veri öznesinin temel hak ve menfaatlerinin güvence altına alınması için uygun ve spesifik tedbirler

öngören Birlik veya Üye Devlet hukuku temelinde esaslı kamu yararına yönelik nedenlerden dolayı işlemenin gerekli olması;

(h) işlemenin, koruyucu hekimlik veya meslek hekimliği amaçları doğrultusunda, Birlik ya da Üye Devlet hukuku temelinde veya bir sağlık profesyoneli ile yapılan sözleşme uyarınca ve 3. paragrafta atıfta bulunulan koşullar ve güvencelere tabi olarak, çalışanın çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi, tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetilmesi amacıyla gerekli olması;

(i) işlemenin; mesleki sır saklama başta olmak üzere, veri öznesinin hak ve özgürlüklerinin güvenceye alınması için uygun ve spesifik tedbirler öngören Birlik veya Üye Devlet hukuku temelinde, sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlanması veya sağlık hizmetleri ve tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite ve emniyet standartlarının tesis edilmesi gibi halk sağlığı alanında kamu yararı nedeniyle gerekli olması;

(j) işlemenin, gözetilen amaçla orantılı olan, veri koruma hakkının özüne saygı gösteren ve veri öznesinin temel hak ve menfaatlerinin güvence altına alınmasına uygun ve spesifik tedbirler öngören Birlik veya Üye Devlet hukuku temelinde, 89(1) madde uyarınca kamu yararına yönelik arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda gerekli olması.

3. 1. paragrafta atıfta bulunulan kişisel veriler, Birlik ya da Üye Devlet hukuku veya ulusal yetkili organlar tarafından tesis edilen kurallar kapsamında mesleki sır saklama yükümlülüğüne tabi bir profesyonel tarafından veya söz konusu profesyonelin sorumluluğu altında veya Birlik ya da Üye Devlet hukuku veya ulusal yetkili organlar tarafından tesis edilen kurallar kapsamında sır saklama yükümlülüğüne tabi başka bir kişi tarafından işlendiğinde, 2. paragrafin (h) bendinde atıfta bulunulan amaçlar doğrultusunda işlenebilir.

4. Üye Devletler, genetik veriler, biyometrik veriler veya sağlık verileri bakımından sınırlamalar dâhil olmak üzere, ilave koşulları uygulamaya devam edebilir ya da tesis edebilir.”

Her ne kadar iptali talep edilen bentlerin anılan Tüzük hükmünün çeviri metnine büyük ölçüde paralellik gösterdiği ve Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu olduğu ileri sürülebilirse de; bir supranasyonal örgüt olarak Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği üye devletlerinin iç hukukları nazara alındığında; iptali talep edilen bentlerin esasında uyum düzenlemesi olmaya oldukça uzak kaldığı ortaya çıkacaktır. Zira kişisel verilerin korunması hukuku, çok boyutludur ve devletin hukuki rejiminde cezai ve idari yönleriyle bir bütün oluşturmaktadır. Halbuki ülkemizde kişisel verilerin korunması hukukuna yönelik yasal düzenlemeler tam manasıyla oluşturulmamış yahut eksik oluşturulmuştur. Söz gelimi kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak idari ve adli yaptırımlar düşük kalmış; yahut gerek kamu kurum ve kuruluşlarında gerek özel teşebbüslerde kişisel verilerin işlenmesinin belirli usullere tabi olduğu gerçeği benimsenememiştir. Hal böyle olunca anılan Tüzüğün harfiyen Türkçeye çevrilip kanunlaştırılması, ülkemizde kişisel verilerin AB'deki uygulamaya benzer biçimde koruduğuna işaret etmemektedir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Anılan (e) ve (g) bentlerinde yer alan istisna hükümlerinin de kamu yararı

barındırması gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen bentlere konu özel nitelikli kişisel verileri işleyebilecek hukuki aktörlerin kanun düzeyinde sınırlandırılmaması, kamu yararını ortadan kaldırmaktadır. Başka bir anlatımla yapay zekanın geliştiği, internetin her alanda kullanılmaya başlandığı dijital çağda büyük veriler, ekonomik değere sahiptir. Anılan bentlere konu sağlık verileri ile üyelik verileri; veri sahiplerinin sağlık sektörü bakımından tüketici davranışlarını ve örgütsel bakımdan siyasi, felsefi, dini veya sendikal eğilimlerini analiz etmek için oldukça önemli bir unsurdur. Kişinin bu türden verilerinin rızası olmaksızın ve veri işleyecek aktörler kayıtlı olmaksızın işlenmesi, dijital-iktisadi pazarda onu korumasız bırakacaktır. İhtilaflı düzenlemeler, sağlık sektöründe faaliyet gösteren büyük firmaların lehinedir. Yine kamu kurum ve kuruluşları tarafından sağlık verilerinin sınırsız biçimde işlenmesi halinde; birey, Devlet karşısında güvencesiz kalmaktadır. Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumlar tarafından yapılacak sınırsız işlemler ise bireyi fişleyecektir. Bu durumda ise bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi, kişisel verilerin korunmasının; anayasal düzeyde (20. madde) özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin olduğunu vurgulamıştır;

“özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa’da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa’nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. ... ”

(Anayasa Mahkemesi’nin 24.07.2019 tarihli ve 2017/16 E.; 2019/64 K. No’lu Kararı, § 48, 49, 50). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa’nın 13. maddesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar; kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Ancak kanun koyucu, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar ile siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların özel nitelikteki kişisel verileri işleyebilmesi bakımından; onları objektif kıstaslarla kanun düzeyinde sınırlandırmamıştır. Söz gelimi anılan hukuki öznelerin özel nitelikteki hangi kişisel verileri işleyebileceğine, bunların ne kadar süre ile ve nasıl muhafaza edileceğine, depolama-raporlama usulüne, düzeltilmesi için yapılacak başvuru prosedürüne, bunların anılan hukuki özneler tarafından hangi kurum ve kuruluşlarla (nasıl) paylaşılmasına - iletilmesine, bunların amacı dışında kullanılmamasına, anılan hukuki öznelerin bunlar hakkında sözlü ve yazılı açıklama istemesine, bunların siber güvenliğinin sağlanmasına; bunlara resmi makamların keyfi müdahalesinin önlenmesine; bunlardan suret alınmasına; bunların analiz ve imha edilme usulüne (vb.) ilişkin kanuni bir

güvence öngörülmemiştir. Ezcümle anılan hukuki özneler, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik yapacağı müdahalenin kapsam ve usulü bakımından; hiçbir nesnel ölçütle sınırlandırılmamıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun diğer hükümlerinin bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilirse de; sağlık verisi ile üyelik verisi bakımından özel koruma hükümlerinin öngörülmesi gerekirdi. Zira genel hükümler, sağlık sektöründe yaşanan teknolojik ilerlemeler ve siyasi-felsefi-dini-sendikal faaliyetlerin özellikli durumu karşısında; kişisel veriler bakımından tam korumayı, yeterli biçimde sağlayamayabilir. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfilğe açık hale getirmekte ve demokratik toplumda gerekli olmayan şekilde sınırlandırarak onun özüne dokunmaktadır. Diğer bir söyleyişle anılan bentler, bir kamu yararı ve belirlilik olmaksızın düzenlendiğinden; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının aksine; demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesine olanak tanıdığından; kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunarak; onu ortadan kaldırmaktadır.

Buna ilave olarak ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi), amacı (kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı ile siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların faaliyetlerinin yürütülmesi) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak anılan hukuki öznelerin kanun düzeyinde sınırlamaya tabi tutulmadan özel nitelikli kişisel verileri işleyebilmesi, amacı gerçekleştirmek bakımından orantılı değildir. Zira, anılan hukuki öznelere tanınan geniş yetki nedeniyle kişisel verilerin korunması ile kamu kurum ve kuruluşları, özel teşebbüsler ve örgütsel davranan oluşumların faaliyetlerini yürütmesi arasındaki hassas denge gözetilmemiştir.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, kişinin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca kaydedilmesi, işlenmeseler dahi, özel hayat hakkına müdahale oluşturur (S. ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008, başvuru no : 30562/04 ve 30566/04 , p.67). İptali talep edilen bentlerin öngörülemez şekilde uygulanacağı özel nitelikteki kişisel verilere ilişkin olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak sınırlama ölçütleriyle uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin özel hayat hakkına getirdiği sınırlama, kanunilik ilkesinin gerektirdiği şekilde yeterli hukuki belirlilik ve güvence içermediği gibi; demokratik toplumda orantılı bir tedbir de değildir. Kanunilik ve orantılılık ölçütleriyle uyumlu olmayan düzenleme, AİHS'nin 8. maddesinin uygulanmasında özel hayat hakkıyla toplumun bütününün çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine işaret eden AİHM perspektifine de aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela : AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93, p.41). Bu nedenle anılan bentler, Anayasa'nın 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, “özel bir şirkette çalışan başvurusunun kurumsal e-posta hesabı içeriğinin işveren tarafından incelenmesi ve bu yazışmalar gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin” verdiği ihlal kararında şu temellendirmeye yer vermiştir (17.09.2020 tarihli ve 2016/13010 BB No'lu E.Ü. Kararı):

“63. Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde genel olarak herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, ikinci cümlesinde kişisel veriler bağlamında bazı özel güvenceler sayılmış, üçüncü cümlesinde kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği düzenlenmiş, dördüncü cümlesinde ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre lafzı dikkate alındığında Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında sadece işleme şeklindeki sınırlama ya da müdahalelere karşı değil kişisel verilere yönelik her türlü müdahale ve sınırlamalara karşı güvence getirdiği anlaşılmaktadır.

64. Öte yandan Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklar, yalnızca kamusal gücün doğrudan uygulanmasıyla değil kimi zaman da özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara konu olacak şekilde üçüncü kişilerin müdahaleleriyle zedelenabilmektedir. İlkinde söz konusu güvencelerin sağlanması adına kamusal makamlara yüklenen negatif ve pozitif tüm yükümlü-lüklerin doğrudan yerine getirilmesi konusunda tereddüt bulunmamakta ise de ikinci durumda devle-tin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere ne tür bir koruma imkânı sunması gerektiği ve hangi çerçevede yükümlülükler taşıdığı hususunda her olayın kendine özgü koşullarına göre değer-lendirmelerde bulunulması gerekmektedir (Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 45).

65. Yine Anayasa’nın 12. maddesine göre herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu genel nitelikteki anayasal düzenleme ile bireylerin kişilik değerlerine yönelen ve zarar veren olumsuz tutum ve davranışlar dışlanmaktadır. Ayrıca Ana-yasa’nın 5. maddesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıkla-rının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanması devletin temel amaç ve görevlerinden biri ola-rak sayılmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında devletin bireyin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlü kılındığı, bu bağlam-da pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu söylenebilir. Uyuşmazlıkların özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği durumlarda da temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilip geti-rilmediği denetlenirken Anayasa’nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamayacağı için taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir. Dolayısıyla özel hayatın korun-ması kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyeti yönünden de dev-letin pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireyleri gerek kamusal makamların ve diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (Ömür Kara ve Onursal Özbek, § 46; Ali Çığır, B. No: 2015/19298, 8/5/2019, §§ 32, 33; Erol Kumcu, B. No: 2015/18988, 9/5/2019, §§ 32, 33; U.B., B. No: 2015/3175, 10/10/2019, §§ 33, 34).”

Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararında da vurgulandığı üzere; özel nitelikteki kişisel verilere üçüncü kişiler tarafından bir müdahale yapıldığında; bu durumu; Anayasa’nın Devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanmasına ilişkin temel amaç ve görevini kurala bağlayan 5. maddesi; herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu hüküm altına alan 12. maddesi; ve kişisel verilerin korunması hakkını güvenceleyen 20. maddesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Eldeki dava konularına göre özel nitelikteki kişisel verileri işleyebilecekler: “sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar” ile “siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da

oluşumlar’’dır. Bu hukuki öznelerin içinde özel hukuk tüzel kişilerinin (üçüncü kişilerin) olduğu izahten varestedir. O halde üçüncü kişilerin özel nitelikteki kişisel verileri işleyebilmesine cevaz veren anılan bentleri, Anayasa’nın 5, 12 ve 20. maddeleri muvacehesinde de ele almak gerekmektedir. Ancak (yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere) üçüncü kişilerin özel nitelikteki kişisel verileri, kamu yararı bulunmaksızın ve demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde, kanun düzeyinde objektif bir ölçüt öngörülmezsizin işleyebilmesi; Devletin Anayasa’nın 5, 12 ve 20. maddeleriyle kendine yüklenen yükümlülüğü yerine getirememesine neden olacaktır. Zira birey, kişisel verileri bakımından üçüncü kişilerin eylemlerinden doğan risklerin karşısında belirsiz kanun hükmü (anılan bentler) nedeniyle korumasız bırakılmaktadır. Üçüncü kişilerin özel hukuk tüzel kişisi olmasından kaynaklanan amaçları ile bireyin kişisel verilerinin korunması arasındaki adil denge, üçüncü kişiler lehine bozulmuştur.

Bu nedenlerle iptali talep edilen bentler, Anayasa’nın 2, 5, 12, 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

ii)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen bentler, Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin 8. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun’un 33. maddesiyle 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 6. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin (e) ve (g) bentleri, Anayasa’nın 2, 5, 12, 13, 20 ve 90. maddelerine aykırıdır; anılan bentlerin iptali gerekir.

7) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 34. maddesiyle 6698 sayılı Kanun’un değiştirilen 9. maddesinin dokuzuncu fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı

7499 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle 6698 sayılı Kanun’un ‘‘Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması’’ kenar başlıklı 9. maddesi değiştirilmiştir. Anılan değişik maddenin birinci fıkrasına göre kişisel veriler, 5. ve 6. maddelerde belirtilen şartlardan birinin varlığı ve aktarımın yapılacağı ülke, ülke içerisindeki sektörler veya uluslararası kuruluşlar hakkında yeterlilik kararı bulunması halinde, veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurt dışına aktarılabilir. Anılan değişik maddenin diğer fıkraları ise yurt dışına aktarımın yapım usulüne ilişkindir. Anılan değişik maddenin iptali talep edilen dokuzuncu fıkrasına göre kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye’nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun izniyle yurt dışına aktarılabilir. Ancak iptali talep edilen fıkra, Anayasa’ya aykırıdır.

i)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına

bağılılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye davranışta bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

İlk fıkrası “İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” hükmünü içeren Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Kişisel Verileri Koruma Kurulu da idari teşkilat içinde yer almaktadır. Bu nedenle, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, kişisel verilerin yurt dışına aktarılabilmesi için Kurulun vereceği izin; normlar hiyerarşisinin ana halkası olarak hukuk devletinin temel taşı olan maddi anlamdaki kanunilik kıstasının gereklerinin karşılanması ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu; –Anayasal ilkelerin aksine- Kurulu, izin verilmesi konulu idari işlemin tesisi bakımından hiçbir kanuni, nesnel, somut, anlaşılabilir, açık ve net ölçütle sınırlandırmamıştır. Kanun koyucu, bu konunun düzenlenmesini büsbütün idarenin (Kurulun) uhdesine bırakmıştır. Bu hususun kanun düzeyinde açık ve net bir şekilde düzenlenmemesi ve buna yönelik nesnel, somut ölçüt öngörülmemesi, kişisel verileri yurt dışına aktarılacakların hukuki öngörülebilirliklerinin ortadan kaldırılmasına, keyfi uygulamalara neden olacaktır.

Bununla birlikte kanun koyucu, uluslararası sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur. Ancak bu muhafaza kaydı, Kurulu sınırlandıracak bir ölçüt değildir. Zira milletlerarası hukuk usulü bakımından Türkiye Cumhuriyeti'nin akdettiği sözleşmeler, anlaşmalar Devletin tüm unsurlarını bağlayıcı niteliktedir. Bu nedenle iptali talep edilen fıkra “uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere” şeklindeki ibare yer almasa dahi; Kurul, bu sözleşme hükümleriyle ahde vefa ilişkisi içinde olmak durumundadır. Kaldı ki yalnızca uluslararası sözleşme hükümleri değil; mütekabiliyet esası çerçevesinde aktarım yapılacak Devlette, Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı yapılan uygulamalar da; Kurul tarafından göz önüne alınacaktır.

Buna ilave olarak iptali talep edilen fıkra Kurulun ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görüşünü alacağı kurala bağlanmaktadır. Ancak söz konusu görüş, istişari niteliktedir. Diğer bir deyişle ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görüşünün tam tersine olacak biçimde; Kurul, iradesini açıklayabilir. Ayrıca idari birimin (Kurulun), diğer idari birimden (ilgili kamu kurum ve kuruluşundan) görüş alması, kanunilik ilkesinin gereğinin karşılandığı manasına gelmez.

Yine Kurulun izin verilmesi konulu idari işlemin esas ve usullerini, tek başına ve çok kısa vadede değiştirebilmesi olasılığı da; gerek kişisel verileri aktarılabilecekler gerek yurt dışına aktarım yapılacak birimler gerekse veri sorumluları ile veri işleyenler bakımından hukuki ve iktisadi öngörülebilirliğe hâlel getirmektedir. İdarenin uhdesine sınırları belirsiz, çok geniş bir düzenleme alanının bırakılması, anılan değişik maddenin uygulanmasını sağlamaya ilişkin Anayasal işlevinin ötesine geçerek, şekli anlamda kanun aracılığıyla, idarenin (düzenleyici ve dahi birel) işlemlerine, maddi anlamda kanun koyma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu itibarla; idarenin kanuniliği ile hukuki belirlilik ve güvenlik ilkelerinin asgari gereklerini sağlamayan iptali talep edilen fıkra, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

ii)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen fıkra hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Kurula); Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, (uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak) kişisel verilerin yurt dışına aktarılabilmesi için izin verilmesi konulu idari işlemin usul ve esasını belirleme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

iii)Eşitlik ilkesi bakımından: Ayrıca iptali talep edilen fıkranın Kurula Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin yurt dışına aktarılabilmesine izin verilmesi konusunda tanıdığı sınırsız takdir yetkisi, gerek kişisel verileri aktarılabilecekler gerek yurt dışına aktarım yapılacak birimler gerekse veri sorumluları ile veri işleyenler arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır. Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen fıkranın Kurula verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi bazı kimselerin kişisel verilerinin yurt dışına aktarılması için izin verilip bazılarının verilmemesine; yurt dışına aktarım yapılacak birimlerin, veri sorumlularının, veri işleyenlerin bazılarının izin taleplerinin kabul edilip bazılarının

edilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. İptali istenen fıkranın aynı durumda bulunan kişi kategorileri arasında muamele farklılığına yol açabileceği hasebiyle kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespiti için, ihtilaflı fıkranın haklı gerekçeye dayanmayan muamele farklılığını yalnızca olası kıldığıının tespiti yeterli addedilmek gerekir. Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

iv)Anayasa'nın Başlangıç bölümü, Cumhuriyetin nitelikleri, Devletin temel amaç ve görevleri bakımından;

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü; Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi; hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği; her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde Devletin, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayandığı belirtilmiştir. Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri arasında "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." sayılmıştır.

Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2 ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde görüleceği üzere; Devlet (üç temel organı ve idare), Türkiye Cumhuriyeti'nin ve Türk vatandaşlarının menfaatlerini korumakla yükümlü kılınmıştır. İptali talep edilen fıkra ise Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin yabancılarla paylaşılabilmesine ilişkin bir istisna hükmü öngörmektedir. Bu hal, husule geldiğinde; Kurul, (uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere) sadece ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görüşünü alarak kişisel verilerin yurt dışına aktarımı için izin verebilecektir. Yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere Kurul, izin verilmesi konulu idari işlemi tesis edebilmesi bakımından hiçbir kanuni ve nesnel ölçütle sınırlandırılmamıştır. Halbuki Kurul'un vereceği her izin kararı sonucunda; gerek Türkiye'nin gerek ilgili kişinin menfaati ciddi ölçüde zarar görecektir.

Başka bir anlatımla bu kadar hassas bir konunun, kanun düzeyinde açıklığa kavuşturulmaksızın idarenin takdirine bırakılması; milli menfaatlerin gözetilmesi bakımından kuvvetli bir şüphe uyandırmaktadır. Zira idari işlem, tesis edildiği anda; hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile ispatlanıncaya kadar, hukuk dünyasında geçerliliğini korur. Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda; kişisel verilerin yurt dışına aktarımına ilişkin izin, verildiği anda hukuki netice doğuracak diğer bir deyişle yurt dışındaki ilgili birim, bu verileri hemen elde edebilecektir. Kurulun verdiği izin, hukuka aykırı olduğunda ise; iptal kararı bir kenara ivedilikle yürürlüğünün durdurulması kararı alınıncaya dek geçen kısa süre içerisinde bile; bu veriler, çoktan Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatini tehlikeye atacakların eline geçmiş olacak diğer bir söyleyişle telafisi imkansız ve geri dönülemez durum husule gelmiş olacaktır. (Söz gelimi bu izin, ilgili Bakanlığın ve ilgili kamu kurum ve kuruluşunun görüşü üzerine Kurulun talebi doğrultusunda kesin nitelikteki mahkeme

kararı ile verilebilirdi.) Yine Kurul üyeleri, hukuka aykırı davrandığında caydırıcı nitelikte cezai mekanizmaların öngörülmemesi; üyelerin Anayasa'ya ve Kanun'a uygun davranma iradelerini zayıflatacaktır.

Kurula verilen keyfi uygulamalara neden olacak takdir yetkisinin Türkiye ve ilgili kişinin menfaatleri üzerinde ağır bir tehlike yaratması; Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2 ve 5. maddeleri doğrultusunda Devlete yüklediği yükümlülükle bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle iptali istenilen fıkra, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2 ve 5. maddelerine aykırıdır.

v) Kamu yararı ilkesi, Devletin temel amaç ve görevleri, temel hak ve hürriyetlerin niteliği, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılma ilkeleri ve güvence ölçütleri ile kişisel verilerin korunması bakımından:

Anılan fıkraya konu (yurt dışına aktarım yapılabilmesi için izin verilebilecek) veriler, kişisel verilerdir. 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi, kişisel veridir. Kanun koyucu bu kişisel verilerin Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda yurt dışına aktarılabilmesi için (ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak) Kurul izninin gerekli olduğunu kurala bağlayarak; kişisel veriler bakımından bir garanti getirmeye çabalamış ve fakat Kurulun vereceği iznin usul ve esaslarını kanun düzeyinde nesnel ölçütlerle sınırlandırmayarak bu çabayı nafile kılmıştır. Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda; kişisel verileri, güvencesiz bırakmıştır.

Başka bir anlatımla Kurulun tesis edeceği idari işlemin amaç unsuru, kanun düzeyinde ortaya konulmamıştır. Kurulun ne maksatla Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin yurt dışına aktarımına cevaz vereceği belirsizdir. Yine yurt dışına aktarım yapılsa dahi; Türkiye'nin ve ilgili kişinin menfaatlerinin zarar görmemesi için alınabilecek önlemler saptanmamıştır. Anılan fıkroda hangi tür verilerin bu kapsamda değerlendirileceği, açıkça sayılmamaktadır.

Halbuki Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur (Anayasa Mahkemesi'nin 17. 06. 2015 karar tarihli ve 2014/179 E.; 2015/54 K. sayılı Kararı). Anılan fıkra hükmünün de kamu yararı barındırması gerekmektedir. Ancak iptali talep edilen fıkranın yer aldığı maddenin gerekçesinde : “Bu durum, ticari hayatta hemen hemen her şirket ve gerçek kişi tarafından sıklıkla kullanılan ve sunucuları yurt dışında bulunan ve çoğu bulut tabanlı yazılım ve uygulamaların hukuka uygun olarak kullanılabilmesini neredeyse imkânsız hale getirdiği gibi, Ülkemize yapılacak yatırımları da engelleyici bir hal almıştır.” şeklindeki açıklamalar yer almaktadır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, iptali talep edilen fıkranın yer aldığı madde hükmünü ihdas ederken ekonomik kaygı içerisindeydi. Ancak kanun koyucu, Kurula keyfi uygulamalara neden olabilecek takdir yetkisi tanıyarak; yatırım hedefleri ile Türkiye'nin ve ilgili kişinin menfaatleri arasında hassas dengeyi gözetmemiştir. Halbuki ekonominin iyileştirilmesi ile kişisel veriler özelinde milli menfaatlerin korunması; birini gerçekleştirmek için diğersinin feda edilebileceği iki hedef değildir. İdeal olanı, aynı anda her ikisini de temin etmektir.

Başka bir anlatımla Kurulun kanun düzeyinde sınırlandırılmaması, kamu yararını ortadan kaldırmaktadır. Şöyle ki yapay zekanın geliştiği, internetin her alanda kullanılmaya

başlandığı dijital çağda büyük veriler, ekonomik değere sahiptir. Anılan fıkraya konu kişisel veriler; her alana ilişkindir ve bu nedenle söz gelimi veri sahiplerinin tüketici davranışlarını, siyasi eğilimlerini vb. analiz etmek için oldukça önemli bir unsurdur. Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin kanuni kayıt olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi, dijital-iktisadi pazarda ülkemizi ve ilgili kişiyi korumasız bırakacaktır. İhtilafli düzenleme, dijital sektöründe faaliyet gösteren büyük firmaların lehinedir. Bu durumda ise bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Öte yandan iptali talep edilen fıkranın yer aldığı maddenin, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü nazara alınarak kanunlaştırıldığı gerekçede ileri sürülmektedir. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün "Üçüncü ülkeler veya uluslararası kuruluşlara kişisel veri aktarımları" kenar başlıklı beşinci bölümünde ayrıntılı hükümler yer almaktadır: Md. 44 (Aktarımlar için genel ilke); Md. 45 (Bir yeterlilik kararına dayalı olarak yapılan aktarımlar); Md. 46 (Uygun güvencelere tabi olarak yapılan aktarımlar); Md. 47 (Bağlayıcı şirket kuralları); Md. 48 (Birlik hukuku çerçevesinde izin verilmeyen aktarımlar veya açıklamalar); Md. 49 (Özel durumlara yönelik derogasyonlar); Md. 50 (Kişisel verilerin korunmasına yönelik uluslararası iş birliği)

Her ne kadar iptali talep edilen fıkranın yer aldığı maddenin anılan Tüzük hükmünün çeviri metnine büyük ölçüde paralellik gösterdiği ve Avrupa Birliği müktesebatıyla uyumlu olduğu ileri sürülebilirse de; bir supranasyonal örgüt olarak Avrupa Birliği düzenlemeleri ve Avrupa Birliği üye devletlerinin iç hukukları nazara alındığında; iptali talep edilen fıkranın esasında uyum düzenlemesi olmaya oldukça uzak kaldığı ortaya çıkacaktır. Zira kişisel verilerin korunması hukuku, çok boyutludur ve devletin hukuki rejiminde cezai ve idari yönleriyle bir bütün oluşturmaktadır. Halbuki ülkemizde kişisel verilerin korunması hukukuna yönelik yasal düzenlemeler tam manasıyla oluşturulmamış yahut eksik oluşturulmuştur. Söz gelimi kişisel verilerin ihlal edilmesi halinde uygulanacak idari ve adli yaptırımlar, düşük kalmış yahut gerek kamu kurum ve kuruluşlarında gerek özel teşebbüslerde kişisel verilerin işlenmesinin, aktarılmasının belirli usullere tabi olduğu gerçeği benimsenememiştir. Hal böyle olunca anılan Tüzüğün Türkçeye çevrilip harfiyen yahut benzer biçimde kanunlaştırılması, ülkemizde kişisel verilerin AB'deki uygulamaya benzer biçimde koruduğuna işaret etmemektedir.

Başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi, kişisel verilerin korunmasının; anayasal düzeyde (20. madde) özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin olduğunu vurgulamıştır;

"özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer tutar. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde de yer almış; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Öte yandan kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin ve kamu güvenliğinin korunması gibi nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. ... "

(Anayasa Mahkemesi'nin 24.07.2019 tarihli ve 2017/16 E.; 2019/64 K. No'lu Kararı, § 48, 49, 50). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkı kısıtlanırken; söz konusu kayıtlamalar; kanun düzeyinde açık, net, anlaşılabilir şekilde belirlenmelidir, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine, ölçülülük ilkesine ve sınırlama sebebine aykırı olmamalıdır.

Ancak kanun koyucu, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin yurt dışına aktarımı için izin verecek olan Kurulu, objektif kısıtlarla kanun düzeyinde sınırlandırmamıştır. Başka bir anlatımla Kurulun hangi kişisel verilerin aktarımı bakımından izin vereceğine; Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatlerinin zarar görmemesi için alınabilecek önlemlere; veri aktarımının süreklilik arz edip etmeyeceğine; bu kişisel verilerin siber güvenliğinin sağlanmasına; bunlardan suret alınmasına; bunların analiz ve imha edilme usulüne (vb.) ilişkin kanuni bir güvence öngörülmemiştir. Ezcümle Kurul, yurt dışına veri aktarımına izin vererek; kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik yapacağı müdahalenin kapsam ve usulü bakımından; hiçbir nesnel ölçütle sınırlandırılmamıştır. Her ne kadar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun diğer hükümlerinin bir güvence teşkil ettiği ileri sürülebilirse de; yurt dışına veri aktarımı bakımından özel koruma hükümlerinin öngörülmesi gerekirdi. Zira genel hükümler, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda yurt dışına veri aktarımının özellikli durumu karşısında; kişisel veriler bakımından tam korumayı, yeterli biçimde sağlayamayabilir. Hiçbir sınırlandırmaya tabi olmayan söz konusu müdahale, kişisel verilerin korunması hakkını tamamen savunmasız bırakmakta, keyfiliğe açık hale getirmekte ve demokratik toplumda gerekli olmayan şekilde sınırlandırarak onun özüne dokunmaktadır. Diğer bir söyleyişle anılan fıkra, bir kamu yararı ve belirlilik olmaksızın düzenlendiğinden; Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının aksine; demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin yurt dışına aktarımına olanak tanıdığından; kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunarak; onu ortadan kaldırmaktadır.

Buna ilave olarak ölçülülük ilkesi gereğince kişisel verilerin korunması hakkına yapılan söz konusu müdahalede; amaç ve araç ilişkisi bakımından, aracın (Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin Kurul izniyle yurt dışına aktarılabilmesi), amacı (yukarıda açıklandığı üzere ekonomik yatırım hedefleri) gerçekleştirmeye elverişli, gerekli olması ve amaç ile araç arasında orantı bulunması gerekmektedir. Ancak Kurul tarafından kanun düzeyinde sınırlamaya tabi tutulmadan kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için izin verilmesi, amacı gerçekleştirmek bakımından orantılı değildir. Zira, Kurula tanınan geniş yetki nedeniyle Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda kişisel verilerin korunması ile ekonomik yatırım hedefleri arasındaki hassas denge gözetilmemiştir.

Öte yandan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre, kişinin özel hayatına ilişkin verilerin yalnızca kaydedilmesi, işlenmeseler dahi, özel hayat hakkına müdahale oluşturur (S. ve Marper/Birleşik Krallık, 4 Aralık 2008, başvuru no : 30562/04 ve 30566/04 , p.67). İptali talep edilen fıkranın öngörülemesiz şekilde uygulanacağı kişisel verilere ilişkin olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak sınırlama ölçütleriyle uyumlu bir düzenleme yapılmamıştır. Söz konusu düzenlemenin özel hayat hakkına getirdiği sınırlama, kanunilik ilkesinin gerektirdiği şekilde yeterli hukuki belirlilik ve güvence içermediği gibi; demokratik toplumda orantılı bir tedbir de değildir. Kanunilik ve orantılılık ölçütleriyle uyumlu olmayan düzenleme, AİHS'nin 8. maddesinin uygulanmasında özel hayat hakkıyla toplumun

bütününün çıkarları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğine işaret eden AİHM perspektifine de aykırıdır (Birçok karar arasında bkz. mesela : AİHM, X, Y ve Z/Birleşik Krallık, 22 Nisan 1997, başvuru no: 21830/93, p.41). Bu nedenle anılan fıkra, Anayasa'nın 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, “özel bir şirkette çalışan başvurusunun kurumsal e-posta hesabı içeriğinin işveren tarafından incelenmesi ve bu yazışmalar gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkı kapsamındaki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin” verdiği ihlal kararında şu temellendirmeye yer vermiştir (17.09.2020 tarihli ve 2016/13010 BB No’lu E.Ü. Kararı):

“63. Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde genel olarak herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş, ikinci cümlesinde kişisel veriler bağlamında bazı özel güvenceler sayılmış, üçüncü cümlesinde kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği düzenlenmiş, dördüncü cümlesinde ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre lafzı dikkate alındığında Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında sadece işleme şeklindeki sınırlama ya da müdahalelere karşı değil kişisel verilere yönelik her türlü müdahale ve sınırlamalara karşı güvence getirdiği anlaşılmaktadır.

64. Öte yandan Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel haklar, yalnızca kamusal gücün doğrudan uygulanmasıyla değil kimi zaman da özel hukuk kişileri arasındaki uyuşmazlıklara konu olacak şekilde üçüncü kişilerin müdahaleleriyle zedelenabilmektedir. İlkinde söz konusu güvencelerin sağlanması adına kamusal makamlara yüklenen negatif ve pozitif tüm yükümlü-lüklerin doğrudan yerine getirilmesi konusunda tereddüt bulunmamakta ise de ikinci durumda devle-tin üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere ne tür bir koruma imkânı sunması gerektiği ve hangi çerçevede yükümlülükler taşıdığı hususunda her olayın kendine özgü koşullarına göre değer-lendirmelerde bulunulması gerekmektedir (Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, § 45).

65. Yine Anayasa’nın 12. maddesine göre herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu genel nitelikteki anayasal düzenleme ile bireylerin kişilik değerlerine yönelen ve zarar veren olumsuz tutum ve davranışlar dışlanmaktadır. Ayrıca Ana-yasa’nın 5. maddesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıkla-rının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanması devletin temel amaç ve görevlerinden biri ola-rak sayılmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında devletin bireyin temel hak ve özgürlüklerine keyfî olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlü kılındığı, bu bağlam-da pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu söylenebilir. Uyuşmazlıkların özel hukuk kişileri arasında gerçekleştiği durumlarda da temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerin yerine getirilip geti-rilmediği denetlenirken Anayasa’nın kamusal makamlara yüklediği sorumluluklardan doğrudan özel hukuk kişileri sorumlu tutulamayacağı için taşıdığı koşulların özelliklerine göre bu tür başvuruların devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekebilir. Dolayısıyla özel hayatın korun-ması kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve haberleşme hürriyeti yönünden de dev-letin pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireyleri gerek kamusal makamların ve diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (Ömür

Kara ve Onursal Özbek, § 46; Ali Çığır, B. No: 2015/19298, 8/5/2019, §§ 32, 33; Erol Kumcu, B. No: 2015/18988, 9/5/2019, §§ 32, 33; U.B., B. No: 2015/3175, 10/10/2019, §§ 33, 34).”

Anayasa Mahkemesi’nin bahsi geçen kararında da vurgulandığı üzere; kişisel verilere üçüncü kişiler tarafından bir müdahale yapıldığında bu durumu; Anayasa’nın Devletin bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi için gerekli şartların hazırlanmasına ilişkin temel amaç ve görevini kurala bağlayan 5. maddesi; herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu hüküm altına alan 12. maddesi; ve kişisel verilerin korunması hakkını güvenceleyen 20. maddesi bağlamında değerlendirmek gerekmektedir. Eldeki dava konusuna göre kişisel verilerin yurt dışındaki birimlerce ele geçirilmesi durumunda; Türkiye’nin veya ilgili kişinin menfaati, ciddi bir şekilde zarar görecektir. Yurt dışındaki birimlerin üçüncü kişiler olduğu izahtan varestedir. O halde Kurul iznine istinaden üçüncü kişilerin kişisel verilere sahip olabilmesine imkan veren anılan fıkayı, Anayasa’nın 5, 12 ve 20. maddeleri muvacehesinde de ele almak gerekmektedir. Ancak (yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere) Kurulun üçüncü kişilere/ yurt dışındaki birimlere kişisel verilerin aktarılması için kamu yararı bulunmaksızın ve demokratik bir hukuk devletinde olmayacak biçimde kanun düzeyinde objektif bir ölçüt öngörülmezsizin izin verebilmesi; Devletin Anayasa’nın 5, 12 ve 20. maddeleriyle kendine yüklenen yükümlülüğü yerine getirememesine neden olacaktır. Zira Türkiye veya ilgili kişi, kişisel verileri bakımından üçüncü kişilerin / yurt dışındaki birimlerin eylemlerinden doğan risklerin karşısında korumasız bırakılmaktadır. Üçüncü kişilerin / yurt dışındaki birimlerin özel teşebbüs olmasından kaynaklı kar elde amacı uğruna, bireyin kişisel verilerinin korunması ve Türkiye’nin veya ilgili kişinin menfaati feda edilmiştir.

Bu nedenlerle iptali talep edilen fıkra, Anayasa’nın 2, 5, 12, 13 ve 20. maddelerine aykırıdır.

vi)Uluslararası andlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa’nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen fıkra, Anayasa hükümleriyle benzer hükümler içeren Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin 8. maddesini ihlal ettiğinden Anayasa’nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun’un 34. maddesiyle 6698 sayılı Kanun’un değiştirilen 9. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa’nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 7, 10, 12, 13, 20, 90 ve 123. maddelerine aykırıdır; anılan fıkranın iptali gerekir.

8) 02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 35. maddesiyle 6698 sayılı Kanun’un 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan “50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7499 sayılı Kanun’un 35. maddesiyle 6698 sayılı Kanun’un “Kabahatler” kenar başlıklı 18. maddesinin birinci fıkrasına (d) bendi eklenmiştir. Anılan ek (d) bendine göre 9. maddenin beşinci fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari pa-ra- cezası verilecektir. Ancak 6698 sayılı Kanun’un 9. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen bildirim yükümlülüğünü yerine

getirmeyenlere verilecek idari para cezasının alt haddini 50.000 Türk lirası ve üst haddini 1.000.000 Türk lirası olarak belirleyen ip-tali talep edilen ibare, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 6698 sayılı Kanun'un 9. maddesi, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını düzenlemekte olup; 7499 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle değiştirilmiştir. Anılan değişik 9. maddenin dördüncü fıkrasının (c) bendine göre Kurul (Kişisel Verileri Koruma Kurulu) tarafından ilan edilen, veri kategorileri, veri aktarımının amaçları, alıcı ve alıcı grupları, veri alıcısı tarafından alınacak teknik ve idari tedbirler, özel nitelikli kişisel veriler için alınan ek önlemler gibi hususları ihtiva eden standart sözleşmenin varlığı halinde; kişisel veriler, yeterlilik kararının bulunması durumunda, 5. ve 6. maddelerde belirtilen şartlardan birinin varlığı, ilgili kişinin aktarımın yapılacağı ülkede de haklarını kullanma ve etkili kanun yollarına baş-vurma imkânının bulunması kaydıyla, veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurt dışına aktarılabilir. Anılan değişik 9. maddenin beşinci fıkrasına göre standart sözleşme, imzalanmasından itibaren beş iş günü içinde veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından Kuruma bildirilecektir.

İptali talep edilen ibarenin yer aldığı bent hükmüne göre anılan beşinci fıkraya konu bildirim yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde; veri sorumlusu veya veri işleyene çok cüzi miktarda idari para cezası uygulanacaktır.

Ölçülülük ilkesi bağlamında suç ve ceza arasında orantılılık ilkesi ile kişisel verilerin korunması bakımından:

Kanun koyucu, anılan beşinci fıkra standart sözleşmenin imzalanmasından itibaren beş iş günü içinde veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından Kuruma bildirileceğini kurala bağlamakla kişisel verilerin yurt dışına aktarımı bakımından bir güvence getirmiştir. Dahası veri sorumlusu veya veri işleyenin bu kurala uyması için; iptali talep edilen ibarenin yer aldığı bent hükmüyle bir yaptırım (idari para cezası) öngörmüştür. Kanun koyucunun bu tutumu, kurala uymayanın idari yaptırıma maruz kalması, kişisel verilerin korunması bakımından olumludur. Ancak iptali talep edilen ibareye konu idari para cezasının azlığı, kanun koyucunun standart sözleşmelerin bildirilmesi özelinde kişisel verilerin korunması rejimi bakımından öngördüğü düzenin sürdürülebilirliğini ortadan kaldırmaktadır. Zira meblağın düşüklüğü, cezanın caydırıcı niteliğini yok etmek-te; onu, sembolik bir yaptırma indirgemektedir. Halbuki Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün "İdari para cezaları kesilmesine ilişkin genel koşullar" kenar başlıklı 83 ve "Cezalar" kenar başlıklı 84. maddelerinde kişisel verilerin korunması hukukuna özgü cezaların etkili, orantılı ve caydırıcı olması gerektiği vurgulanmıştır.

Başka bir anlatımla Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine dayanan "suç ve ceza arasında orantılılık" ilkesi, cezada adalet, kefaret anlayışının ve zarar ilkesinin bir sonucudur. Bu ilke, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Öte yandan bu ilke, Anayasa'nın 2. maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ile 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkelerinin somut bir görünümüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre de;

"Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "orantılılık" ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen

yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da “ölçülülük ilkesi” gereğince makul bir dengeyin bulunması zorunludur. Ceza, toplumda korunmaya değer görülen hukuki değerlerin ihlali durumunda Devletin gösterdiği tepki olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla ceza hukukunun amacı, toplumsal yaşam bakımından önem arz eden hukuksal değerleri korumaktır. Fakat Devlet, bu hukuksal değerleri korumak üzere sahip olduğu cezalandırma yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengeyin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Faile, işlediği suçun ağırlığı ile orantılı ceza ve güvenlik tedbiri uygulanması, orantılılık ilkesi ile örtüşmektedir. Bu ilke, cezaya ve güvenlik tedbirine hükmedilmesinde önemli bir sınırlayıcı unsurdur. Bu noktada orantılılık ilkesi hem kanun koyucuyu hem de hâkimi bağlar. (Anayasa Mahkemesi’nin 05.05.2016 tarihli ve 2016/16 E.: 2016/ 37 K. sayılı Kararı)’’.

Ancak burada yaptırım, orantılı değildir. Zira kişisel verilerin yurt dışına aktarılabilmesi için imzalanacak standart sözleşme, imzalanmasından itibaren beş gün içinde veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından Kurula bildirilmediği durumda; ilgili, 50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezasına muhatap kılınacaktır. Amaç (standart sözleşmenin Kurula bildirilmesi suretiyle yurt dışına aktarılacak kişisel verilerin korunmasının sağlanması) ve araç (50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezası) arasındaki hassas denge gözetilmemiştir. Büyük verilerin işlenmesi, aktarılması, paylaşılması, analiz edilmesi vb. alanlarda faaliyet gösteren ve veri sorumlusu veya veri işleyen konumunda bulunan tüzel ve gerçek kişilerin (bil-hassa özel teşebbüslerin) cirosu, ekonomik hayatın olağan akışında oldukça yüksektir. Diğer bir deyişle anılan idari para cezasının muhatabı olan veri sorumlusu veya veri işleyen, “50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına” kadar olan meblağı ödeme kabil-yetene evleviyetle, a fortiori, sahiptir. Zira bu tutar, mali giderlerinde bir kalem oluş-turmayacak kadar önemsizdir. Anılan meblağın azlığı, veri sorumlusu veya veri işleyen üzerinde (yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek kadar) caydırıcı bir etkiye sahip değildir. Başka bir anlatımla bu türden büyük oluşumların mali bilançoları nazara alın-dığında; oldukça düşük kalan bu miktar, bildirim yükümlülüğü olan ilgililerin iradesinin bildirme yönünde oluşmasını sağlayacak nitelikte değildir. İptali talep edilen ibare, faile işlediği fiilin gerektirdiği cezadan daha hafif bir yaptırım uygulanmasına neden olacak-tır. Bu durum, ceza adalet sisteminin ruhuna aykırıdır. Kaldı ki idari para cezası dışında caydırıcılığı sağlayacak alternatif bir mekanizma da öngörülmemiştir.

Başka bir anlatımla failin anılan kanun hükmüne aykırı davrandığında elde edeceği ekonomik yarar ve ortaya çıkan zarar (kişisel verilerin ihlali), ödeyeceği idari para cezasından katbekat fazladır. Öyle ki bu fahiş düzeydeki orantısızlık nedeniyle; fail, ka-bahate konu fiili işlemeyi alışkanlık haline gelecektir.

Hülasa Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Devlet, Ana-yasa’nın 20. maddesiyle kendisine yüklenen yükümlüğü; kişisel verilerin ihlal edil-mesi halinde birtakım yaptırımlar uygulamak suretiyle de yerine getirir. Nitekim kanun koyucu, yurt dışına aktarım sağlayan standart sözleşmeye konu kişisel verileri korumak için; bahsi geçen bildirim yapılmaması durumunda idari para cezası uygulanacağını öngörerek; kendisine yüklenen yükümlülük doğrultusunda davranışta bulunmuştur. Ancak iptali talep edilen ibareye konu meblağların (Türkiye Cumhuriyeti ekonomisinin içinde bulunduğu bunalım durumu nazara

alındığında) fahiş düzeyde az olması, bu yü-kümlülük ile bağdaşmamaktadır; standart sözleşmeye istinaden yurt dışına aktarılabacak kişisel verileri korumasız bırakmaktadır. Şöyle ki kabahate konu eylemin ağırlık derece-si ile verilen idari para cezası arasındaki açık orantısızlık, bir tür kanuni cezasızlık alanı yaratmaktadır. Veri sorumlusu veya veri işleyen, işlediği kabahat nedeniyle hesap ver-meyecektir. Bu durumda Devlet, kişilerin verilerini (kanuni rejimin etkinliğini sağlamak için uygulanan) yaptırımlar aracılığıyla koruma hususundaki (Anayasa'nın 12. mad-desinde yer alan) pozitif yükümlülüğü yerine getirmemiş olacaktır. Kişisel verilerin ko-runmasına ilişkin regülatif alan denetimsiz bırakılmaktadır.

Tüm bu nedenlerle, 7499 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle 6698 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına" ibaresi, Anayasa'nın 2, 13 ve 20. maddelerine aykırıdır; anılan ibarenin iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, birden fazla kanunda hukuka aykırı değişiklikler, eklemeler, yeniden düzenleme yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

02.03.2024 tarihli ve 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 4. maddesi, 10. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin değiştirilen altıncı fıkrasının birinci cümlesi, 11. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'a ikinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 38, 90 ve 153. maddelerine,

2) 13. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen "Ancak, 141 inci maddenin birinci fıkrasının (e), (f) ve (l) bentleri kapsamındaki istemler bakımından 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Tazminat Komisyonunun Görevleri ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır." şeklindeki cümle ile 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (b) bendi, Anayasa'nın 13, 19, 35, 36, 40 ve 90. maddelerine,

3) 15. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin değiştirilen beşinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü cümlesinde yer alan "müsadereye ilişkin hükümler hariç" ibaresi; değiştirilen on birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "itiraz edilebilir" ibaresi ile dördüncü cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 6, 13, 17, 35, 36, 40, 90 ve 153. maddelerine,

4) 16. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 247. maddesinin yeniden düzenlenen üçüncü fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 6, 13, 36, 90 ve 153. maddelerine,

5) 24. maddesiyle 6384 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen üçüncü fıkranın (a) bendi, Anayasa'nın 13, 35, 36, 40 ve 90. maddelerine,

6) 33. maddesiyle 24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin (e) ve (g) bentleri, Anayasa'nın 2, 5, 12, 13, 20 ve 90. maddelerine,

7) 34. maddesiyle 6698 sayılı Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin dokuzuncu fıkrası, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 5, 7, 10, 12, 13, 20, 90 ve 123. maddelerine,

8) 35. maddesiyle 6698 sayılı Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (d) bendinde yer alan "50.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına" ibaresi, Anayasa'nın 2, 13 ve 20. maddelerine

aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. "