

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/195

Karar Sayısı : 2015/116

Karar Tarihi : 23.12.2015

R.G.Tarih-Sayı : 29.1.2016 - 29608

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Levent GÖK ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasının,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin,

C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından...*" ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin,

D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "*somut delillere dayalı kuvvetli*" ibaresinin "*makul*" şeklinde değiştirilmesinin,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 13., 19., 20., 21., 35., 36., 37., 38., 138. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenilen kuralların yer aldığı 6572 sayılı Kanun'un;

1- 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi şöyledir:

"Madde 27- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevleri şunlardır:

(7) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirmek,"

2- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesi şöyledir:

*"Madde 36- Yargıtayda yeteri kadar tetkik hâkimi bulunur. Tetkik hâkimleri, meslekte en az beş yılını fiilen doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca** atanır."*

3- 39. maddesiyle cümleler eklenen, 5235 sayılı Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

*"İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımı, **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından** belirlenebilir. Bu kararlar, Resmî Gazete'de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmakla yükümlüdür. **Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca** iş dağılımının yapıldığı tarih itibarıyla görülmekte olan davalarda daireler, iş bölümü gerekçesiyle dosyaları diğer bir daireye gönderemez."*

4- 40. maddesiyle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun değişiklik yapılan 116. maddesi şöyledir:

*"Madde 116- (1) Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda **makul** şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."*

5- 41. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (17) numaralı alt bendinin de bulunduğu fıkra şöyledir:

"(2) Birinci fıkra hükmü;

a) Türk Ceza Kanununda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),

2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

3. *Hırsızlık (madde 141, 142),*
 4. *Yağma (madde 148, 149),*
 5. *Güveni kötüye kullanma (madde 155),*
 6. *Dolandırıcılık (madde 157, 158),*
 7. *Hileli iflas (madde 161),*
 8. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
 9. *Parada sahtecilik (madde 197),*
 10. *(Mülga: 21/2/2014 - 6526/10 md.)*
 11. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
 12. *Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),*
 13. *Zimmet (madde 247),*
 14. *İrtikap (madde 250)*
 15. *Rüşvet (madde 252),*
 16. *Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),*
 17. **(Değişik: 2/12/2014-6572/41 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),**
 18. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*
 - b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,*
 - c) *Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,*
 - d) *Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,*
 - e) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar,*
- Hakkında uygulanır."*

6- 42. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin de bulunduğu fıkra şöyledir:

"(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*

1. *Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
2. *Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),*
3. *İşkence (madde 94, 95),*
4. *Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),*
5. *Çocukların cinsel istismarı (madde 103),*
6. *(Ek: 21/2/2014 - 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),*
7. *Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
8. *Parada sahtecilik (madde 197),*
9. *(Mülga: 21/2/2014 - 6526/12 md.)*
10. *(Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227),*
11. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*
12. *Rüşvet (madde 252),*
13. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*

14. (Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

15. (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

16. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*

b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*

c) *(Ek: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,*

d) *Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."

7- 43. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin de bulunduğu fıkra öyledir:

"(1) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

- 1. Göçmen ka ak lığı ve insan ticareti (madde 79, 80),*
- 2. Kasten  ld rme (madde 81, 82, 83),*
- 3. (Ek:21/2/2014-6526/14 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),*
- 4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),*
- 5. Parada sahtecilik (madde 197),*
- 6. (Mülga:21/2/2014 - 6526/14 md.)*
- 7. (Ek: 25/5/2005 - 5353/19 md.) Fuhu  (madde 227)*
- 8.  haleye fesat karıştırma (madde 235),*
- 9. R  vet (madde 252),*
- 10. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*

11. (Değişik: 2/12/2014-6572/43 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),

12. (Ek: 2/12/2014-6572/43 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin   leyi ine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

13. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337),

Suçları.

b) Ate li Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah ka ak lığı (madde 12) suçları.

c) Ka ak lılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar."*

8- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(2) Müdafîin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı maddesinde tanımlanan zimmet suçu.

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.12.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 23. Maddesiyle 2797 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin Yürürlükten Kaldırılmasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüş bildirme ve muvafakat verme yetkisinin ortadan kaldırılarak atama yetkisinin Yargıtay dışında başka unsurların inisiyatifine bırakılmasının, yargı bağımsızlığını zedelediği gibi Yargıtayın temyiz görevini yapısal bir bütünlük içerisinde yerine getirmesini de engellediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 140. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. 2797 sayılı Kanun'un "*Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin Görevleri*" başlıklı 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirmek görevi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görevleri arasında sayılmakta iken dava konusu kuralla anılan bent yürürlükten kaldırılmak suretiyle bu görevlere yapılacak atamalar ile bu görevlerden başka görevlere yapılacak atamalarda Yargıtay Başsavcısının atamaya yetkili mercie görüş bildirme görevi sona erdirilmiştir.

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

7. Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan hakları ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır.

8. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre "*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez;*

tavsiye ve telkinde bulunamaz." Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin etkisi altında olmamasını ifade etmektedir.

9. Hâkim ve savcıların atanma ve diğer özlük haklarına ilişkin görevlerin bağımsız bir organa verilmesi yargı bağımsızlığının ön koşuludur. Anayasa'nın 159. maddesinin sekizinci fıkrasında, hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmesinde yetkili merciin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olduğu belirtilerek bu konuda HSYK'ya anayasal bir yetki tanınmıştır. Böylece, ilk derece mahkemeleri ile yüksek mahkemelerde görev yapan hâkim ve savcılar arasında bir ayırım gözetilmeksizin tüm hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmesinde münhasıran HSYK yetkili kılınmıştır. Dolayısıyla, 2797 sayılı Kanun'da aranan şartlara sahip olan hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından Yargıtay Cumhuriyet savcılığı görevine atama yetkisi HSYK'ya ait olduğu gibi bu görevden başka bir göreve atama yetkisi de HSYK'ya aittir.

10. Diğer taraftan, Anayasa'nın 140. maddesinde, hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmelerinde uygulanacak usul ve esasların mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, adli yargıda görev yapan hâkim ve savcıların Yargıtay Cumhuriyet savcılığına veya bu görevden başka bir göreve atanmalarında asli yetki HSYK'ya ait olmak üzere usul ve esasları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.

11. 2797 sayılı Kanun'un 28. maddesinde, Yargıtay Cumhuriyet savcılarının, kendilerine verilen dosyaların tebliğnamelerini, karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurma işlemlerini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı adına düzenleyerek onun yerine imza edeceği, ayrıca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının vereceği diğer işleri göreceği belirtilmiş, Kanun'un 37. maddesinde, beşinci ve daha yukarı derecelere ulaşan ve meslekte fiilen en az beş yıl süreyle adli yargı hâkimi veya savcısı olarak görev yapanların Yargıtay Cumhuriyet savcılığına atanabileceği hüküm altına alınmıştır.

12. Dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının Yargıtay Cumhuriyet savcılığına veya bu görevden alınarak başka bir göreve atanmaları bakımından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilen yetki, sadece görüş bildirme mahiyetinde olup atamaya yetkili merci yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kuralın yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte Yargıtay Cumhuriyet savcılığı görevine atama veya bu görevden alma konusunda HSYK'nın münhasır yetkisi devam etmekte olup atamaya yetkili merci bakımından herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Yargıtay Cumhuriyet savcılarının görevleri göz önünde bulundurulduğunda bu göreve yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşüne başvurulmasının gerekli olup olmadığı tartışılabilir ise de, bu husus yerindelik denetimine girdiğinden anayasallık denetiminde gözetilmesi gereken hususlardan değildir.

13. Bu itibarla, Anayasa'nın 159. maddesi uyarınca hâkim ve savcıların atama ve yer değiştirmelerinde yetkili merci olan HSYK'nın, Yargıtay Cumhuriyet savcılığına yapacağı atamalarda veya savcılar bu görevden alarak başka bir göreve atamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşüne başvurma zorunluluğunun ortadan kaldırılması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralda mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

14. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

15. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

16. Kuralın Anayasa'nın 154. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 2797 Sayılı Kanun'un 36. Maddesinin İkinci Cümlesinde Yer Alan ".Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

17. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla adlî yargıda görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının Yargıtay tetkik hâkimliğine atanmasında Yargıtayın görüş bildirme yetkisinin kaldırılarak atama yetkisinin münhasıran HSYK'ya bırakılmasının yargı bağımsızlığını zedelediği gibi yapılan düzenlemenin Yargıtayın temyiz görevini yapısal bir bütünlük içinde yerine getirmesine de engel oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

18. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 140. maddesi yönünden de incelenmiştir.

19. 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinde Yargıtayda görev yapacak tetkik hâkimlerinin, meslekte beş yılını doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurul tarafından atanacağı hükmü yer almakta iken dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak tetkik hâkimliğine atamada Birinci Başkanlık Kurulunun görüşünün alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

20. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı Başyardımcısı ve yardımcılarının bu görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında yetkili mercie görüş bildirme görevini sona erdiren 6572 sayılı Kanun'un 23. maddesine ilişkin bir önceki başlık altında yer alan gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

21. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

22. Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

23. Kuralın Anayasa'nın 154. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 39. Maddesiyle 5235 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin Beşinci Fıkrasına Eklenen Üçüncü Cümlede Yer Alan ".Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

24. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurallarla HSYK'ya her suça ilişkin özel bir mahkeme kurma konusunda şekli, kapsamı ve zamanı öngörülebilir olmayan sınırsız bir yetki verilmek suretiyle hukuki güvenlik ilkesinin ve kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

25. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

26. Dava konusu kurallarla ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde kurulduğu yerlerde, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak HSYK'nın daireler arasında iş dağılımı yapabileceği kural altına alınmaktadır.

27. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

28. Belirlilik ilkesi ise yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılama koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

29. Hukuk devletinde kanun koyucu, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir. Nitekim, Anayasa'nın 142. maddesinde, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" denilmek suretiyle bu husus hüküm altına alınmıştır.

30. 5235 sayılı Kanun'un 8. maddesinde ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleri şeklinde sınıflandırılmıştır. Kanun'un 11. maddesinde, kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimliği ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri dışında kalan dava ve işlere asliye ceza mahkemelerinin genel yetkili olarak bakacağı belirtilmiş, 12. maddesinde ise ağır ceza mahkemelerinin bakmakla görevli olduğu suçlar sayılmıştır.

31. Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasında, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde oluşturulabileceği ifade edildikten sonra özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasında iş dağılımına gidilebileceği belirtilmiş, dava konusu kuralla da daireler arasında iş bölümü yapma yetkisi HSYK'ya verilmiştir. Fıkranın devamında ise HSYK'nın iş bölümü yaptığı tarih itibarıyla görülmekte olan davalarda dairelerin, iş bölümü gerekçesiyle dosyaları diğer bir daireye gönderemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre HSYK, asliye ceza veya ağır ceza mahkemelerinin birden

fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, mahkemenin görev alanına giren suç tiplerine göre daireler arasında iş bölümü yapabilecek ancak iş bölümünün yapıldığı tarih itibarıyla sonuçlanmamış davalar aynı dairede görülmeye devam edecektir.

32. Maddenin gerekçesinden, birden fazla daire şeklinde kurulan ceza mahkemelerinde, mahkemenin görevine giren işler bakımından daireler arasında ihtisaslaşmaya gidilmesi amacıyla iş bölümü esasının getirildiği anlaşılmaktadır.

33. Yargı yerlerinin bir isim altında daireler hâlinde çalışmaları, mahkemelerin teşkilatlanmasına ilişkin bir tercihten ibarettir. Asliye veya ağır ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, daireler arasında hangi işin iş durumuna göre hangi dairede görüleceği hususu teknik anlamda görev ilişkisi olmayıp iş paylaşımını ifade etmektedir. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren dava konuları ilgili kanunlarda belirtildiğinden yapılacak olan iş bölümü mahkemelerin bakmakla görevli olduğu dava konularını etkilemeyecektir. Bir başka ifadeyle asliye ceza veya ağır ceza mahkemeleri Kanun'da belirtilen görev tanımları içinde yargılama yapmaya devam edecek, ancak anılan mahkemelerin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı yerlerde HSYK'nın alacağı bir kararla daireler arasında mahkemenin görev alanına giren suç tiplerine göre iş bölümü yapılabilir.

34. Mahkemelerin kanunla belirlenmiş görev alanlarının HSYK tarafından alınacak bir kararla değiştirilmesi veya mahkemelere yeni bir görev verilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, birden fazla daire şeklinde teşkilatlanan asliye veya ağır ceza mahkemelerinin daireleri arasındaki iş bölümünün kanunla belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

35. Asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri itibarıyla yetkileri 5235 sayılı Kanun'da belirlenmiştir. HSYK, daireler arasında iş bölümünü ancak Kanun'da anılan mahkemeler için belirlenen görev tanımları çerçevesinde yapabilecektir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın belirsiz olduğu veya ceza mahkemelerinin daireleri arasında iş bölümü konusunda HSYK'ya sınırsız bir yetki vererek hukuk güvenliğini ihlal ettiği söylenemez.

36. Anayasa'nın 37. maddesinde, "*Kanuni hâkim güvencesi*" düzenlenmiştir. Maddede hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı hüküm altına alınmaktadır.

37. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtildiği gibi kanuni hâkim güvencesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla kanuni hâkim güvencesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra özel olarak kurulmasına veya hâkimin atanmasına engel oluşturmaktadır.

38. Dava konusu kurallarla ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde oluşturulduğu yerlerde HSYK'ya daireler arasında iş bölümü yapma yetkisi tanınmakla birlikte Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasında, iş bölümünün yapıldığı tarih itibarıyla görülmekte olan davaların iş bölümü gerekçesiyle diğer dairelere gönderilmesi de yasaklanmaktadır. Böylelikle uzun süredir devam eden davalarda yargılamanın başına dönülmesinin ve suçun işlenmesinden sonra yargı yerinin değiştirilmesinin önüne geçilmektedir. Bu nedenle kuralın '*kanuni hâkim güvencesi*' ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

39. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 37. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

D- Kanun'un 40. Maddesiyle Değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 116. Maddesinde Yer Alan ".makul." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

40. Dava dilekçesinde özetle, şüpheli veya sanıkla ilgili arama kararı verilebilmesi için öngörülen makul şüphenin subjektif bir kavram olduğu, kişilerin özel hayatına, aile hayatının mahremiyetine ve konut dokunulmazlığına kamu otoriteleri tarafından keyfi olarak müdahalede bulunulmasına sebebiyet verdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 20. ve 21. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

41. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi gereğince ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

42. Dava konusu kuralla, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği hüküm altına alınmıştır.

43. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Bu kapsamda, kanun koyucu, ceza muhakemesinde uygulanacak koruma tedbirleri ile ilgili olarak, hangi hal ve şartlar altında arama kararı verileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken anayasal ilkeleri gözetmesi gerekmektedir.

44. Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, 21. maddesinde de kimsenin konutuna dokunulamayacağı belirtilmiştir.

45. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının sınırlama sebepleri de yine Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

46. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir.

47. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri ise iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

48. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

49. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, demokratik bir hukuk devletinin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

50. Arama, suçu önlemek amacıyla suç işlenmeden önce veya suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi için bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir koruma tedbiridir.

51. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesine göre arama kararı verilebilmesi için, sanığın veya şüphelinin yakalanabileceği ya da suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*"nin bulunması gerekmekte iken, dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak "*makul şüphe*"nin varlığı yeterli görülmüştür. Kuralın gerekçesinde, arama kararı verilebilmesi için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin, uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle makul şüphe şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

52. Aramanın amacı, suç işlediği şüphesi altında bulunan kimsenin yakalanması veya suç delillerinin elde edilmesi suretiyle ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır. Kanun koyucunun, arama tedbirinin daha işlevsel hale getirilmesi amacıyla arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine, makul şüphenin varlığını yeterli gördüğü anlaşılmaktadır.

53. Arama kararı verilebilmesi için gerekli olan makul şüphe, her bir olayın özelliğine göre değişkenlik göstereceğinden makul şüphenin hangi koşullarda gerçekleşeceğinin önceden öngörülebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu dava konusu kuralla genel bir belirleme yapmış ve her bir olayın özelliğine göre arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin bulunup bulunmadığını belirleme yetkisini arama kararı vermeye yetkili mercilere bırakmıştır. Bu çerçevede, makul şüphe kavramının, doktrin, uygulama ve yargı kararlarında anlam ve içeriğinin gelişip değişeceğinde kuşku yoktur. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2014 tarihli ve E.2013/610, K.2014/512 sayılı kararında, makul şüphenin somut olgulara dayanması gerektiğini ifade etmekte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de somut olayın şartlarına göre değişmekle birlikte gözaltı ve tutuklama kapsamında "*makul*" şüpheden bahsedebilmek için kişinin suç işlediği konusunda objektif bir gözlemciyi tatmin edecek emare ve bilgilerin gerekli olduğunu kabul etmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, 30/9/1990, B.No:12244/86, § 32).

54. Ceza yargılamasında başvuru koruma tedbirleri nedeniyle temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin yoğunluğu birbirinden farklıdır. Kanun koyucu bu durumu gözeterek koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için gerekli olan şüphenin derecesini, müdahalenin yoğunluğuna göre farklı şekilde belirlemiştir. Bu kapsamda, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, gözüne alma kararı verilebilmesi için kişinin bir suç işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı aranmış, 100. maddenin (1) numaralı fıkrasında, tutuklama kararı için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması şartı getirilmiş, arama için ise dava konusu kuralla makul şüphe yeterli görülmüştür.

55. Dava konusu kuralla, arama kararı verilebilmesi için somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine makul şüphenin yeterli görülmesi, soruşturma veya kovuşturmalarda arama tedbirine daha kolay bir şekilde başvurulabilmesine olanak tanımakla birlikte bu husus tek başına kuralı Anayasa'ya aykırı kılmaz. Arama tedbiriyle özel hayata ve konut dokunulmazlığına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının, makul şüphe koşulu yanında, kanunda yer alan diğer güvencelere bakılarak bir bütünlük içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasaya uygunluk denetimi bakımından önemli olan husus, arama kararı verilebilmesi için yetkili mercilere sınırsız bir takdir hakkı tanınarak, arama tedbirinin keyfi olarak uygulanmasına sebebiyet verilip verilmediğidir.

56. Arama tedbiriyle kişinin özel hayatına ve konut dokunulmazlığına müdahalede bulunulduğundan gerek Anayasa'da gerekse de 5271 sayılı Kanun'da arama tedbirine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilerek anılan haklara keyfi olarak müdahalede bulunulmasını önleyici güvenceler getirilmiştir.

57. Bu kapsamda, Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde millî güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle kişinin üstü, özel kağıtları, eşyası ve konutunun aranabileceği belirtilmiş, 5271 sayılı Kanun'un 116. ve devamı maddelerinde de arama kararı vermeye yetkili merciler, arama kararında bulunması gereken hususlar, gece yapılacak arama, aramada hazır bulunabilecek kimseler, arama yapılacak şahsa ait belge ve kağıtların incelenmesine ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

58. Diğer taraftan, 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendine göre arama kararı vermeye yetkili merciler, arama gerekçesini, arama kararı veya emrinde açıkça belirtmek zorundadırlar. Arama kararı verilmesi için gerekli şartlar oluşmadan verilen arama kararı hukuka aykırı olacağı gibi buna istinaden elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın, yetkili mercilere arama kararı verebilmeleri için sınırsız bir takdir hakkı tanıyarak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine keyfi olarak müdahalede bulunma imkanı tanıdığı söylenemez.

59. Bu açıklamalar çerçevesinde, ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla arama kararı verilebilmesi için makul şüphenin yeterli görülmesinde, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının özüne dokunan ya da bu hakların kullanımını ölçsüz şekilde sınırlandıran bir müdahale bulunmamaktadır.

60. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 21. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

61. Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

E- Kanun'un 41. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 128. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin Değiştirilen (17) Numaralı Alt Bendinin İncelenmesi

1. Kuralın Anlam ve Kapsamı

62. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde, el koyma tedbirinin özel bir hali olan "*taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma*" tedbirine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

63. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait; taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer malî kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine el konulabileceği hüküm altına alınmış, (3), (4), (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarında, taşınmaz, hak ve alacaklara el konulmasına ilişkin kararların icrasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, (9) numaralı fıkrasında, el koymaya ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilmesi öngörülmüştür.

64. Taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanabileceği suçları düzenleyen Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin (17) numaralı alt bendinde, el koyma tedbirinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesinde düzenlenen "*Silahlı örgüt*" suçu ile 315. maddesinde düzenlenen "*Silah sağlama*" suçları hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanacağı hükmü yer almakta iken dava konusu kuralla anılan bentte değişiklik yapılarak bu suçlara ilaveten 5237 sayılı Kanun'un 309., 311., 312., 313., ve 316. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında da el koyma tedbirinin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

65. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan*" ve 316. maddesindeki "*Suç için anlaşma*" suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiri uygulanabilecektir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

66. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda sayılan suçların uygulama alanının belirsiz olduğu, bu nedenle anılan suçlarla ilgili olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanmasına olanak tanınmasının anılan tedbirin keyfi olarak uygulanmasına, özellikle tüzel kişiler bakımından müsadere niteliğine dönüşerek ekonomik olarak yıkıcı sonuçlara sebebiyet vereceği, düzenlemenin kamu yararı kavramı ile izah edilmesinin mümkün olmadığı, kuralla mülkiyet hakkına hangi şartlarda müdahale edilebileceği ve muhtemel zararların hangi yollarla karşılanabileceği konusunda herhangi bir güvence getirilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13, 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

67. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yargılamasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza

siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, ceza yargılamasına ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede ceza muhakemesinde uygulanacak koruma tedbirlerine hangi suçlar yönünden başvurulabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken anayasal ilkeleri gözetmesi gerekmektedir.

68. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin denetimi, anayasa yargısının konusu değildir.

69. Kişiyi başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir. Ancak mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamaların da Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmaması gerekir.

70. 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Ancak bu tedbirin uygulanmasına yönelik usul ve esaslar tartışma konusu değildir. Zira dava konusu kural anılan tedbirin uygulanacağı suçları düzenlemektedir.

71. Kanun koyucunun, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla dava konusu kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ihdas edildiği açıktır.

72. El koyma tedbirinin özel bir hâli olan taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin uygulanacağı suçlar herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde kuralda tek tek sayıldığı gibi anılan suçlar 5237 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde de açık bir şekilde tanımlanmıştır. Anılan tedbirin uygulanacağı suçlar yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir. Taşınmaz, hak ve alacaklara el konulmasına ilişkin temel kurallar 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup, kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda gerekli koşulların oluşması durumunda yargı mercileri el koyma kararı verebilecektir. Dolayısıyla, kuralda, el koyma tedbirinin keyfi şekilde uygulanarak mülkiyet hakkının güvencesiz bırakılmasına sebebiyet verecek bir husus bulunmamaktadır.

73. Bu itibarla, 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinde düzenlenen taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla dava konusu kuralda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

74. Diğer taraftan, taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbiriyle sadece şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklar üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmakta olup mülkiyet el

değiştirmemektedir. Dolayısıyla, dava konusu kuralda sayılan suçlar yönünden yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda el koyma tedbiriyle şüpheli veya sanığın taşınmaz, hak ve alacaklarının müsadereye tabi tutulması söz konusu değildir. Bu nedenle dava konusu kuralın, genel müsadere cezası verilemeyeceğini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemektedir.

75. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

F- Kanun'un 42. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 135. Maddesinin Mevcut (8) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin Değiştirilen (14) Numaralı Alt Bendinin ve Bu Alt Bentten Sonra Gelmek Üzere Eklenen (15) Numaralı Alt Bendin İncelenmesi

1. Kuralın Anlam ve Kapsamı

76. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

77. Maddenin (1) numaralı fıkrasına göre bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenmesine, kayda alınmasına ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilebilecektir. Cumhuriyet savcısı tedbir kararını derhâl mahkemenin onayına sunmak ve mahkeme de, kararını en geç yirmi dört saat içinde vermek zorundadır. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır. Bu yönde alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oybirliğiyle karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oybirliği aranır.

78. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, tedbir talebinde bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belgenin veya raporun ekleneceği belirtilmiş, (3) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimin kayda alınmaması, bu durumun sonradan anlaşılması hâlinde, alınan kayıtların derhâl yok edilmesi öngörülmüştür.

79. Maddenin (4) numaralı fıkrasında, tedbir kararında, yüklenen suçun türü ile hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiş, devamında, tedbir kararının bir ay uzatılabilmek kaydıyla en çok iki ay için verilebileceği, ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, mahkemenin bu sürelere ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır.

80. Maddenin (5) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yerinin, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebileceği, (6) numaralı fıkrasında, şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespitinin, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılacağı belirtilmiş, tedbir kararında, yüklenen

suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresinin belirtilmesi öngörülmüştür.

81. Maddenin (7) numaralı fıkrasında, tedbir kararları ve yapılan işlemlerin, tedbir süresince gizli tutulacağı belirtilmiş, (9) numaralı fıkrasında, maddede sayılan esas ve usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hüküm altına alınmıştır.

82. Maddenin (8) numaralı fıkrasında ise iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin uygulanacağı suçlar sayılmış, fıkranın (a) bendinin dava konusu (14) ve (15) numaralı alt bentlerinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin 5237 sayılı Kanun'un 302., 309., 311., 312., 313., 314., 315. ve 316. maddelerinde yazılan suçlar hakkında uygulanması öngörülmüştür.

83. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 302. maddesindeki "*Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak*", 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan*", 314. maddesindeki "*Silahlı örgüt*", 315. maddesindeki "*Silah sağlama*" ve 316. maddesindeki "*Suç için anlaşma*" suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirleri uygulanabilecektir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

84. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurallarda sayılan suçların uygulama alanının belirsiz olduğu, bu nedenle anılan suçlarla ilgili olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasına imkan tanınmasının anılan tedbirlerin keyfi olarak uygulanmasına sebebiyet vereceği, düzenlemenin kamu yararı kavramı ile izah edilmesinin mümkün olmadığı, ayrıca kişilerin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına hangi şartlarda müdahale edilebileceği, bunun süresi ve muhtemel zararların hangi yollarla karşılanabileceği konusunda güvence getirilmediği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

85. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin Anayasa'nın 20. maddesinde güvenceye bağlanan kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Ancak bu tedbirlerin uygulanmasına yönelik usul ve esaslar tartışma konusu değildir. Dava konusu kurallar anılan tedbirlerin uygulanacağı suçları düzenlemektedir.

86. Kanun koyucunun, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ihdas edildiği açıktır.

87. Dava konusu kurallarda, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin uygulanacağı suçlar herhangi bir tereddüte yer vermeyecek şekilde tek tek sayıldığı gibi bu suçlar 5237 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde de açık bir şekilde tanımlanmıştır. Anılan tedbirlerin uygulanacağı suçlar yönünden herhangi bir belirsizlik söz konusu değildir. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin temel kurallar 5271 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olup dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda gerekli koşulların oluşması durumunda yetkili merciler iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararı verebilecektir. Dolayısıyla, kurallarda, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin keyfi şekilde uygulanarak kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının güvencesiz bırakılmasına sebebiyet verecek bir husus bulunmamaktadır.

88. Bu itibarla, 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirlerinin, suç ve suçlulukla etkin bir şekilde mücadele etmek ve ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlemlerini sağlamak amacıyla dava konusu kurallarda sayılan suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kurallarda, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 20. maddesinde düzenlenen kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını zedeleyen bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

89. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

G- Kanun'un 43. Maddesiyle 5271 Sayılı Kanun'un 140. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin, Değiştirilen (11) Numaralı Alt Bendi İle Bu Alt Bentten Sonra Gelmek Üzere Eklenen (12) Numaralı Alt Bendin İncelenmesi

1. Kuralların Anlam ve Kapsamları

90. 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinde şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

91. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, fıkra da sayılan suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin teknik araçlarla izlenmesi, ses veya görüntü kaydı alınmasına karar verilebileceği belirtilmiş, (2) numaralı fıkrasında, bu yönde alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince karar verilebilmesi için oybirliği şartı aranmış, (3) numaralı fıkrasında, teknik araçlarla izleme kararının bir hafta uzatılabilme kaydıyla en çok üç haftalık süre için verilebileceği, ancak örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi hâlinde, mahkemenin bu süreleri ek olarak her defasında bir haftadan fazla olmamak ve toplam dört haftayı geçmemek üzere sürenin uzatılabilmesi öngörülmüş, maddenin (4) numaralı fıkrasında, elde edilen delillerin, maddede sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamayacağı, delillerin ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edileceği belirtilmiş, (5) numaralı fıkrasında teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbirinin kişinin konutunda uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

92. Maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin dava konusu (11) ve (12) numaralı alt bentlerinde ise teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbirinin 5237 sayılı

Kanun'un 302, 309., 311., 312., 313., 314., 315. ve 316. maddelerinde yazılan suçlar hakkında uygulanması öngörülmektedir.

93. Buna göre, 5237 sayılı Kanun'un; 302. maddesindeki "*Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak*", 309. maddesindeki "*Anayasayı ihlal*", 311. maddesindeki "*Yasama organına karşı suç*", 312. maddesindeki "*Hükûmete karşı suç*", 313. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetine karşı silâhlı isyan*", 314. maddesindeki "*Silahlı örgüt*", 315. maddesindeki "*Silah sağlama*" ve 316. maddesindeki "*Suç için anlaşma*" suçlarına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda teknik araçlarla izleme, ses veya görüntü kaydı alma tedbiri uygulanabilecektir.

2. İptal Taleplerinin Gerekçesi

94. Dava dilekçesinde 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin (14) ve (15) numaralı alt bentlerine ilişkin gerekçelerle kuralların, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

95. 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin (14) ve (15) numaralı alt bentlerine ilişkin bir önceki başlık altında belirtilen gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

96. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

H- Kanun'un 44. Maddesiyle Değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

97. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine kısıtlama getirilmesinin, silahların eşitliği ilkesi bağlamında hak arama hürriyetini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 19. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

98. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

99. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

100. Kişilere yargı mercileri önünde dava ve savunma hakkı tanınması "*silahların eşitliği*" ve "*çelişmeli yargılama*" ilkeleri ışığında, hakkaniyete uygun yargılamanın da temelini oluşturmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul

hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun olanakların sağlanması anlamına gelir.

101. Bu kapsamda, şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan müdafiiye de müvekkilini yeterince savunabilmesi için soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadan örnek alma hakkı tanınması, adil bir yargılama yönünden büyük öneme sahiptir. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup özellikle soruşturma evresinde verilen tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmesi için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması adil bir yargılamanın gereğidir.

102. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyetine yönelik herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de bu hakkın hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

103. Ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Maddi gerçeğe ulaşılabilmesinin ön şartını da adil ve etkin bir şekilde yürütülen ceza soruşturması oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında soruşturma ve kovuşturma evreleri bir bütün olup adil yargılanma hakkı, kovuşturma evresinde olduğu gibi soruşturma evresi yönünden de geçerlidir.

104. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği kural altına alınmakla birlikte dava konusu kuralla bu duruma istisna getirilerek (2) numaralı fıkrada sayılan suçlar yönünden, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bu haliyle kuralın, müdafinin dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirerek savunma hakkına müdahalede bulunduğu açıktır.

105. Kuralın gerekçesinde, bir suç işlediği şüphesi üzerine hakkında soruşturma başlatılan kişinin, soruşturma tamamlanmadan suçlu olarak kabul edilmesinin önlenmesi ve soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla dava konusu kuralın ihdas edildiği belirtilmiştir.

106. 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde, Kanun'un başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilerek soruşturmanın gizliliği ilkesi benimsenmiştir.

107. Özellikle, üçüncü şahısların temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi

amaçlarla, soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle, soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla, müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak, dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir.

108. Bu açıdan bakıldığında, dava konusu kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine mutlak bir kısıtlama getirilmediği görülmektedir. Nitekim, 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde, savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilmiş, dava konusu kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin, yalnızca Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden ve ancak soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak kısıtlanması öngörülmüş, maddenin (3) numaralı fıkrasında da yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve yakalanan kişinin veya şüphelinin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında da hiçbir şekilde kısıtlama kararı verilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

109. Yukarıda anılan kanun hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu kuralın hâkime soruşturma dosyası üzerinde mutlak bir kısıtlama yetkisi vermediği, kısıtlama kararının, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri gözetilerek sanığın savunma hakkına zarar vermemek koşuluyla ve yalnızca Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak verilebileceği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde verilen kısıtlama kararı hukuka aykırı hale geleceği gibi kısıtlama kararına dayanılarak soruşturma ve kovuşturma evrelerinde verilen kararlar da hukuka aykırı hale gelecektir.

110. Bu itibarla, ceza soruşturmasının sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilerek Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarla sınırlı olarak müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasını öngören kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, adil yargılama hakkının özüne dokunmadığı gibi ölçüsüz bir şekilde kısıtlayarak kullanılamaz hâle de getirmemektedir.

111. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13., 19. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

112. Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

113. Dava dilekçesinde özetle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Başyardımcısı ve yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atanmalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Yargıtay tetkik hâkimliğine yapılacak atamalarda ise Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüş bildirme yetkisinin ortadan kaldırılmasının hukuk devleti ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedeleyeceği, ceza mahkemelerinin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı il ve ilçelerde, HSYK'ya daireler arasında iş dağılımı adı altında mahkeme belirleme ve hâkim tâyin edebilme yetkisi verilmesinin hukuk düzeninin bozulmasına ve kanuni hâkim güvencesinin ihlaline sebebiyet vereceği, yakalanabileceği veya

suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe olduğu takdirde, şüphelinin veya sanığın aranabilmesine olanak sağlayan düzenlemenin, hukuk devleti, özel hayatın gizliliği ve korunması ile konut dokunulmazlığı ilkesinin ağır biçimde ihlâline yol açacağı, ceza yargılamasında, taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin, 5237 sayılı Kanun'un, 309., 311., 312., 313., 314. ve 315. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında uygulanmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunarak, hakkı kullanılamaz hale getireceği, benzer şekilde iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri ile teknik araçlarla izleme tedbirinin, 5237 sayılı Kanun'un 302., 309., 311., 312., 313., 314. ve 315. maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında uygulanmasıyla kişilerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edileceği, müdafinin soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin sınırlandırılmasına cevaz veren düzenlemenin kişi hürriyeti ve güvenliği çerçevesinde adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, bu çerçevede dava konusu kuralların bu haliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasına,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresine,

C- 39. maddesiyle 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından...*" ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresine,

D- 40. maddesiyle 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "*somut delillere dayalı kuvvetli*" ibaresinin "*makul*" şeklinde değiştirilmesine,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendine,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendine,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendi ile bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendine,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal talepleri, 23.12.2015 tarihli, E.2014/195, K.2015/116 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bent, alt bent, cümle ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

23.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- HÜKÜM

2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 23. maddesiyle, 4.2.1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 25. maddesiyle değiştirilen 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 39. maddesiyle, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 9. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından...*" ibaresi ile altıncı cümlede yer alan "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca...*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 40. maddesiyle, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesinde yer alan "*somut delillere dayalı kuvvetli*" ibaresinin "*makul*" şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 41. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (17) numaralı alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 42. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin mevcut (8) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (14) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (15) numaralı alt bendin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 43. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 140. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin değiştirilen (11) numaralı alt bendinin ve bu alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (12) numaralı alt bendin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 44. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

23.12.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Muhtelif kanunlarda değişiklik yapılması amacıyla milletvekillerince verilen 5 ayrı kanun teklifi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Adalet Komisyonu'nca birleştirilerek görüşülmüş ve TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiş ve 2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı "Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" olarak kabul edilerek 12.12.2014 tarih ve 29203 sayılı mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un 23. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin anılan kanun tekliflerinde yer almadığı ve bu kuralın TBMM Adalet Komisyonu'nca birleştirilen metne eklendiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 88. maddesinde "Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İktüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İktüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yeri ve zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı metinler halinde Genel Kurula sunamazlar."

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda belirtilen yasa değişiklikleri önerilen teklif metinlerinde olmadığı halde Adalet Komisyonu tarafından birleştirilen metne ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısıyla de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı. hususları ile sınırlıdır." hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya aykırılığı düzeltereği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6572 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile 2797 sayılı Kanun'un iptali istenen hükmünün Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. ve 36. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Başsavcı Başyardımcı ile yardımcılarının görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atamalarında "yetkili mercie görüş bildirmek" olarak belirtilen görevi yürürlükten kaldırılmış; keza, tetkik hâkimlerinin nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 36. maddedeki, tetkik hâkimlerinin "Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurulca atanacağı"; "kurul veya daire başkanının gösterdiği lüzum ve Birinci Başkanlık Kurulunun kararı üzerine yetkili kurulca Yargıtay dışında bir göreve atanabilecekleri" şeklindeki önceki kural değiştirilerek, tetkik hâkimlerinin bu görevlere "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanacakları" düzenlemesi getirilmiştir.

Anayasa'nın "Yargı" başlıklı Üçüncü Bölümünde "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında 6 yüksek mahkemeye yer verilmiş olup, bunlar sırasıyla Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'dir. Yargıtay dışındaki diğer yüksek mahkemelerin kuruluş kanunlarında yer alan ve halen yürürlükte bulunan, iptali istenen kurallar öncesindeki Yargıtay Kanunu düzenlemesiyle paralellik gösteren kurallara göz atmakta yarar görülmektedir:

30.3.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "**Raportörler Başkanın uygun görmesi üzerine bağlı oldukları kurum tarafından görevlendirilirler**" denilmekte; aynı maddenin (7) numaralı fıkrası ise "24. maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre görevlendirilen raportörlerin görevlerinden ayrılmasında, görevlendirilmelerinde izlenen yöntem uygulanır..." hükmünü taşımaktadır. 27.6.1972 tarih ve 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinde "... Başsavcı yardımcılarının seçilmesinde de bu hizmetin gereklerine uygun tecrübe ve nitelik aranır ve genel atanma şartları da dikkate alınarak **Başsavcı tarafından boş yerlerin üç katı kadar gösterilen adaylar arasından Askeri Hâkimler ve Askeri Savcılar Kanunu hükümlerine göre atanmaları yapılır...**" denilmektedir. 4.7.1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun savcılarının nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 11. maddesi "Savcılıklara genel atama şartları da dikkate alınarak bu

hizmetin gereklerine uygun tecrübe ve nitelikleri haiz askeri hâkimler atanır. **Bu maksatla Başsavcı tarafından boş yerlerin üç katı kadar aday gösterilir...**" hükmünü öngörmektedir. 12.6.1979 tarih ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 31. maddesinde ise **"Geçici raportörler ... arasından Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanının isteği ve ilgilinin muvafakatı üzerine, mensup oldukları müesseselerin yetkili mercileri tarafından geçici olarak görevlendirilirler..."** denilmektedir.

Görüldüğü üzere, iptali istenen kurallar öncesindeki Yargıtay düzenlemesi de dikkate alındığında, altı yüksek mahkemeden beşinde bu konuda paralel hükümler olduğu görülmektedir. Yüksek Mahkemelerde görev yapan savcılar, tetkik hâkimleri ve raportörler, ifa edilen yüksek yargı görevinin yerine getirilmesinde etkin rol alan, tabiri caizse "kurumun mutfağında" görev yapan ve yüksek yargı adaletinin gerçekleşmesinde büyük katkı sunan asli ve temel unsurlardır. Yüksek yargı (temyiz) görevinin yapısal bir bütünlük içinde yerine getirilmesindeki önemli rolleri yadsınamayacak olan sayılan yargı mensuplarının, yüksek yargı temyiz incelemesi yapacak daireler/kurullar ve üyelerle olan sıkı bağlarının ve kurumsal işleyişin gereği gibi yürütülmesi bakımından "yüksek yargı bağımsızlığının" (kurumsal bağımsızlığın) tam olarak sağlanması gerekli bulunmaktadır. Bir yüksek yargı organının, görevini yerine getirirken bünyesinde istihdam ettiği savcı, tetkik hâkimi ve raportörler hakkında hiç söz sahibi olamaması söz konusu kurumsal bağımsızlıkla bağdaşmadığı gibi, esasen bu husus Anayasada yüksek yargı organlarını düzenleyen özel maddelerdeki "... kuruluşu, işleyişi ... mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik tazminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir..." şeklindeki âmir hükümlerin de doğal gereğidir. Anılan kişilerin bu görevlere atanmasında teklif ve muvafakat ilişkisi çerçevesinde kurulan denge ve denetleme sistemi Anayasa'nın bu konudaki buyruğunun yansımından başka bir şey değildir. Dava konusu kurallarla Yargıtay bakımından bu önemli görevin kullanımının, kendisi dışında başka unsurların iradesine ve inisiyatifine açık hale getirilmesi yüksek yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Dava konusu kurallar Yargıtayın temyiz görevinin yapısal bir bütünlük içinde yerine getirilmesine katkı sunmadığı gibi, bilakis bunun yerine getirilmesini güçleştirici mahiyettedir. Gerek Anayasa'nın Yargıtayı düzenleyen 154. maddesinin âmir hükmü gerek ikinci maddedeki "hukuk devleti" ilkesi, Yargıtayın işleyişini etkileyebilecek atama tasarruflarında ilgili makam ve kurulların devre dışına çıkartılmasına ve Yargıtayın işleyişinin sekteye uğramasına engel teşkil edici mahiyeti itibarıyla, gerçekte Yargıtayda görev yapacak anılan kişilerin görevlendirilmesinde belirtilen makam ve kurulların iradesinin alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın 2. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ve bu nedenle iptali gerektiği kanaatine ulaştığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Recep KÖMÜRCÜ	Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2.12.2014 tarihli ve 6572 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebi ile ilgili olarak çoğunluk görüşüne katılmadığımız hususlardaki karşıoy gerekçelerimiz aşağıdadır.

23. Maddesiyle, 4.2.1983 Tarihli ve 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin Yürürlükten Kaldırılması ve 25. Maddesiyle Değiştirilen 2797 Sayılı Kanun'un 36. Maddesinin İkinci Cümlesinde Yer Alan ".Hâkimler Ve Savcılar Yüksek Kurulunca..." İbaresini Yönünden

2. 2.12.2014 tarih ve 6572 sayılı Kanun'un 23. ve 25. maddeleri ile 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 27. ve 36. maddelerinde yapılan değişikliklerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının; Yargıtay savcılarının (Başsavcı Başyardımcı ile yardımcılarının) bu görevlere ve bu görevlerden başka görevlere atamalarında "*yetkili mercie görüş bildirmek*" olarak belirtilen görevi yürürlükten kaldırılmış; aynı şekilde, tetkik hâkimlerinin nitelikleri ve atanmalarını düzenleyen 36. maddedeki, tetkik hâkimlerinin "*Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak yetkili kurulca atanacağı*"; "*kurul veya daire başkanının gösterdiği lüzum ve Birinci Başkanlık Kurulunun kararı üzerine yetkili kurulca Yargıtay dışında bir göreve atanabilecekleri*" şeklindeki önceki kural değiştirilerek, Yargıtay Cumhuriyet savcılarının olduğu gibi tetkik hâkimlerinin de bu görevlere "*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanacakları*" yönünde düzenlemeler getirilmiştir.

3. 2797 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinde HSYK'nın hâkimler ve savcılar arasından Yargıtay Cumhuriyet savcılığına yapacağı atamalarda veya bu görevden başka bir göreve atamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşünü alma zorunluluğu getirilmekte idi.

4. 2797 sayılı Kanun'un 36. maddesinde Yargıtay'da görev yapacak tetkik hâkimlerinin, meslekte beş yılını doldurmuş adli yargı hâkim ve Cumhuriyet savcıları arasından "*Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun görüşü alınarak*" yetkili kurul tarafından atanacağı hükmü yer almakta idi.

5. İptali istenilen düzenlemelerle bu kurallar yürürlükten kaldırılarak Yargıtay Cumhuriyet savcılığı ve tetkik hakimliği görevlerine atamada veya bunların anılan görevlerden alınarak başka bir göreve atanmasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının ve Birinci Başkanlık Kurulunun görüşlerine başvurmaksızın HSYK'na doğrudan atama yetkisi verilmiştir.

6. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına Anayasa ve kanunlar çerçevesinde verilen; siyasi partiler hakkında çeşitli denetleme, inceleme ve soruşturma işlemlerini yürütme, siyasi parti kapatma davalarını açma, Yüce Divan'da iddia makamını temsil etme, üst düzey kamu görevlileri hakkındaki soruşturmaları yürütme, kanun yararına bozma taleplerini inceleme ve gereğini yerine getirme, Yargıtay Ceza Dairelerinde yapılan duruşmalara katılma, İçtihadı Birleştirme Kurulu'nda, Hukuk Genel Kurulu'nda ve Ceza Genel Kurulu'nda duruşma ve müzakerelere iştirak etme, Yargıtay Dairelerinin incelemesinden geçen hükümlere karşı itiraz yoluna başvurma, adli, idari ve askeri yargı yerleri arasında doğan olumlu ya da olumsuz görev uyuşmazlıklarında Uyuşmazlık Mahkemesi'nden konunun çözülmesini talep etme, gerekli durumlarda yazılı ve sözlü açıklamada bulunma gibi görevler çoğunlukla Yargıtay Cumhuriyet savcıları eliyle yürütülmektedir. Yine Yargıtayın idari ve yargısal görev ve yetkileri

kapsamındaki birçok hususla ilgili olarak önemli görevler de Yargıtay tetkik hâkimlerince yerine getirilmektedir.

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

8. Hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından olan yargı bağımsızlığı, insan hak ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."* Bağımsızlık, mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken, yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesinin, 14.1.2015 tarih ve E.2014/164, K.2015/12 sayılı kararı).

9. Anayasa'nın 139. maddesinde de, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin bir uzantısı olan *"hâkimlik ve savcılık teminatı"* düzenlenmiştir:

"Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz."

Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır."

10. Hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen Anayasa'nın 140. maddesinde ise, hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri belirtilmiş ve özlük haklarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

11. Hakimler ve yargı kurumları nereden gelirse gelsin her türlü dış etki veya baskıya karşı korunmadıkları müddetçe hukuka uygun bir şekilde adalet hizmetlerini yerine getirebilmeleri mümkün değildir(Mustafa ERDOĞAN, Anayasa ve Özgürlükler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, sh.24).

12. Yargıtay'ı düzenleyen Anayasa'nın 154. maddesinin son fıkrasında *"Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, Başkan, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcivekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir"* denilmektedir. Aynı düzenlemeler diğer yüksek mahkemeleri düzenleyen anayasal hükümlerde de tekrar edilmiştir.

13. Anayasa koyucu HSYK'yı, Adalet Bakanının başkanlığında, hakim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama, nakletme ve haklarında disiplin cezası verme gibi görev ve yetkilerle donatmış, meslekten çıkarma kararları dışındaki kararları yargı denetimine kapalı olan bir idari kurum olarak düzenlemiştir.

14. İdari bir kurum olmasına rağmen, Anayasanın 159. maddesi ile HSYK'nın görevli kılındığı konularda hâkim ve savcılar hakkında karar verme ve Adalet Bakanlığının bir mahkemenin kaldırılması ya da yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlama yetkilerinden kaynaklanan özelliikli konumu nedeniyle HSYK'ya Anayasa'nın "*Yürütme*" bölümünün "*İdare*" başlıklı kısmında değil, "*Yargı*" başlıklı bölümünde yer verilmiştir.

15. Ancak bu düzenlemelere rağmen Anayasa Mahkemesine göre, "*Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, idari organ niteliğini haizdir ve aldığı kararlar da yargı kararı olmayıp idari işlem niteliğindedir*" (7.3.2013 günlü, E.2011/20, K.2013/41 sayılı karar). Mahkeme, 1961 Anayasası döneminde de Yüksek Hakimler Kurulu'nun idari nitelikte bir kurum olduğunu şu ifadelerle açıklamıştır: "*Bir yürütme görevlisinin mahkemeye başkanlık etmesi düşünülemeyeceğinden Yüksek Hakimler Kurulu'nu yargısal bir kurul, kararlarını da yargısal bir karar saymak olanaksızdır. Yüksek Hakimler Kurulu'nun kuruluş amacı ve görev alanı yönünden de yönetsel nitelikte bir kurum olduğu, hakimlerin özlük ve disiplin işlerini yürüttüğü, yargı kararları üzerinde denetim yetkisi ve görevi bulunmadığı, Anayasa'da ve ... Yasa'da belirtilmiştir*" (27.1.1977 günlü, E.1976/43, K.1977/4 sayılı karar).

16. Tüm hâkim ve savcıların atanma ve diğer özlük haklarına ilişkin konularda HSYK yetkili olmakla birlikte, Yargıtay Başkanlık Kurulu ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına verilen atamadan önce görüş bildirme yetkisi Anayasada öngörülen, Yüksek Mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı ile birlikte bu kurumlarda görev yapan Başkan, başkanvekili, daire başkanı, Yargıtay Başsavcısı, başsavcıvekili, üye, Yargıtay Cumhuriyet savcısı, tetkik hâkimi gibi hâkim sınıfından görevlilerin bağımsızlığı ve tarafsızlığını bir ölçüde güvence altına almaktadır. Yargıtay Başkanlığı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına Anayasa ve kanunlarla verilen önemli ve teknik nitelikteki birçok görev ve yetkinin yerine getirilmesinde etkili olarak görev yapan tetkik hâkimleri ve Yargıtay Cumhuriyet savcılarının atanmasında yargının en üst seviyedeki yetkili makamlarını tamamen gözardı eden uygulamalar hakim ve savcılarla ilgili önemli yetkilere sahip bir kurum olan HSYK tarafından da yapılmış olsa kurumsal ve bireysel bağımsızlığı ortadan kaldırır.

17. Yargıtay Cumhuriyet savcılığına ve Yargıtay tetkik hâkimliklerine yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve Yargıtay Birinci Başkanlık kurulunun zaten çok kısıtlı olan "*görüş bildirme*" niteliğindeki yetkileri kaldırılarak bu kurumlardan farklı görev ve yetkilere sahip HSYK'na hâkimler ve savcılar arasından Yargıtay Cumhuriyet savcılığına ve Yargıtay tetkik hâkimliğine herhangi bir ölçütle bağlı olmaksızın doğrudan atama yapma yetkisinin verilmesi, hâkimler ve savcıların görev yaptığı her kurumda ve alanda HSYK'nın doğrudan ve geniş bir yetkiye sahip bulunduğu kabul edilmesi anlamına gelir ki, bu kabul Anayasada düzenlenen Yüksek Mahkemelerin kuruluş, işleyiş, mensuplarının disiplin ve özlük işlerinin "*mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenmesini*" öngören Anayasa koyucunun iradesine uygun düşmez. Burada "*çoğun içinde az da vardır*" kuralı geçerli olamaz.

18. Kuralın gerekçesinde "*maddeyle, Yargıtay tetkik hakimlerinin atanmalarına ilişkin usulün değiştirildiği ve Danıştay tetkik hakimlerinin atanmasına ilişkin usul benimsenerek iki yüksek mahkeme arasında uyum sağlandığı*" belirtilmektedir.

19. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Çoğunluk

gerekçesinde de belirtildiği üzere, kurallarda belirtilen Yargıtay Cumhuriyet savcıları ile tetkik hâkimlerini atama yetkisi zaten HSYK'ya ait bulunmaktadır.

20. Yargıtayın kurum olarak kendi içinde ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının da kendi içinde iş ve personel uyumunu sağlamak, hukukun işleyişine hakim olabilmek açısından asgari düzeyde mevcut olan Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin atanmasındaki yetkileri tümüyle kaldırılmış olmaktadır. Böylece Yargıtayda görev yapacak Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin atanması ve görevden alınması yetkisi tümüyle HSYK'na verilmiş, Yargıtayın kurum olarak etkisi tümüyle kaldırılmış olduğundan kurumsal işleyişin bundan etkilenmesi kaçınılmazdır ve olumsuz etkilerinin olabileceği açıktır. Yargıtaya seçilen üyelerin tümüyle HSYK tarafından seçilmesi ile Yargıtayda görevlendirilecek Cumhuriyet savcılarının ve tetkik hakimlerinin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Başkanlar Kurulunun görüşü alınmaksızın tek taraflı olarak atanması veya görevden alınması aynı şey değildir.

21. Yargıtaya, Yargıtay Başkanlar Kurulunun görüşü alınmaksızın HSYK tarafından tetkik hakimi atanmasında, keza Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının görüşü alınmaksızın Cumhuriyet savcısı atanmasında kurumsal yarar mevcut olmadığı gibi kamu yararının olduğunu söylemek de zordur. Nitekim kanun gerekçesinde de Danıştaydaki duruma atıf yapılmış ama hangi ihtiyaç nedeniyle böyle bir düzenleme yapıldığı konusunda bir açıklamaya yer verilmemiştir.

22. Dava konusu kurallarla haklı bir nedene dayanılmaksızın Yargıtay Cumhuriyet savcıları ve Yargıtay tetkik hakimlerinin kurum içinden dışına, dışından içine yapılacak atamalarda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Başkanlar Kurulunun zaten sınırlı olan görüş bildirme yetkisini ortadan kaldırarak bu yetkinin Kurum dışında -hakim ve savcıların atama ve özlük hakları konusunda geniş yetkilere sahip bulunsu bile- tamamen başka bir kurum olan HSYK'nun tek yönlü irade ve iniyasitifine bırakılması Yüksek Yargının kurumsal ve görevlendirilen savcı ve hakimlerin bireysel bağımsızlığını ortadan kaldırabileceği gibi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmaz.

23. Belirtilen nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 138. ve 154. maddelerine aykırıdır.

24. 40. Maddesiyle, 4.12.2004 Tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. Maddesinde Yer Alan "Somut Delillere Dayalı Kuvvetli" İbaresinin "Makul" Şeklinde Değiştirilmesi Yönünden

25. 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesine göre şüpheli veya sanık hakkında arama kararı verilebilmesi için, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*"nin bulunması gerekmekte iken, dava konusu kuralla madde metninde değişiklik yapılarak "*makul şüphe*"nin varlığı yeterli görülmüştür. Kuralın gerekçesinde, arama kararı verilebilmesi için gerekli olan somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle makul şüphe şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

26. Arama için makul şüphe şartı ilk olarak 5271 sayılı Kanun'un 116. maddesiyle getirilmiştir. Maddede, yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği hüküm altına alınmıştır.

27. Daha sonra 21.2.2014 tarih ve 6525 sayılı Kanun'la madde metninde değişikliğe gidilerek maddenin birinci fıkrasında yer alan "*makul*" ibaresi "*somut delillere dayalı kuvvetli*" şeklinde değiştirilmiştir. Böylece arama için makul şüphe yerine somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şartı aranmıştır. Yapılan değişikliğin gerekçesinde, şüpheli ve sanıkların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için önemli bir güvence sağlanarak aramanın uygulanabilmesi bakımından tutuklama müessesinde olduğu gibi somut delillere dayalı kuvvetli şüphe şartının getirildiği belirtilmiştir.

28. Son olarak dava konusu kuralla madde metninde tekrar değişikliğe gidilerek arama için yeniden makul şüphenin varlığı yeterli görülmüştür. Değişiklik gerekçesinde de "*somut delillere dayalı kuvvetli şüphe*" ibaresinin, uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması nedeniyle "*makul şüphe*" şeklinde değiştirildiği belirtilmiştir.

29. Arama, şüpheli veya sanığın muhakemede hazır bulundurmak amacıyla yakalanması ve/veya suçla ilgili delillerin ele geçirilmesini sağlamaya yönelik bir koruma tedbiridir. Arama sırasında kişinin özel hayatına ve konutuna müdahale söz konusu olduğundan "*özel hayata saygı duyulmasını isteme hakkı*" ile "*konut dokunulmazlığı*" hakkı kısıtlanabilmektedir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi arama tedbiri de temel hak ve özgürlüklerle birlikte düşünülmesi gereken alana ilişkin bir uygulamadır.

30. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

31. Kanun koyucunun Anayasada belirtilen temel ilkelere uygun olmak koşuluyla suç ve suçlulukla mücadele kapsamında koruma tedbirlerinin neler olduğu, hangi hallerde uygulanacağı gibi konularda düzenleme yapma yetkisi bulunduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, yapılacak düzenlemelerin anayasal ilkelere uygunluğu yanında hukuki güvenlik ve güvenin sağlanması bakımından haklı nedeninin de ortaya konulması gerekir.

32. Yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

33. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtildikten sonra 5. maddesinde "*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya*" çalışmasını devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Yine hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kanun koyucunun sahip bulunduğu takdir yetkisini hukuk devletinin gerçekleşmesi, temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunması yönünde kullanması halinde sorun bulunmamakla birlikte bu yetkinin aksi yönde kullanılması halinde, bunun hangi ihtiyaç ve kamu yararı nedeniyle yapıldığının sorgulanması gerekir.

34. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da vurgulandığı üzere hukukun üstünlüğünü, toplumsal barışı ve ulusal dayanışmayı amaçlamayan, Anayasanın öncelik ve bağlayıcılığını gözetmeyen, hukukun evrensel kurallarına saygılı olmayan, adaletli bir düzeni gerçekleştirmeyen, kişilere değer vermeyen, çağdaş kurum ve kurallarla uyum sağlamayan devletin hukuk devleti olduğundan söz edilemez (*Anayasa Mahkemesinin 17.11.1989 günlü, E:1989/6, K:1989/42 sayılı; 24.6.1993 günlü, E:1992/29 ve K:1993/23 sayılı kararları*).

35. Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sağlanması ve korunması için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilirler. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

36. İptali istenilen kuralla ilgili önceki değişiklik 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanunun genel gerekçesinde aynen şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devleti olduğu; 19 uncu maddesinde herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine, 20 nci maddesinde herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; 22 nci maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu; 35 inci maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere, ceza muhakemesi hukukunun temel amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Diğer bir ifadeyle, ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları sırasında yukarıda anılan anayasal ilkelerin mutlaka göz önüne tutulması ve temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların makul ve ölçülü olması zorunludur. Hukuk devletinin de bir gereği olarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında uygulanan tedbirlerin ölçülü olması zorunluluğu bulunmaktadır. Bu ilkeye göre, ceza muhakemesi işleminden beklenen yarar ile verilmesi ihtimal dâhilinde bulunan zarar arasında makul bir oranın bulunması, oransızlık durumunda işlemin yapılmaması gerekmektedir.

Yukarıda belirtilen uluslararası sözleşmeler ve Anayasada yer alan temel ilkeler gözetilerek Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında yer alan bazı koruma tedbirlerinin yeniden düzenlenmesi gereği doğmuştur.

Anayasanın 38 inci maddesinin dördüncü fıkrasında suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı düzenlenmiştir. Masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı, aynı zamanda ceza hukukunun evrensel ilkelerindendir. Suç soruşturması sırasında kişisel verilerin alenileşmesinin bu ilkeleri önemli ölçüde zedeleyeceği açıktır. Teklifle

koruma tedbirlerine başvurma şartları ve karar alma usulünün değiştirilmesi ve kişisel verileri koruyan suçların cezalarının artırılması suretiyle masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı bakımından daha etkin bir koruma sağlanmaktadır. Anayasanın 19 uncu maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ceza muhakemesi işlemleri sırasında ihlalinin önlenmesi amacıyla, teklifte yapılan önemli bir düzenleme de gözaltı, tutuklama, arama ve elkoyma gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi açısından "somut delil" kriterinin getirilmiş olmasıdır. Bu şekilde bu koruma tedbirlerine soyut bir takım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesinin önüne geçilecektir."

37. Madde gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir: "- Maddeyle, Ceza Muhakemesi Kanununun 116 ncı maddesinin birinci fıkrasında yapılması öngörülen düzenlemeyle, arama tedbirinin uygulanması, şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphenin varlığına bağlanmaktadır. Arama kararını veren Cumhuriyet savcısı veya hâkim bu hususta gerekçe göstermekle yükümlü olacaktır.

Düzenlemeyle, şüpheli ve sanıkların temel hak ve özgürlüklerinin korunması için önemli bir güvence sağlanmakta ve aramanın uygulanabilmesi bakımından tutuklama müessesinde olduğu gibi somut delillere dayalı kuvvetli şüpheye yer verilmektedir".

38. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6.3.2014 tarihli ve 28933(Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptali istenilen düzenleme ise 12.12.2014 tarihli ve 29203 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İlk değişiklikten sonra geçen 10 ay 6 günlük süre -Kanun teklifinin Meclis Başkanlığına geldiği tarih olan 14.10.2014 esas alınır 8 ay 8 günlük süre- getirilen düzenleme ile ilgili uygulama sonuçlarının belirlenebilmesi ve ortaya konulabilmesi için dahi yeterli değilken, gerekçede dayandırılan "uygulamada ortaya çıkan güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması" şeklindeki neden temel hak ve özgürlükleri koruma yönünden daha kısıtlayıcı bir düzenleme için haklı bir neden olarak görülemez.

39. Hak ve menfaatlerin birbiriyle çatışması halinde temel hak ve hürriyetler lehine bir dengenin bulunması demokratik hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Temel hak ve hürriyetleri gereksiz ve ölçüsüz biçimde sınırlayan bir düzenleme kamu yararına dayansa bile anayasanın söz konusu temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerine ve bununla birlikte Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

40. Kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını artırıcı düzenlemeler yapması halinde bunun haklı nedenini ortaya koyması ve Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirleyen 13. maddesine uygun davranması gerekir. İptali istenen düzenleme ile arama koruma tedbiri yönünden getirilen sistemde evvelce "somut delillere dayalı kuvvetli şüphe" ölçütü bırakılarak yalnızca "makul şüphe" ölçütü yeterli görülmüştür. Bunun ise önceki düzenlemeye kıyasla temel hak ve özgürlükler açısından daha olumsuz bir nitelik taşıdığı, temel hak ve özgürlüklere daha kolay ve daha fazla müdahalede bulunulmasına neden olacağı açıktır. İptali istenilen düzenlemede belirtilen "uygulamada ortaya çıkardığı güçlükler yanında kurumun amacını ve işlerliğini zayıflatması" şeklindeki gerekçe temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi kolaylaştıran bir düzenleme yapılması için haklı bir neden olarak görülemez.

41. Kişiyi somut delillere dayalı kuvvetli şüphe yerine ondan daha az güvenli bir ölçüt olan makul şüphe gerekçesiyle kendisi hakkında yakalama tedbiri uygulanması endişesi ve tedirginliği içinde yaşamak zorunda bırakan düzenleme Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükler konusundaki yaklaşımı ile bağdaşmaz.

42. Ayrıca, Ceza Muhakemesi Kanununda kişilerin hak ve özgürlüklerine daha sınırlı müdahalede bulunulması yetkisi veren diğer koruma tedbirleri için halen "*kuvvetli şüphe*" aranırken, onlara nazaran kişilerin özel alanına daha yoğun müdahaleye imkan veren arama için "*makul şüphe*" kriteri getirmek Kanunun kendi sistematigi içinde çelişkiye neden olduğu gibi hak ve özgürlüklere müdahalede de çelişkili ve hukuk devleti ile bağdaşmayan bir duruma neden olmaktadır.

43. Düzenlediği alandaki temel hak ve hürriyetlerin korunması yönünden daha güvenceli olan bir sistemden haklı bir neden olmaksızın daha güvencesiz bir sistem öngören ve bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi "*soyut bir takım şüpheler nedeniyle başvurularak, kişi hürriyeti ve güvenliği ile mülkiyet hakkının zedelenmesine neden olan*" "*makul şüphe*" gibi içeriği açıkça anlaşılamayan bir kavrama dayanılarak, kişiler aleyhine arama koruma tedbirine başvurulabilmesine imkan veren kural, Anayasanın 2., 5., 13. ve 19. maddelerine aykırıdır.

44. 44. Maddesiyle Değiştirilen 5271 Sayılı Kanun'un 153. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi Yönünden

45. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, müdafii, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği kural altına alınmakla birlikte dava konusu kuralla bu duruma istisna getirilerek (2) numaralı fıkrada sayılan suçlar yönünden, soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği durumlarda Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla müdafii dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Bu haliyle kuralın, müdafii dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirerek savunma hakkına müdahalede bulunduğu açıktır.

46. Değişiklik gerekçesinde, ceza muhakemesinin soruşturma evresinde gizlilik ilkesi esas olduğundan soruşturmanın gizli biçimde cereyan etmesi gerektiği, soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizliliğinin şüphelinin suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkı yanında, soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesine de hizmet ettiği, bu çerçevede madde metninde yapılan değişiklikle soruşturma evresinde müdafii dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasının, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla kısıtlanabilmesinin öngörüldüğü belirtilmiştir.

47. Müdafii savunmasını hazırlayabilmesi veya müvekkili aleyhine verilen koruma tedbiri kararlarına karşı etkili şekilde itiraz edebilmesi için dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisine sahip olması gerekmektedir. Hazırlık soruşturmasının sanık açısından ortaya çıkardığı savunma ihtiyacı, bu aşamanın, daha sonraki soruşturmadan sonuç çıkarma ve kovuşturma aşamaları için taşıdığı önem, etkin bir savunma yapılabilmesi bakımından dosya inceleme hakkının olabildiğince erken sağlanmasını vazgeçilmez kılmaktadır. Bu hak, silahların eşitliği ilkesinin ayrılmaz bir parçası olarak Anayasa'nın 36. ve AİHS'in 6. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

48. Nitekim kanun koyucu da soruşturma aşamasında kural olarak müdafîye dosyayı inceleme yetkisi tanımıştır. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin birinci fıkrasına göre müdafîi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

49. Bununla birlikte dava konusu kuralla, Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür.

50. Savunma hakkına sıkı surette bağlı olan en önemli hukuki kurum müdafilik kurumudur. Kovuşturma safhasında savunma makamının yargılamaya yönelik hak ve yetkilerini kısıtlama adına alınacak bu tür önlemler savunma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına doğrudan müdahale edecektir.

51. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinde Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilmiştir. Maddede savunma haklarına zarar vermemek koşulundan bahsedilmekle birlikte, iptali istenilen kuralda belirli suçlar bakımından soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi ihtimalinin varlığı ve buna göre verilen kısıtlama kararları bu koşulu anlamsız hale getirebilecek bir yapı içermektedir.

52. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 4. paragrafı uyarınca, tutukluluğa itiraz için başvuruda bulunulan mahkeme önünde yürütülen bir duruşmanın çekişmeli olması ve iddia makamı ile sanık arasında "*silahların eşitliği*"nin temin edilmiş olması gerekmektedir. AİHM, dosyaya erişim hakkının kısıtlanmasına tutuklu yargılamalarda özel bir önem atfetmektedir. Zira sanığın tutuklu olduğu durumlarda savunma için dosya içeriğinden olabildiğince erken ve kapsamlı bilgi sahibi olunması diğer davalara nazaran daha fazla öneme sahip olup, bu hak, soruşturmanın tehlikeye düşmesini önleme amacına göre önceliğe sahiptir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre avukatın, müvekkilinin tutukluluğuna etkili bir şekilde itiraz edebilmesi için, dosya inceleme hakkının kısıtlanmamış olması gerekmektedir.(Ceviz / Türkiye başvuru no. 8140/08, Erkan İnan - Türkiye, başvuru no: 13176/05, Nedim Şener / Türkiye başvuru no: 38270/11 Ahmet Şık / Türkiye başvuru no: 53413/11, Lamy / Belçika başvuru no: 10444/83, Nikolova / Bulgaristan başvuru no: 31195/96, Schöps / Almanya, başvuru no: 25116/94, García Alva / Almanya başvuru no: 23541/94, Lietzow / Almanya, başvuru no 24479/94, Mooren / Almanya, başvuru no 11364/03)

53. Hazırlık soruşturması sırasında başvuru ve aralarında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran tutuklama gibi koruma tedbirleri kamu gücü kullanan makamlara AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere ciddi müdahalelerde bulunma yetkisi veren konulara ilişkindir. AİHS koruma tedbirlerinden ağır nitelikte olan yakalama ve tutuklamaya ayrı bir önem vermiş ve yargılama makamlarının da buna uygun davranmalarını öngörmüştür. Bu nedenle AİHS m. 5/4'de "*yakalanması ve tutuklanması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, özgürlüğün sınırlanmasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir surede karar verme ve durum kanuna aykırı görüldüğünde salıverilmesine karar verilmesi için bir yargı organına başvurma hakkına sahiptir*" düzenlemesine yer verilerek tutuklu sanığa, tutukluluk durumunun hukuka uygunluğunun yargısal yoldan denetlenmesini isteyebilme hakkı tanınmıştır.

54. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılınca kadar bildirilmesini isteme hakkı tanınmış, sekizinci fıkrasında da hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınarak, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

55. Kişinin hakkında verilen tutuklama kararına karşı etkili bir itirazın yapılabilmesi, tutuklamaya esas olan bilgi ve belgelerin içeriğinin bilinmesine bağlıdır. Bu nedenle, soruşturma evresinde tutukluluğa esas olan belgelerin incelenmesi, tutuklamaya etkili bir şekilde itiraz edilebilmesinin de ön koşuludur. Ancak bu sayede, tutuklama kararında gösterilen gerekçelerin doğru olmadığı veya tutuklama tedbiri yerine başka koruma tedbiriyle amaca ulaşılabilceği ileri sürülebilir.

56. AİHM de, tutuklu olan sanığın dosyayı inceleme hakkını, doğrudan AİHS m.6/3-a ve c bentlerine değil, m. 5/4'e dayandırmıştır. AİHM özellikle tutuklama kararı verilen ve tutuklama kararına itiraz edilen durumlarda, bir taraftan sanığın, tutukluluğu konusunda kendisi için önemli görünen soruşturma ile ilgili olabildiğince kapsamlı bilgi edinmeye yönelik haklı çıkarları; diğer taraftan ceza kovuşturma organlarının soruşturma tedbirlerinden sanığın önceden bilgi sahibi olmasına dayanarak olayın aydınlatılmasının engellenmesi girişimlerini önlemeye yönelik gereksinimleri arasındaki çatışma üzerinde yoğunlaşmış ve sonuçta etkili bir ceza kovuşturması ile sanığın savunma hakkı arasındaki çıkar çatışmasını sanık ve onun savunma hakkı yönünde çözüme kavuşturmuştur.

57. AİHM'e göre tutuklamaya itirazı inceleyen bir mahkeme, muhakemenin tarafları arasında (savcı ve özgürlüğünden yoksun kılınan kişi) silahların eşitliğine özen göstermelidir. Sanığın, özgürlükten yoksun bırakılmasının hukuka aykırılığını etkili biçimde tartışma konusu yapmak için önem taşıyan soruşturma dosyasındaki delillere müdafinin ulaşması engellenmiş ise, artık bu durumda silahların eşitliğinden söz edilemez (*Lamy v. Belçika*, 30 Mart 1989, paragraf. 29, seri A no 151, *Nikolova v. Bulgaristan* [BD], no 31195/96, paragraf. 58, *Schöps v. Almanya*, no 25116/94, paragraf. 44, *Lietzow v.Almanya*, no 24479/94, paragraf. 44)

58. Mevzuatımızda da konuyla ilgili anayasal ilkelere yer verilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*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.*"

59. Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrası uyarınca, "*Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır.*"

60. Anayasa'nın 36. maddesine göre ise, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

61. CMK'nın 157. maddesi uyarınca, soruşturmanın gizliliği, soruşturma aşamasının başlangıcından sona ermesine kadar devam eder. Dolayısıyla, soruşturmanın başlamasından kovuşturamama kararına veya iddianamenin kabulüne kadar soruşturma işlemleri, kural olarak gizlidir. Çeşitli kanunlarda soruşturmanın gizliliği ile ilgili olarak yer alan düzenlemeler, söz konusu gizliliğin soruşturmanın sona ermesiyle birlikte ortadan kalkacağını öngörmektedir. Örneğin 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin 4. fıkrasında, iddianamenin kabulü ile birlikte müdafinin dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebileceği, bütün tutanak ve belgelerin harçsız olarak örneğini alabileceği öngörülmektedir.

62. İptali istenilen kuralla, Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan suçlar yönünden müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hakiminin kararıyla bu yetkisinin kısıtlanabilmesi öngörülmüştür.

63. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu hüküm altına alındığından, özellikle soruşturma evresinde verilen tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmesi için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması gerekir. Bu bilgi ve belgelere erişimin kısıtlanması ise adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verecektir. Bu itibarla, müdafinin soruşturma evresinde dosya inceleme yetkisinin kısıtlanması ile savunma hakkı arasında makul bir dengenin kurulması zorunludur.

64. İptali istenilen kuralla ilgili önceki değişiklik 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunla yapılmıştır. Kanunun genel gerekçesinde aynen şu açıklamalara yer verilmiştir:

"İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayırımlar yapılması; örneğin iddia makamının bildiği bir delili savunma makamının bilmemesi, silâhların eşitliği olarak bilinen ilkeye aykırılık teşkil etmektedir. Silâhların eşitliği, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları etkin bir şekilde kullanabilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkenin daha etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi amacıyla Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinde önemli bir değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddeye göre müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilmektedir. Teklifte, söz konusu hüküm yürürlükten kaldırılmakta ve müdafinin soruşturma evresinde hiçbir kısıtlama olmaksızın dosya içeriğini inceleyebilmesi ve istediği belgelerden örnek alabilmesi sağlanmaktadır."

65. Madde gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir: *"Silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırma kaldırılmaktadır"*.

66. 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 6.3.2014 tarihli ve 28933(Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptali istenilen düzenleme ise 12.12.2014 tarihli ve 29203 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

67. Bir önceki başlıkta makul şüphe ile ilgili karşıoy gerekçesinde belirtilen durum burada da aynen geçerlidir. Kanun koyucunun temel hak ve özgürlüklere müdahale alanını artırıcı düzenlemeler yapması halinde bunun haklı nedenini ortaya koyması ve Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarını belirleyen 13. maddesine uygun davranması gerekir. İptali istenen düzenlemeden çok kısa bir süre öncesinde savunma hakkı, silahların eşitliği ve hukuk devleti ilkelerinin gereği olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafinin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırmayı kaldıran yasakoyucunun haklı bir neden olmaksızın önceki düzenlemeye tekrar dönmesi hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.

68. Bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin "*soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması*" gibi belirsiz bir nedenle engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bunun ötesinde yapılan düzenlemenin gerekçesinde, aradan geçen kısa süreye rağmen bu yönde bir değişiklik yapılması konusunda herhangi bir haklı gerekçeye de yer verilmiş değildir. Haklı bir neden olmaksızın kanun koyucu tarafından temel hak ve hürriyetlerin daha fazla sınırlandırılmasına yol açan düzenlemeler yapılması hukuk devleti ile bağdaşmaz.

69. Düzenlediği alandaki temel hak ve hürriyetlerin korunması yönünden daha güvenceli olan bir sistemden haklı bir neden olmaksızın daha güvencesiz bir sistem öngören ve bir önceki değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi soruşturma aşamasında müdafinin dosya içeriğini incelemesinin "*soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması*" gibi belirsiz bir nedenle engellenmesine imkan veren kural, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

70. Açıklanan nedenlerle, 6572 sayılı Kanun'un 23., 25., 40. ve 44. maddeleri ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN