

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2014/122

Karar Sayısı : 2015/123

Karar Tarihi : 30.12.2015

R.G. Tarih-Sayı : 01.03.2016 - 29640

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY, Muharrem İNCE, Ahmet TOPTAŞ ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "*Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.*" ibaresinin,

B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan "*., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir*" ibaresinin,

b- (b) bendinin,

c- (c) bendinin,

d- (i) bendinde yer alan "*.alan veya.*" ibaresinin,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan "*.yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla.*" ibaresinin,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1-İkinci fıkranın ikinci cümlesinin,

2- Üçüncü fıkrada yer alan "*İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da.*" ve "*.delilleri ve dayanakları gösterilmeyen .*" ibarelerinin,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin,

4- Sekizinci fıkranın,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan "*.yetkisiz olarak alan, temin eden, .*" ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." ibarelerinin,

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz" ibaresinin,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin,

2- İkinci cümlesinde yer alan "*Ancak,* ." ibaresinin,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin;

1- Birinci fıkrasının,

2- İkinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 7.,10., 12., 13., 17., 20., 22., 26., 28., 29., 36., 38., 74., 125., 138., 140. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Dava konusu kuralların yer aldığı 6532 sayılı Kanun'un;

1- 1. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "*Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri* " başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

b) Devletin millî güvenlik siyasetiyle ilgili planların hazırlanması ve yürütülmesinde; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile ilgili bakanlıkların istihbarat istek ve ihtiyaçlarını karşılamak.

c) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat faaliyetlerinin yönlendirilmesi için Millî Güvenlik Kurulu ve Başbakana tekliflerde bulunmak.

d) Kamu kurum ve kuruluşlarının istihbarat ve istihbarata karşı koyma faaliyetlerine teknik konularda müşavirlik yapmak ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak.

e) Genelkurmay Başkanlığınca Silahlı Kuvvetler için lüzum görülecek haber ve istihbaratı, yapılacak protokole göre Genelkurmay Başkanlığına ulaştırmak.

f) Millî Güvenlik Kurulunda belirlenecek diğer görevleri yapmak.

g) İstihbarata karşı koymak.

h) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda **Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.**

i) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

j) (Ek: 17/4/2014-6532/1 md.) İstihbarat kapasitesini, niteliğini ve etkinliğini artırmak amacıyla çağdaş istihbarat usul ve yöntemlerini araştırmak, teknolojik gelişmeleri takip etmek ve uygun görülenleri temin etmek.

(Değişik birinci cümle: 17/4/2014-6532/1 md.) Millî İstihbarat Teşkilatına bu görevler dışında görev verilemez. Millî İstihbarat Teşkilatı birimlerinin görev, yetki ve sorumlulukları Başbakanca onaylanacak bir yönetmelikte belirtilir."

2- 3. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un "Yetkiler" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, **uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.**

b) **Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamazlar.**

c) **26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir.**

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

e) İstihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin kimliklerini değiştirebilir, kimliğin gizlenmesi için her türlü önlemi alabilir, tüzel kişilikler kurabilir. Kimliğin oluşturulması veya tüzel kişiliğin kurulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması durumunda gerekli belge, kayıt ve dokümanlar ile araç ve gereçler hazırlayabilir, değiştirebilir ve kullanabilir.

f) Yabancıların ülkeye giriş ve çıkış ile vize, ikamet, çalışma izni ve sınır dışı edilmesi gibi konularda, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.

h) Yabancı unsurların ülkenin ve vatandaşların iletişim güvenliğini tehdit eden faaliyetlerinin engellenmesine yönelik çalışmalar yapabilir, ilgili kurum ve kuruluşlardan talepte bulunabilir.

i) MİT'te görev **alan veya** alacak kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinası uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilir.

j) MİT mensupları görevlerini yerine getirirken ceza ve infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerle önceden bilgi vermek suretiyle görüşebilir, görüşmeler yaptırabilir, görevinin gereği terör örgütleri dâhil olmak üzere millî güvenliği tehdit eden bütün yapılarla irtibat kurabilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.; Değişik üçüncü fıkra: 17/4/2014-6532/3 md.) Yetkili ve görevli hâkim, Ankara ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. (1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. (Mülga son cümle: 17/4/2014-6532/3 md.)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (.) (1) tarafından yapılır. (1)

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

(Ek fıkra: 3/7/2005 - 5397/3 md.) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/3 md.) Bu Kanundaki görevlerin ifası ve yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir."

3- 6. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Soruşturma izni ve yargılama " başlıklı26. maddesi şöyledir:

"MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bağlıdır.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve

faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanır. MİT Müsteşarı hakkındaki yargılama Yargıtay ilgili dairesince yapılır.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Aynı konuya ilişkin yeni ve somut bir delil ortaya çıkmadan yeniden soruşturma yapılamaz.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensupları ile istihbarat hizmetlerine yardımları tevsik edilenler ve bunların eş, çocuk, ana, baba ve kardeşleri MİT Müsteşarının onayıyla 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan koruma tedbirlerinden yararlandırılabilir.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) MİT mensuplarının görevlerini yerine getirirken, görevin niteliği gereği veya görevin ifası sebebiyle diğer kişilere vermiş oldukları zararlar idare tarafından tazmin edilir. Tazmin, zararın göreve ilişkin bir husustan doğması ve ilgili personelin kasıt veya ağır kusurunun bulunmaması hâlinde rücu işlemine konu edilmez.

(Ek fıkra: 17/4/2014 - 6532/6 md.) Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir."

4- 7. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Cezai hükümler" başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatının görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok eden kişiye dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

MİT mensupları ve ailelerinin kimliklerini herhangi bir yolla ifşa edenler ile MİT mensuplarının kimliklerini sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ya da bu sahte belgeleri kullananlara üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası verilir.

Birinci ve ikinci fıkra kapsamındaki bilgi ve belgelerin; radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması hâlinde; 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 inci maddesi ile 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 4 üncü ve 6 ncı

maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenler ile bunları yayanlar hakkında üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası verilir.

*Bu Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlere üç yıldan beş yıla kadar, **ihmal veya suistimal** suretiyle önleyenlerle **yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere** iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.*

Söz konusu fiillerin MİT mensuplarınca işlenmesi hâlinde verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır."

5- 8. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Taleplerin karşılanması" başlıklı 28. maddesi şöyledir:

*"Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, **bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.***

Bu Kanun ile diğer kanunlarda aynı konuyu düzenleyen farklı hükümler bulunması hâlinde bu Kanun hükümleri uygulanır."

6- 9. maddesiyle değiştirilen, 2937 sayılı Kanun'un "Tanıklık" başlıklı 29. maddesi şöyledir:

"MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanlar, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamaz. Ancak, Devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanıklığı MİT Müsteşarının, MİT Müsteşarının tanıklığı ise Başbakanın iznine bağlıdır."

7- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatı uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemez.

6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.

Teşkilat uhdesindeki bilgi ve belgelerin gizlilik derecelerinin ve sürelerinin tespit edilmesine, birim ve kısımlara ayrılmasına, kullanıma veya paylaşıma açılmasına ve bunların akademik çalışmalar ile her türlü yayın ve edebî eserde kullanılmasına Müsteşar tarafından oluşturulacak bir Komisyonca karar verilir."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, 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 katılmalarıyla 10.7.2014 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, Raportör Hamit YELKEN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin Rapor ve Ek Rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarı Hakan FİDAN ile diğer yetkililerin 30.12.2015 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (h) Bendinde Yer Alan ".Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirme görevinin verildiği, ancak düzenlemede Bakanlar Kurulunca verilecek söz konusu görevlerin kapsam ve sınırları gösterilmeyerek hukuki belirsizliğe ve keyfiliğe neden olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadaki belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörülebilir ve davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5. Dava konusu kuralda, MİT'in Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getireceği düzenlenmiş ve bu düzenleme yapılırken söz konusu görevin sadece dış güvenlik, terörle mücadele ve millî güvenliğe ilişkin konularda olabileceği belirtilerek verilecek görevin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde yer bırakmayacak şekilde açık, anlaşılabilir ve uygulanabilir şekilde belirlenmiştir.

6. Kuralda yer alan "*görev*" veya bu görevi niteleyerek içeriğini belirleyen "*dış güvenlik*", "*terörle mücadele*" ve "*millî güvenlik*" ibarelerinin soyut ve genel kavramlar olması ise kuralın belirsizlik taşıması anlamına gelmemekte, yasa yapma tekniğinin doğasından

kaynaklanmaktadır. Zira yasa kurallarının genel ve soyut olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

7. Öte yandan, Anayasa'nın 117. maddesinde, "*Millî güvenliğin sağlanmasından . Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Bakanlar Kurulu sorumludur.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu çerçevede, millî güvenliği sağlama sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulunun, Anayasa tarafından kendisine verilen bu sorumluluğun gereğini yerine getirmek üzere millî güvenlik ile millî güvenliği doğrudan ilgilendiren "*dış güvenlik*" ve "*terörle mücadele*" konularında MİT'e görev verme yetkisine sahip kılınması doğaldır.

8. Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ile birlikte Bakanlar Kuruluna ait olup Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca bu yetki ve görev Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Dolayısıyla düzenlemenin genel ve soyut niteliğinden Bakanlar Kuruluna MİT'e hukuka aykırılık oluşturabilecek nitelikte bir görev verme yetkisinin verildiği sonucunun çıkarılması mümkün değildir.

9. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan "*uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir*" İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

10. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibareyi içeren kuralla MİT'e görevlerini yerine getirirken uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme yetkisinin verildiği, ancak Kanun'da "*uygun koordinasyon yöntemleri*" ibaresiyle ne kastedildiğinin belirtilmediği, bu durumun belirsizliğe ve MİT'in keyfi uygulamalarına imkân tanıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

11. Dava konusu ibareyle MİT'e "*uygun koordinasyon yöntemleri uygulayabilme*" yetkisi verilmiş ve bu düzenleme yapılırken Kanun'un 6. maddesinde söz konusu yetkinin ancak MİT'in görevlerinin yerine getirilmesi kapsamında ve yerli, yabancı her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilme şeklinde kullanılabileceği belirtilerek anılan yetkinin kapsamı, sınırları ve içeriği hem kişiler hem de idare yönünden açık olarak belirlenmiştir.

12. Kuralda yer alan "*uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilme*" ibaresinin soyut ve genel bir kavram olmasının ise bir önceki kuralın Anayasa'ya aykırılık sorununun incelendiği bölümde belirtilen gerekçeye dayandığı anlaşılmaktadır.

13. Günümüzde istihbarat servisleri sadece ülkelerin istihbarat ihtiyaçlarının karşılanması görevlerini yerine getirmemekte, arabuluculuk başta olmak üzere çeşitli diplomasi araçları açısından da işlev görebilmektedirler. Bu çerçevede, MİT'e verilen her türlü kurum, kuruluş, örgüt, oluşum ve kişilerle ilişki kurabilme yetkisinin, veriliş amacına uygun ve etkin

olarak kullanılabilmesi için, karmaşık ve çok boyutlu ilişkiler içeren temaslarda, farklı durumlara göre farklı ve uygun yöntemlerin uygulanması gereği ortaya çıkabilmektedir. Bu itibarla görevin niteliğinden kaynaklanan esnekliği sağlamak üzere dava konusu kuralın düzenlenmesinde, hukuki belirlilik ilkesine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

14. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

C- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 1937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

15. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilme, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilme ve bunlarla irtibat kurabilme yetkisinin verildiği, ayrıca kuralda anılan kurum ve kuruluşların kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarının düzenlendiği, bu durumun anılan kuruluşların uhdesinde bulunan ve kişilerin özel hayatına ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin MİT'in eline geçmesi sonucunu doğuracağı, dolayısıyla kuralın özel hayatın gizliliği ve hukuk devleti ilkelerini zedeleyeceği, öte yandan, kuralda yer alan tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş ibaresiyle ne kastedildiğinin açık olmadığı, bu nedenle kuralın belirsizlik taşıdığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

16. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

17. Dava konusu kuralda, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği, bu kapsamda talepte bulunulanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacakları düzenlenmektedir. Buna göre, kural uyarınca bilgi, belge, veri ve kayıt verme yükümlülüğü bulunanlar arasında gerçek kişilerin bulunmadığı açık olup kuralla gerçek kişiler dışındaki kurum ve kuruluşlar yönünden bir yükümlülük getirilmektedir.

18. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak anılan hakkın

sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırmanın "*arama*" tedbirine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden, bu sebepler 20. madde bağlamında dava konusu kural yönünden meşru bir sınırlandırma nedeni olarak kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte, özel hayatın düzenlendiği maddede dava konusu kuralda belirtilen bilgi toplama yetkisi yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü halinde bile bu hakkın Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

19. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

20. Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.

21. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti'nin imzaladığı ancak uygulama kanununun yürürlüğe konamaması nedeniyle taraf olmadığı 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistikî veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

22. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

23. Dava konusu kuralda, kamu kurum ve kuruluşlarıyla özel kurum ve kuruluşların uhdesinde bulunan bilgi, belge, veri ve kayıtların MİT tarafından temin edilebileceği belirtilmektedir. İstenilebilecek bu bilgiler arasında özel hayatın gizliliği kapsamında kalacak bilgiler ve kişisel veriler de bulunabileceğinden, kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlama, 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini, dolayısıyla millî güvenliği, kamu düzenini ve suç

işlenmesinin önlenmesini sağlamak amacıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

24. Anılan kapsamda sınırlama yapılırken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gerekleri arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

25. Bu bağlamda, Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında, bilgi, belge, veri ve kayıt isteme yetkisinin, ancak MİT'in Kanun'da belirtilen görevlerini yerine getirirken kullanabileceği belirtilmiş, dolayısıyla bu yetki, MİT'in Kanun ile belirlenen görevlerini yerine getirirken ihtiyaç duyacağı bilgilerle sınırlandırılmıştır.

26. Aynı maddenin altıncı fıkrasında da madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, bu Kanun'da belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. Böylece MİT'e verilen yetki kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması teminat altına alınırken bunların sadece istihbarat faaliyetleri çerçevesinde kullanılabileceği belirtilerek anılan bilgilerin kural olarak adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılmasının önüne geçilmiştir. Bu çerçevede örneğin savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaması hakları kapsamında kalan bilgilerin yargılamada kullanılamaması güvence altına alınmıştır.

27. Bu konudaki bir başka güvence de Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizler, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Yedinci Bölümünde yer alan suçlar hariç olmak üzere, adli mercilerce istenemeyecektir.

28. Kanun'un 27. maddesinde ise MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

29. Anılan hükümlerle dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını önleyecek ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir.

30. Kanunda, dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi, bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek mekanizmalara da yer verilmiştir. Bu bağlamda 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin sekizinci fıkrasında, "*Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları (.) tarafından yapılır.*" denilerek dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını başta Başbakan olmak üzere diğer sıralı amirlerin ve Başbakanlık Teftiş Kurulu elemanlarının denetleyebileceği hükme bağlanmıştır.

31. Aynı şekilde, 1.4.1981 tarihli ve 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkında Kanun'un 2. maddesi uyarınca Devlet Denetleme Kurulu da MİT'in görev ve faaliyetine ilişkin olarak her türlü inceleme, araştırma ve denetleme yapma görev ve yetkisine sahip olup aynı Kanun'un 6. maddesi uyarınca tespit edilen hukuka aykırılıklarla ilgili gerekli idari ve adli sürecin başlatabilmesi mümkün bulunmaktadır.

32. Bunların dışında, 6532 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddeyle MİT de dâhil olmak üzere güvenlik faaliyetleri ve istihbari nitelikteki faaliyetler konusunda çalışmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) bünyesinde, siyasi parti gruplarının güçleri oranında temsil edildiği TBMM üyelerinden oluşan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun kurulduğu görülmektedir. Güvenlik ve istihbarat faaliyetlerine ilişkin yıllık rapor hazırlayarak bunu Meclis Başkanlığına sunma görev ve yetkisine sahip olan bu Komisyonun, güvenlik ve istihbarat hizmetleri sırasında elde edilen kişisel verilerin güvenliğini ve bireyin hak ve özgürlüklerini koruyucu öneriler geliştirme yetkisi de bulunmaktadır. Bu çerçevede dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimini sağlayacak mekanizmanın da kurulduğu görülmektedir.

33. Bu yönleriyle dava konusu kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

34. Öte yandan, Türk hukuk sisteminde, kamu kurum ve kuruluşlarının veya özel kuruluşların tüzel kişiliğe sahip olma zorunlulukları bulunmamakta olup tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara da yer verilmiş bulunmaktadır. Dava konusu bendin birinci cümlesinde yer alan "*tüzel kişiliği bulunmayan kuruluş*" ibaresiyle, tüzel kişiliği bulunmayan kamu veya özel nitelikli kuruluşların kastedildiği açık olup bu yönüyle kuralın belirsizliğe neden olan bir yönü de bulunmamaktadır.

35. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

36. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bendin ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Ç- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

37. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e bazı soruşturma ve kovuşturma dosyalarından bilgi ve belge alma yetkisinin verildiği, bu durumun soruşturma ve kovuşturmalardaki bilgilerin ve uygulanacak tedbirlerin açığa çıkmasıyla birlikte soruşturma ve kovuşturmaların amacına ulaşmasına engel olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

38. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

39. Dava konusu kuralda, MİT'e 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318., 319., 324., 325. ve 332. maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alabilme yetkisi tanınmaktadır.

40. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren 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 hukuk kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

41. İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu korumakla yükümlü olan hukuk devletinin önemli gereklerinden biri de hiç şüphesiz insan hak ve özgürlükleri yönünden tehdit içeren suçla etkin bir şekilde mücadele etmektir. Ancak bu mücadele yapılırken Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "*adil yargılanma hakkı*" uyarınca şüpheli ve sanık haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi, bu çerçevede suçun soruşturulması ve kovuşturulması süreçlerinin etkin ve adil bir şekilde işletilmesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerekir.

42. Etkin ve adil bir soruşturmanın koşullarından biri, soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke sayesinde, bir taraftan soruşturma işlemlerinin açığa çıkmasının önüne geçilerek delillerin karartılması ve soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi önlenmekte, diğer taraftan da kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesinin önüne geçilmektedir. Bu yönüyle soruşturmanın gizliliği, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir zorunluluk arz etmekte, hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan "*suçsuzluk karinesi*"nin gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

43. Kovuşturma aşaması yönünden ise kural olarak alenilik ilkesi geçerli olup bu süreçle ilgili olarak yargılamanın kamuya açık ve kamunun denetiminde gerçekleşmesi gerekmektedir.

44. Dava konusu kuralla MİT'e bazı suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilme ve bunlardan örnek alma yetkisi verilerek soruşturmanın gizliliği ilkesine bir istisna getirilmekte, ayrıca kovuşturma aşamasıyla ilgili olarak sadece ilgililerine tanınan belge alma yetkisi MİT'e de tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu yetki tanınırken kuralda bir sınırlama öngörülmekte ve tüm suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmalara ilişkin değil, sadece devletin güvenliğine, anayasal düzene, bu düzenin işleyişine, millî savunmaya ve devletin sırlarına karşı işlenen suçlara yönelik bir yetki verilmektedir.

45. 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde MİT'in görevleri sayılmış ve bu görevler arasında ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun da bulunduğu belirtilmiştir.

46. Kuralda MİT'e verilen yetkinin anılan suçlarla sınırlandırılması, bu suçların doğrudan MİT'in görev alanıyla ilgili olanları kapsaması ve kuralın objektif metni ile gerekçesi

bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu yetkinin, MİT'e yukarıda anılan görevleri etkin bir şekilde yerine getirmek üzere verildiğini göstermektedir.

47. MİT'e verilen bu görevlerin niteliği dikkate alındığında ise bunların, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, anayasal düzeni ve toplumun güvenliğini tesis etmekle görevli devletin varlığı, bağımsızlığı ve anayasal düzenin devamı yönünden önemli olduğu, dolayısıyla bu görevlerin etkin bir şekilde yürütülmesinde, önemli bir kamu yararının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

48. Kuralla bu şekilde kamu yararının sağlanması amacıyla MİT'e söz konusu bilgilere erişim yetkisi tanınırken, Kanun'un diğer hükümleriyle bu yetkinin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesini önleyecek tedbirlere yer verildiği görülmekte, böylece kuralın ölçülü olmasının sağlandığı anlaşılmaktadır.

49. Bu bağlamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesi uyarınca soruşturmanın gizliliğini ihlal etmek suçtur ve bu suçun dava konusu kural nedeniyle gizli soruşturma işlemleri hakkında bilgi sahibi olan MİT mensupları yönünden de geçerli olduğu hususunda bir kuşku bulunmamaktadır. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinde de MİT'in elde ettiği bilgi ve belgelerin gizliliği hükümlerine yer verilmiş ve 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgi ve belgelerin herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya bunların medya veya kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür.

50. Dava konusu kural uyarınca temin edilmesi öngörülen bilgiler de bu kapsamda kalmakta olup söz konusu bilgilerin amacı dışında ve kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmelerine neden olacak şekilde kullanılmasını önleyecek yasal güvence sağlanmıştır.

51. Aynı gerekçelerle kuralın gizli soruşturma işlemlerini açığa çıkarması, dolayısıyla delillerin karartılması ve soruşturmanın amacına ulaşmasını tehlikeye düşürmesi de söz konusu değildir. Ayrıca MİT görevlilerinin de soruşturmada görev alan kolluk görevlileri gibi genel görevli güvenlik kurumu personeli olduklarının dikkate alınması gerekir.

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

D- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Birinci Fıkrasının (i) Bende Yer Alan ". alan veya ." İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

53. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'e, hâlen görev yapmakta olan mensuplarına güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek üzere test teknik ve yöntemlerini uygulama yetkisinin verildiği, oysa bu kişilerin, daha önce güvenilirlikleri ve uygunlukları tespit edilerek mesleğe alındıkları, dolayısıyla güvenilirlikleri ve mesleğe uygunlukları tespit edilerek göreve alınan bu kişilerin yeniden böyle bir teste tabi tutulmasına imkân tanınmasının, kişilerin insan onuruna aykırı bir muameleye maruz kalması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

54. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmiş, üçüncü fıkrasında ise "*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

55. Buna göre, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının doğal bir sonucu olarak insan onuruna saygı gösterilmesi ve kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulmaması gerekir. İnsan onuruna saygı gösterilmesi ise insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ifade eder.

56. Dava konusu kuralla MİT'e, bünyesinde görev alan kişilerin güvenilirliklerini ve uygunluklarını belirlemek için yalan makinesi uygulaması dâhil test teknik ve yöntemlerini kullanabilme yetkisi tanınmaktadır.

57. Devletin millî güvenliği açısından önemli ve çoğu kez gizli olan bilgilere vâkıf olan istihbarat teşkilatı mensuplarının, bu bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlarla paylaşımlarının, devletin millî güvenliği açısından ciddi tehditler yaratabileceği açıktır. Bu nedenle istihbarat teşkilatlarında, millî güvenlik açısından oldukça önemli ve gizli olan bu bilgilerin yetkisiz kişi ve kuruluşların eline geçmesinin önlenmesi için en üst düzeyde güvenlik önlemlerinin alınması gerekebilmekte ve bu gereklilik istihbarat teşkilatlarının diğer kamu kuruluşlarından farklı güvenlik standartlarını geliştirmelerine neden olabilmektedir.

58. Öte yandan, istihbarat teşkilatlarının elindeki bilgilerin öneminin ve mahiyetinin onları yabancı istihbarat teşkilatlarının hedefi haline getirmesi, bu farklı güvenlik standardının belirlenmesi zaruretinin arttıran bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

59. Dava konusu kuralla anılan farklı güvenlik standardının zorunlu bir gereği olarak MİT'e söz konusu yetkinin verildiği anlaşılmaktadır.

60. Kuralda anılan test ve tekniklerin, MİT'te görev alan bazı kişilere değil, herhangi bir ayırım yapmaksızın herkese uygulanabileceği düzenlenmiştir. Bu da kuralla özel olarak bazı kişilerin hedef alınmadığını, düzenlemenin MİT tarafından yürütülen görevin doğasından kaynaklanan bir zorunluluğa dayandığını göstermektedir.

61. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E- Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkrafta Yer Alan "*yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla.*" İbaresinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

62. Dava dilekçesinde özetle dava konusu ibarenin de yer aldığı kuralla MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin denetlenmesi yetkisinin verildiği, verilen bu yetkinin sınırsız ve belirsiz olduğu, kuralla MİT'e 2937 sayılı

Kanun'un 6. maddesindeki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmama yetkisinin verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, ayrıca kuralla bu şekilde herhangi bir sınır olmaksızın kişilerin iletişiminin denetlenmesine izin verilmesinin özel hayatın korunması hakkını ve haberleşme hürriyetini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

64. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesindeki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği (iletişimin denetlenebileceği) düzenlenmektedir.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik ilkesi*"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına imkân tanımaması gerekir.

66. Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

67. Dava konusu ibarenin de yer aldığı fıkrayla MİT'e görev ve yetkisi kapsamında kalan önleyici istihbarat elde etme ve analiz yapabilme amacıyla iletişimi denetleme yetkisi verilmekte olup bu yetki verilirken yetkinin hangi amaçla, hangi hallerde, ne şekilde, hangi mercilerin ne tür izniyle ve kimleri kapsayacak şekilde kullanılacağına ilişkin kurallar hem kişiler hem de idare yönünden açık şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar kanunla belirlenmiştir.

68. Fıkra, MİT'in bu yetkiyi, "*Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın*" kullanabileceğinin belirtilmiş olması ise kuşkusuz MİT'in bu yetkiyi dilediği şekilde ve herhangi bir kurala bağlı olmaksızın kullanabileceği anlamında değil, iletişimin denetlenmesiyle ilgili mevzuatta bulunan diğer hükümlere bağlı olmaksızın ve fakat fıkra, yer alan kurallara bağlı kalarak kullanabileceğini belirtmek içindir.

69. Aynı hukuki kurumla ilgili farklı düzenlemeler yapılırken esas alınacak kuralların birbirine karıştırılmaması veya bir diğerine uygulanmaması için zaman zaman uygulanan bu yöntemin, kanun yapma tekniğinin zorunlu bir sonucu olduğu açık olup bununla MİT'e, kanunların üstünde genel ve sınırları belirsiz bir yetkinin verildiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

70. Öte yandan, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* ve 22. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."* denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin ikinci fıkralarında ise bu hakların çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlandırılabilmesi belirtilerek, bu hakların mutlak olmadığı ve maddelerinde belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Maddelerde bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması sebepleri de sayılmış böylece bunlara dayalı olarak anılan hakların sınırlandırılabilmesine imkân tanınmıştır. 20. maddenin ikinci fıkrasında söz konusu sınırlandırma nedenlerinin *"arama"* tedbirine özgü olarak uygulanabileceği kabul edilse bile 18. paragrafta belirtilen gerekçelerle bu hakkın da millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

71. Ayrıca haberleşme hürriyetinin özel olarak düzenlendiği 22. maddenin ikinci fıkrasında, söz konusu sınırlama sebeplerine bağlı kalınarak yapılacak sınırlamanın ancak usulüne uygun olarak verilecek hâkim kararıyla mümkün olabileceği belirtildikten sonra üçüncü fıkrasında *"İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."* denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala bazı kurumlar yönünden kanunla sınırlamalar getirilebileceği açıkça belirtilmiştir.

72. Ancak özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının sınırlandırılabilmesi için maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

73. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

74. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

75. Dava konusu ibareyi de içeren kuralla, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla bazı koşullarda kişilerin iletişiminin tespit edilmesi, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilerek özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirilmektedir.

76. Ancak bu sınırlama getirilirken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal önlemlere yer verildiği, böylece hem özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının özünün zedelenmesinin önlemlendiği, hem de bu hakların korunması ile millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

77. Bu bağlamda, kuralla 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle MİT'e verilen görevlerin, yani ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturma ve istihbarata karşı koyma görev ve sorumluluğunun yerine getirilebilmesini teminen ve sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek, dolayısıyla millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirildiği ve bu sınırlamanın, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

78. Zira demokratik ülkelerde örnekleri görüldüğü üzere bazı istisnai durumlarda, özellikle de millî güvenliği tehdit eden terör ve casusluk faaliyetlerine karşı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu çerçevede, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve anayasal düzenine karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek için ve bu amaçların gerçekleştirilmesiyle sınırlı olmak üzere yurtdışında veya yabancılar tarafından yurt içinde gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişimin veya millî güvenlik açısından son derece önemli ve gizli bilgilere vâkıf olan MİT mensuplarının gerçekleştirdiği iletişimin denetlenmesi önlemine başvurulması gerekebilir.

79. Bu yönüyle, kanun koyucunun, herkesi kapsamayacak şekilde ve sadece kuralda belirtilen sınırlı alanla ilgili olarak MİT'i, Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen istisnaları uygulayabilecek kamu kuruluşu niteliğinde sayması mümkün görülmektedir.

80. Ayrıca daha önce de belirtildiği üzere Kanun'un 27. maddesinde MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği bilgilerin gizliliği prensibi benimsenmiş ve bunların herhangi bir şekilde yetkisiz kişilerce alınması veya medya ya da kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi veya yayılması eylemleri suç olarak düzenlenerek ağır cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin MİT mensupları tarafından işlenmesi halleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi uyarınca da kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa etmek suç olarak düzenlenmiş olup bu hüküm de haberleşmenin ve özel hayatın gizliliğinin korunmasında önemli bir güvence sağlamaktadır. Öte yandan, anılan yetki sadece önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla verildiğinden bu yetkinin kullanılması sonucu elde edilen bilgilerin anılan amaç dışında kullanılması, örneğin adli soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılması mümkün değildir.

81. Mevzuatta dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek güvencelere de yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda anılan yetkinin veya bu yetki nedeniyle elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanılması, bir başka ifadeyle millî güvenlik istihbaratını oluşturmak üzere önleyici istihbarat elde edilmesi veya analiz yapılması amaçları dışında kullanılması hâlinde kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkündür.

82. Bunların dışında, 2937 sayılı Kanun'un ek 2. maddesiyle TBMM bünyesinde kurulan Güvenlik ve İstihbarat Komisyonunun dava konusu kural kapsamındaki uygulamanın kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik Meclis denetimi yapma yetkisine sahip olduğunun da belirtilmesi gerekir.

83. Bu çerçevede anılan hükümlerle söz konusu bilgilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı söylenebilir.

84. Bu yönleriyle dava konusu ibareyle özel hayat ve haberleşme hürriyetinin gizliliği haklarına getirilen sınırlamanın, söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

85. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

86. Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

87. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ve M. Emin KUZ fıkra da yer alan "*yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim.*" ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

F- Kanun'un 6. Maddesiyle 1937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında olduğunu belirttiği veya belgelendirdiği eylemlerle ilgili olarak Cumhuriyet savcılarının soruşturma yapma ve kamu davası açma yetkisinin kaldırıldığı, bu durumun hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, kuralla MİT'e diğer hiçbir kişi ve kurumda bulunmayan bir ayrıcalık tanındığı, bunun kanun önünde eşitlik ilkesini zedelediği, ayrıca kuralla MİT'in görev ve faaliyeti kapsamında kalan eylemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmasının, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olması gerektiği yönündeki anayasal kuralı ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

89. 1937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde Cumhuriyet savcılarının, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde konuyu MİT Müsteşarlığına bildirecekleri belirtilmekte, dava konusu ikinci cümlesinde ise MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmayacağı ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanmayacağı düzenlenmektedir.

90. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş, 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" denilerek, idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

91. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, unvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak bazı kişiler yönünden genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrı özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirlenebilmektedir. Bu tür kuralların getiriliş amacı ise bazı kişiler yönünden ayrıcalıklı/imtiyazlı bir sınıf oluşturmak değil genel olarak daha adil bir yargılama yapılmasını sağlamaktır.

92. Türk hukuk sistemi açısından konuya bakıldığında da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerine yer verdiği görülmektedir. Ancak anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan bazı nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç isnadı yapılan herkes hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı kişiler bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak, hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir.

93. Esasen Anayasa'nın 129. maddesinin son fıkrasında da "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.*" denilmek suretiyle, kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuş bulunmaktadır.

94. Dava konusu kuralda da millî güvenlik yönünden son derece önemli görevler yürüten MİT mensuplarının, yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındıkları anlaşılmaktadır.

95. Bu çerçevede, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında, MİT mensuplarının görev suçları yönünden özel soruşturma usulü belirlenerek bu kişilerin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan izin alınması gerektiğinin düzenlendiği, dava konusu kuralın yer aldığı ikinci fıkrasında ise bu usulün nasıl uygulanacağını açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir.

96. Buna göre, Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde, MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylem yönünden Başbakan'dan izin alınarak soruşturma yapılabilecek ve Başbakan tarafından izin verilmemesi halinde bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulabilecektir.

97. Dava konusu kural, görev suçlarıyla ilgili olup MİT mensuplarının görevi dışındaki şahsi suçlarını düzenlememektedir. Ancak MİT mensuplarının görev suçlarıyla şahsi suçları arasında ayırım yapmanın, diğer kamu görevlilerine nazaran zor olduğunun da dikkate alınması gerekmektedir. Zira MİT'in görevlerinin niteliği nedeniyle birçok faaliyeti gizli olup bunların MİT'in yetkilileri dışındaki kimselerce bilinmesi söz konusu olmamaktadır. Kuralın lafzından ve madde gerekçesinden kuralla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bu özellik nedeniyle kuralda belirtilen özel soruşturma usulünün belirlendiği, böylece millî güvenlik açısından gizli

kalması gereken MİT görev ve faaliyetlerinin açığa çıkarılmasının veya engellenmesinin önlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

98. Bu usulün benimsenmesi nedeniyle MİT'in, mensuplarının şahsi suçlarını da görev suçu kapsamında kaldığını belirterek Kanun'un başka bir hukuki müessese için öngördüğü usulün öngörmediği bir alanda kullanılabilmesine neden olabileceği, bunun da keyfiliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak Kanun'da bu sakıncanın ortaya çıkmasını engelleyecek yasal güvencelere yer verildiği, dolayısıyla bir taraftan MİT'in gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerinin açığa çıkması önlenirken diğer taraftan bunun keyfiliğe neden olmasının önüne geçecek tedbirlerin alındığı görülmektedir.

99. Bu bağlamda, öncelikle demokratik bir hukuk devletinde bir kamu kuruluşunun, mensuplarının şahsi suçlarını görev suçu olarak göstermesinin beklenemeyeceğinin belirtilmesi gerekir. Ancak MİT, bir mensubunun şahsi suçunu görev suçu olarak gösterse dâhi Cumhuriyet savcısının söz konusu kişiyle ilgili soruşturma yapma imkânı ortadan kalkmamakta, 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca görev suçu olduğu bildirilen eylemle ilgili olarak Başbakan'dan soruşturma izni istemesi ve Başbakanın da eylemi görev kapsamında kabul edip izin vermemesi hâlinde idari yargı yoluna başvurması mümkün bulunmaktadır. Dolayısıyla Başbakanın bu denetiminin ve akabindeki yargı denetiminin aslında kişisel suç kapsamında olan eylemlerin görev suçu kapsamında gösterilmesini önleyebilecek nitelikteki güvenceleri sağladığı açıktır.

100. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, millî güvenliğe ilişkin gizli kalması gereken görev ve faaliyetlerin açığa çıkmasını ve görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden görevin niteliğinden kaynaklanan farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yönü bulunmamaktadır (Aynı yönde değerlendirmeler içeren kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2012/19, K. 2013/17; 4.7.2013 tarihli ve E. 2012/100, K. 2013/84 sayılı kararları).

101. Öte yandan, düzenlemeyle MİT'in görevi kapsamındaki işlem ve faaliyetlerin yargı denetimi dışına çıkarılması da söz konusu değildir. Zira maddede atıfta bulunulan kişilerin görev suçları yönünden soruşturma yapılmasının izne bağlanması, söz konusu kişilerin işledikleri suçların yargı denetimi dışına çıkarılması sonucunu doğurmamaktadır. Bu kişilere ilişkin soruşturma izni verilmemesi kararı da bir idari işlem olup her idari işlem gibi bu işlem de Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi bulunmaktadır. Dolayısıyla söz konusu kişiler hakkında soruşturma izninin verilmemesi hâllerinde idari yargı yoluna başvurmak suretiyle bu kararın kaldırılması ve bu kişiler hakkında yargılama yapılması mümkün bulunmaktadır.

102. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

103. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkra'da Yer Alan "*İsimsiz, imzasız, adresiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da.*" ve "*delilleri ve dayanakları gösterilmeyen.*" İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

104. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağına öngörüldüğü, bu durumun suç ve suçlunun kovuşturulması imkânını ortadan kaldırdığı, hak arama özgürlüğünü ve dilekçe hakkını ihlal ettiği, ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip kamu davasını açması gerektiği, dava konusu kuralla buna sınırlamalar getirilmesinin kanun önünde eşitlik ilkesini de zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

105. Dava konusu ibarelerin yer aldığı kuralda, MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen, delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağı belirtilmekte, böylece anılan faaliyetlere ve görevlilere ilişkin ihbar ve şikâyetle bağlı olarak soruşturma açılmasının şartları düzenlenmektedir.

106. İhbar ve şikâyet, suçları soruşturmakla görevli mercilerin herhangi bir suçun işlendiğini öğrenme yollarındandır. Ayrıca görevli mercilerin, basın yayın yoluyla, suçun işlendiğini öğrenen başka mercilerin bildirmesiyle veya doğrudan doğruya suç işlendiğini öğrenme yolları da vardır. İhbar, bir kimsenin suç işlendiğini yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara bildirmesidir. Şikâyet ise suçtan zarar gören kimsenin yazılı veya sözlü olarak yetkili makamlara başvurarak soruşturma açılmasını istemesidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza ve disiplin soruşturmalarına ilişkin diğer özel kanunlarda ve kimi düzenleyici işlemlerde, ihbar ve şikâyetlerin şekil şartları, ihbar ve şikâyetlerin değerlendirilmesi yöntemleri ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

107. Hukuk devletinde ceza soruşturmasına ilişkin kurallar, ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri, sosyal ve hukuki ihtiyaçlar göz önüne alınarak saptanacak suç ve ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, takip ettiği suç ve ceza politikasının bir gereği olarak suç işlediği ileri sürülen kamu görevlilerinin cezasız kalmamaları ile bunların haksız yere soruşturulmamaları gereklerini gözeterek, bunlar arasında âdil bir denge kurabilir.

108. İhbar ve şikâyetle bulunma, Anayasa'nın 36. ve 74. maddelerinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün ve dilekçe hakkının gerçekleştirilmesinin önemli araçları olmakla birlikte bunların kötüye kullanılarak kamu hizmetinin işleyişinin kısıtlanmasına veya engellenmesine yahut hakkında suç isnadında bulunulan kamu görevlisinin kişisel haklarının zedelenmesine neden olacak şekilde kullanılmasının hukuk düzenince himaye edilmesi düşünülemez. Bu nedenle yapılacak yasal düzenlemelerde anılan haklarla kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi arasındaki âdil dengenin kurulması gerekmektedir.

109. Dava konusu kuralla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetlerin, Cumhuriyet savcılarınca işleme konulmayacağı öngörülmekle asılsız iddialarla kamu hizmetlerinin aksatılmasının önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, kuralla asılsız ihbar ve şikâyetler nedeniyle soruşturulan veya yargılanan kamu görevlisinin şerefine, mesleki saygınlığının ve kişisel haklarının zarara uğraması durumunda kimin sorumlu olacağının bilinmesi temin edilerek kötü niyetli ihbar ve şikâyetlerin önlenmesi amaçlanmaktadır.

110. Kuralla bu şekilde tüm ihbar ve şikâyetler yönünden değil, sadece asılsız veya kötü niyetli olabilecek ihbar ve şikâyetler yönünden bir sınırlama getirilmiş olması, bir yandan kişilerin hak arama özgürlüğü ve dilekçe haklarını kullanmalarına imkân tanırken öteki yandan kamu hizmetlerinin aksatılmaması ve kamu görevlilerinin kişisel haklarının zarar görmemesi şeklindeki kamu yararının korunmasını sağlamaktadır. Böylece kuralla anılan haklar ve kamu yararı arasındaki âdil dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

111. Kaldı ki kuralla Cumhuriyet savcısının hangi olay ve olguları ciddi bularak soruşturmaya başlayacağı yönündeki takdir yetkisi sınırlandırılmamakta, sadece isimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetleri işleme koyma zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Zira Cumhuriyet savcısının soruşturmayı başlatmasının tek yolu aldığı ihbar ve şikâyetler olmayıp kendisi de herhangi bir şekilde öğrendiği bir olayla ilgili olarak resen soruşturma başlatma yetkisine sahip bulunmaktadır. Dava konusu kural sadece ihbar ve şikâyetlere ilişkin olup Cumhuriyet savcısının resen başlatacağı soruşturmalara ilişkin bir hüküm içermemektedir.

112. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi ve suç ve ceza siyasetini belirleme yetki ve görevi uyarınca, kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulları belirlemek anayasal sınırlar içinde yasama organının takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Dolayısıyla MİT'in görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin ihbar ve şikâyetlerin işleme konulması yönünden dava konusu kuralla anılan koşulların düzenlenmesinde, hukuk devleti ilkesine, hak arama özgürlüğüne ve dilekçe hakkının gereklerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

113. Ayrıca mevzuatta kamu görevlileri hakkında suç işlediklerine dair yapılan ihbar ve şikâyetlerin işleme konulabilmesi için gerekli koşulların neler olacağı hususu sadece MİT mensupları yönünden düzenlenmemiş, diğer tüm kamu görevlileri yönünden 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde ve bazı özel kanunlarda benzer şekilde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, 4483 sayılı Kanun kapsamında tüm memur ve kamu görevlileriyle ilgili olarak bir soruşturma başlatılabilmesi için yapılan ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olmaması, ihbar veya şikâyetlerde kişi veya olay belirtilmesi, iddiaların ciddi bulgu ve belgelere dayanması, ihbar veya şikâyet dilekçesinde dilekçe sahibinin doğru ad, soyad ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekmektedir. Bu yönüyle dava konusu kuralla MİT mensupları yönünden bir ayrıcalığın yapılması veya kanun önünde bir eşitsizliğin yaratılması söz konusu değildir.

114. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Ğ- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın Birinci Cümlesinin İncelenmesi

a- Cümleinin 353 Sayılı Kanun'un 15/A Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Son Cümlesi ile Yedinci Fıkrasının Son Cümlesine Atıfta Bulunan Bölümü

115. Dava konusu kuralda, 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluđu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak buradaki usul ve hükümlerin MİT Müsteşarı hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

116. Dava konusu kuralla atıfta bulunulan 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu hükümlerin iptaliyle dava konusu kuralın bu hükümlere atıfta bulunan bölümlerinin uygulanma kabiliyeti kalmamıştır.

117. Açıklanan nedenle dava konusu cümleinin, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

b- Cümleinin Kalan Bölümü

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

118. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

119. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevlerini yerine getirirken görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmeleri Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

120. Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarının soruşturulabilmesi, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma usulüne bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacak, ancak atıfta bulunulan hükümlerden 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/89, K. 2015/3 sayılı kararıyla iptal edildiğinden uygulanma imkânı bulmayacaktır.

121. Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediğı iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakan anılan kararı vermeden önce araştırma veya ön inceleme yapabilecek ve bu araştırma ve ön incelemeyi bizzat yapabileceğı gibi görevlendireceğı denetim elemanları eliyle de yaptırabilecektir. Bu şekilde görevlendirilen kişiler, 4483 sayılı Kanun'da ön inceleme ile görevlendirilen kişilere tanınan yetkilere sahip

olacaklardır. Başbakanın vereceği izin verme veya vermeme kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebileceklerdir.

122. Cumhurbaşkanının soruşturma izni verilmemesi kararına yapılan itirazı kabul etmesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi ya da bu itirazın Cumhurbaşkanı tarafından reddedilmesi hâllerinde MİT Müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

123. Soruşturma Kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecektir.

2- İptal Talebinin Gerekçesi

124. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümlerin uygulanacağını düzenlendiği, anılan hükümlerde belirtilen usul ve hükümlerin Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca sadece Yüce Divan yargılamasına tabi Genelkurmay Başkanı ile kuvvet komutanları için geçerli olabileceği, dava konusu kuralla MİT Müsteşarı yönünden de bu usul ve esasların geçerli kılınmasının Anayasa'nın 148. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

125. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

126. Dava konusu kuralda MİT Müsteşarının görev suçlarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

127. 91., 92. ve 93. paragraflarda açıklandığı üzere, anayasa koyucu ve kanun koyucu, bazı kişiler yönünden uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak genel soruşturma ve kovuşturma usulü kurallarına istisnalar getirebilmekte ve bunlar yönünden özel soruşturma ve kovuşturma usulleri belirleyebilmektedir. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır.

128. Dava konusu kuralda da anılan çerçevede millî güvenlik yönünden son derece önemli ve kritik görevler yürüten MİT Müsteşarının yürüttüğü görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılındığı anlaşılmaktadır.

129. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca kanunlarla belirlenen görevini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak, gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT Müsteşarı yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesi, takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup bu yönüyle dava konusu kuralın, hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

130. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

131. Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinin yedinci fıkrasında "*Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, anılan kişilerin görev suçlarına ilişkin olarak yargılama görev ve yetkisi Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesine ait olup kanunlarla bu hükmü aykırı bir düzenleme getirilmesi mümkün değildir.

132. 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin birinci fıkrasında bu anayasal düzenlemeye paralel olarak anılan kişilerin görev suçlarıyla ilgili yargılamanın Yüce Divanda yapılacağı belirtilmiş, kalan fıkralarında ise anılan kişilerle ilgili olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmiştir.

133. Dava konusu kuralda, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarına atıfta bulunularak anılan kişiler yönünden belirlenen özel soruşturma usul ve hükümlerinin MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda da uygulanacağı belirtilmekte, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri komutanları ile Jandarma Genel Komutanının görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanacağını düzenleyen birinci fıkrasına herhangi bir atıfta bulunulmamaktadır.

134. Dava konusu kuralda, MİT Müsteşarının yargılama görevinin Yüce Divanda yapılabileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden kuralın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır.

135. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN Anayasa'nın 2. maddesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Sekizinci Fıkranın İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

136. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla Türkiye'de tutuklu veya hükümlü bulunan yabancıların, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 18. maddesinde belirtilen kurallara ve usule aykırı olarak Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilmesine veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan maddedeki güvenceleri etkisiz hâle getirerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine yol açtığı, bu yönüyle kuralın hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, iade işleminin kuralda yer alan millî güvenlik veya ülke menfaatleri gibi muğlak ifadelerle bağlanmasının belirsizliğe neden olduğu, ayrıca kuralın anılan güvencelere aykırı olarak yabancıların iadesine imkân tanıyarak suç işleyen yabancılara cezadan kurtulma veya daha az ceza alma olanağı sağladığı, bu durumun da mağdurların haklarının korunmasını önleyerek cezaların şahsiliği ilkesini zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

137. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

138. Dava konusu kuralda, Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanların millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği düzenlenmektedir.

139. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmanın yanında bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yoludur. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin ve çağdaş demokrasinin vazgeçilmez koşullarından biridir.

140. Suçluların iadesi usulü ve koşulları TCK'nın 18. maddesinde düzenlenmiş olup kural olarak yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan yabancının anılan usul ve koşullara uyulmaksızın talep eden ülkeye iade edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

141. Dava konusu kuralla TCK'nın 18. maddesinde düzenlenen suçluların iadesi usulünden, ilkeleri itibarıyla oldukça ayrılan farklı bir usule yer verilmektedir. Zira TCK'nın 18. maddesinde ve uluslararası hukukta kabul edilen suçluların iadesinde, kural olarak suçun yurt dışında işlenen bir suç olması, suçun işlendiği yer devletin bunu kovuşturmak veya hüküm vermişse cezayı infaz etmek üzere faili istemesi gerekmektedir. Ayrıca iadesi talep edilen failin, Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olmasına gerek bulunmamaktadır.

142. Dava konusu kural uyarınca benimsenen iade usulünde, bir yabancının yurt dışında suç işlemesi gerekmemekte, yurt içinde suç işlemiş olsa bile iade edilmesine imkân tanınmaktadır. Ayrıca kişinin sadece yargılanması veya cezasının infaz edilmesi amaçlarıyla iadesi şartı aranmamakta, kişinin yargılanma veya cezasının infazı dışındaki amaçlarla da iadesi mümkün bulunmaktadır. Ancak bunun için kişinin Türk vatandaşı olmaması ve Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olması, millî güvenlik veya ülke menfaatleri yönünden gereklilik bulunması şartları birlikte aranmakta ve bu usulde iadeye, kişinin bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değil Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile karar verilmektedir.

143. Dolayısıyla dava konusu kuralın hem teknik anlamda iadeye, yani yurt dışında suç işleyen yabancıların yargılanması veya cezalarının infaz edilebilmesi için iadeye, hem de işlediği suç nedeniyle yargılanması ve cezasının infaz edilmesi amacı olmaksızın iadeye imkân tanıdığı görülmektedir.

144. Kuralda, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunan kişilerin iade edilemeyeceği yönünde güvenceye yer verilmediği görülmektedir. Bu durumun kişilerin Anayasa'da güvence altına

alınan yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceği açıktır. Ayrıca aynı hak ihlallerinin takas yoluyla yapılacak iadelerde de gerçekleşmesi mümkündür.

145. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca bu karara ilişkin idari işlem de diğer tüm idari işlemler gibi yargı denetimine tabi olduğundan bu işleme karşı idari yargı yoluna başvurulması mümkün bulunmaktadır. Ancak kuralla öngörülen, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ve takası (yurt dışına teslimi) olduğundan bu konuda sadece yargı yollarının öngörülmüş olması yeterli olmamakta, ilgili kişilerin bu yolu etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak güvencelerin de sağlanmış olması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu kişilerin sınır dışı edilmesinden sonra yargı denetimi yapılmasının hiçbir anlamı olmayacaktır.

146. Nitekim Anayasa Mahkemesi, sınır dışı ve suçluların iadesi işlemlerine ilişkin yapılan tedbir talepli bireysel başvurularda, anılan etkili yargısal güvenceyi sağlamak amacıyla söz konusu işlemlerin yürürlüğünü derhâl durdurmaktadır (*Akhmad Khalimov* [TAK], B. No: 2016/1129, 20.1.2016). Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sınır dışı işlemlerinde bu prensibi uygulamakta ve anılan işleme karşı yapılan başvuru sonuçlanmadan kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde etkili bir başvuru yolunun öngörülmemesi nedeniyle ihlal kararları verebilmektedir (bkz. *A.D ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22681/09, 22.7.2014, §§ 95-104; *Gebremedhin/Fransa*, B. No: 25389/05, 26.4.2007, § 66).

147. Mevzuatta da anılan nitelikte kurallar yer almakta olup 4.4.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 53. maddesinde, sınır dışı etme yönünden etkili bir başvuru yolu öngörülmüş bulunmaktadır. Buna göre, sınır dışı etme kararının gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilmesi, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisine, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirme yapılması ve yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesi gerekmektedir.

148. 2937 sayılı Kanun'da, tutuklu ve hükümlülerin iade ve takas işlemlerine karşı yargı yollarını kullanabilme yönünden etkili bir başvuru yolu oluşturulmaksızın dava konusu kuralla söz konusu istisnai usulün benimsendiği görülmektedir.

149. Dava konusu kuralla anılan nitelikte güvenceler ve konuya ilişkin benzeri teminatlar öngörülmeden koşulları ve sınırları belirsiz bir yetkinin düzenlenmesi, kişilerin hukuki güvenliklerini ve hak arama hürriyetlerini ihlal etmektedir.

150. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

151. Kuralın, Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan ".yetkisiz olarak alan, temin eden,." İbaresinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

152. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurallarla MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak almak ve temin etmek ile 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında kalan bilgilerin yayımlanması, yayılması veya açıklanması fillerin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, bu durumun kişilerin haberleşme, ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme haklarını zedelediği, ayrıca 27. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suç yönünden üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası öngörülmesinin anılan hakların ölçüsüzce sınırlandırılmasına neden olduğu, öte yandan, aynı kuralla MİT mensuplarının ailelerinin kimliklerini ifşa etmenin suç olarak düzenlenmesinin, anılan kişilerin ailelerine yönelik olarak imtiyaz tanınması sonucunu doğurarak kanun önünde eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek dava konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 10., 22., 26., 28., 29. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

153. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

154. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareyi de içeren birinci fıkrasında, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgeleri, yetkisiz olarak alan, temin eden, çalan, sahte olarak üreten, bunlar üzerinde sahtecilik yapan ve bunları yok edenlerin dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmekte olup dava konusu kuralı *"yetkisiz olarak alan, temin eden."* ibareleri oluşturmaktadır.

155. Aynı maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında ise MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin bilgi ve belgelerle MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerine ilişkin bilgi ve belgelerin radyo, televizyon, internet, sosyal medya, gazete, dergi, kitap ve diğer tüm medya araçları ile her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenmekte ve bu suça ilişkin olarak 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 4. ve 6. maddeleri hükümlerine göre sorumlulukları belirlenenlerin ve bunları yayanların üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmektedir.

156. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar."* ve *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, *"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır."* denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetler arasında yer alan *"ifade hürriyeti"* ve *"basın hürriyeti"* güvence altına alınmıştır. Anılan maddelerin sırasıyla ikinci ve dördüncü fıkralarında ise bu hürriyetlerin millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği, 28. maddenin beşinci fıkrasında ise devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana

teşvik eder nitelikte olan veya devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı yazarların veya bastırانların veya aynı amaçla basanların, başkasına verenlerin, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu tutulabileceği belirtilerek bu hürriyetlerin mutlak olmadığı ve anılan nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir.

157. Benzer şekilde, Anayasa'nın "*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*" kenar başlıklı 74. maddesinin dördüncü fıkrasında bilgi edinme hakkı güvence altına alınmış, aynı maddenin son fıkrasında ise "*Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi . kanunla düzenlenir.*" denilmek suretiyle bu hakka ilişkin kuralın norm alanını belirleme yetkisi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın da kanunda belirlenecek nedenlere dayalı olarak sınırlandırılması mümkün bulunmaktadır.

158. Ancak anılan hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi için yukarıda belirtilen nedenlerin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, ifade ve basın hürriyeti ile bilgi edinme hakkı yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

159. Dava konusu kurallarla MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği veya hazırladığı ve doğası itibariyle gizli olan, bu nedenle de sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgelerin elde edilmesi veya temin edilmesi ile bunların ve MİT mensuplarının veya ailelerinin kimliklerinin her türlü medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayımlanması, yayılması veya açıklanması suç olarak düzenlenerek ifade ve basın hürriyetleri ile bilgi edinme hakkına bir sınırlama getirilmektedir. Fakat bu sınırlama, millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturabilmek ve karşı istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmek amacıyla elde edilen, bu yönüyle millî güvenliğin korunmasına ilişkin devlet sırlarını ve kişilerin özel hayatına ilişkin hususları da içeren bilgi ve belgelerin gizliliği ile görevlerini yerine getirebilmelerinin zorunlu gereği olarak kimliklerini gizleyerek çalışan MİT mensuplarının görev, şahıs ve aile güvenliklerinin sağlanmasına yönelik bir düzenlemedir. Dolayısıyla anılan sınırlama millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin tesis edilmesi ve korunması amaçlarıyla getirilmekte olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

160. Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında anılan hak ve hürriyetlere sınırlama getirilirken kurallarda bunun sadece MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında elde ettiği ve doğası itibariyle gizli olan ve bu nedenle sadece yetkili kişilerle paylaşılabilen bilgi ve belgeler ile MİT mensuplarının veya ailelerinin kimlikleriyle sınırlandırılmış olması, hem anılan hakların kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olarak hakların özünün zedelenmesini önlemekte, hem de sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını temin ederek anılan haklar ile millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu güvenliğinin ve kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin korunması arasındaki makul dengenin kurulmasını sağlamaktadır.

161. Öte yandan, 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, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile

karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kurallarla söz konusu eylemlerin suç olarak düzenlenip bunun için kurallarda belirtilen nitelik ve ölçüde cezalar belirlenmesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

162. Ayrıca maddenin dava konusu üçüncü fıkrasında, anılan suçu işleyenlerin üç yıldan dokuz yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmekte olup TCK'nın 61. maddesi uyarınca hâkim somut olayın özelliğine göre suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak suçun kanuni tanımında öngörülen cezasının alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirlemekle yükümlü bulunmaktadır. Dolayısıyla yukarıdaki kriterler esas alınmaksızın keyfi olarak suç faillerinden kimine alt sınırdan kimine üst sınırdan ceza uygulanması mümkün değildir. Dava konusu kuralla farklı suç faillerine farklı cezalar verilebilmesine imkân tanınmasının nedeni, cezanın suçun işleniş biçimi, suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gibi somut olaya göre değişebilecek durumlara uygunluğunun sağlanması, böylece ceza adaletinin tesis edilmesidir.

163. Kanun'da bu şekilde güvencelere yer verilerek dava konusu kuraldaki cezanın ancak anılan objektif kriterler esas alınarak belirlenebilmesine izin verilmesi, kuralla konu sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde uygulanmasına imkân tanımakta, böylece kuralın ceza yaptırımını yönüyle de ölçülülüğünü sağlamaktadır.

164. Bu yönleriyle dava konusu kurallarla anılan haklara getirilen sınırlamanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

165. Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Buna göre, eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

166. Maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen dava konusu kuralla MİT mensuplarının ve ailelerinin kimliklerinin ifşa edilmesinin suç olarak öngörülme nedeninin, bu kişilere ve ailelerine kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık tanımak değil, yürüttükleri görevler nedeniyle kimliklerinin ifşa olmasının, MİT mensuplarının görevlerini yerine getirme imkânını ortadan kaldırması ve kendileri ile birlikte ailelerinin güvenliklerini tehdit altına sokmasıdır. Dolayısıyla dava konusu kuralla anılan kişilerin özel durumundan kaynaklanan nedenlere dayalı olarak farklı bir kuralın düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

167. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 13., 26., 28. ve 74. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

168. Kuralların, Anayasa'nın 5., 22. ve 29. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

İ- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Dördüncü Fıkrasında Yer Alan ".ihmal veya." ve ".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere." İbarelerinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

169. Dava dilekçesinde özetle 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin yerine getirilmesini ihmal suretiyle önleyenlerin ve aynı Kanun kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını öngören dava konusu kuralın, adil ve ölçülü olmadığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

170. 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren dördüncü fıkrasında, 2937 sayılı Kanun ile belirlenen görev ve yetkilerin kullanılmasının engellenmesine yönelik eylemler suç olarak düzenlenmekte ve bunlar cezai müeyyideye bağlanmaktadır. Buna göre, 2937 sayılı Kanun kapsamındaki görev ve yetkilerin kullanılmasını engelleyenlerin, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla ihmal veya suistimal suretiyle önleyenlerle yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmektedir.

171. Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Ancak kanun koyucu, söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle eylemin suç olarak düzenlenmesinde ve cezalandırılmasında güdülen amaç ile bunun için seçilen araç arasında makul ve adil bir oranın bulunması, bir başka ifadeyle cezalandırma yetkisi kullanılırken de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerekmektedir.

172. Dava konusu ibarelere ilişkin kuralla 2937 sayılı Kanun kapsamında kalan görev ve yetkiler ile yükümlülüklerin yerine getirilmesinin engellenmesine yönelik fillerin suç olarak nitelendirilip cezalandırılmasında güdülen amacın, millî güvenliği ve kamu düzenini korumak olduğu açıktır. Nitekim Kanun'un 4., 5. ve 6. maddelerinde düzenlenen bu görev ve yetkiler incelendiğinde bunların bir bütün olarak ülkenin millî güvenlik siyasetinin, dolayısıyla kamu güvenliği ve düzeninin sağlanmasında ve yürütülmesinde son derece önemli görev ve yetkiler olduğu anlaşılmaktadır.

173. Anılan nitelikteki görev, yetki ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi, kamu görevi kapsamı dışında kalan kişilerin eylemleriyle önlenilebileceği gibi bunlarla ilişkili görevlerin veya yükümlülüklerin ihmal edilmesi veya icrai hareketlerle yerine getirilmemesi eylemleriyle de

engellenebilir. Bu yönüyle kanun koyucunun anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli olacak şekilde dava konusu kuralda belirtilen eylemleri suç olarak düzenleyip bunlar yönünden izlediği caza siyasetine bağlı olarak takdir yetkisi kapsamında kuralda belirtilen ölçü ve nitelikte cezalar belirlemesinde, hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerine aykırı düşen bir yön bulunmamaktadır.

174. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

175. Kuralın, Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 8. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un Başlığıyla Birlikte Değiştirilen 28. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan ", bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz ." İbaresini ile 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

176. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kurallarla MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde MİT tarafından yapılan herhangi bir talebi yerine getirenlerin, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin hukuki ve cezai sorumluluklarının doğmamasının öngörüldüğü, bunun, hukuk yargılaması açısından aleyhlerine dava açılmaması nedeniyle haksız olanın, ceza yargılaması açısından ise ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmasını engelleyeceği ve anılan kişilere hukukumuzda başka hiçbir gerçek veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık ve dokunulmazlık sağlayacağı, ayrıca söz konusu kişilerin hukuka aykırı işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulması imkânını da ortadan kaldıracığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

177. 2937 sayılı Kanun'un "*Taleplerin karşılanması*" başlıklı 28. maddesinin dava konusu ibareleri de içeren birinci fıkrasında "*Bu Kanunda MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilir, bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz.*" denilmiş, ek 1. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasında ise "*6 ncı maddenin birinci fıkrasının (e) bendine göre kimlikleri değiştirilenler, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanlar veya istihbarat hizmetlerinde istifade edilenler, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın; görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulamaz.*" hükmüne yer verilmiştir.

178. Buna göre, 2937 sayılı Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilecek ve bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Aynı şekilde, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT'in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların ve istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmaları bir başka ifadeyle hukuki ve ceza sorumluluklarının doğması söz konusu olamayacaktır.

179. Kurallarla anılan kişilerin MİT'in istemi doğrultusunda yerine getirdiği her türlü talep, faaliyet, görev ve yardımlar, bu çerçevede olası kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler

yönünden sorumlu olmayacaklarının öngörüldüğünün kabul edilmesi hâlinde kuralların başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve kurala aykırılık teşkil edeceği açıktır.

180. Ancak kuralların lafzı ve yer aldığı Kanun'un diğer hükümleriyle birlikte taşıdığı anlam ve kapsam dikkate alındığında, kurallardan böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

181. Zira Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın MİT'in tüm taleplerinin yerine getirileceği öngörülmemekte, sadece "*Bu Kanun'da MİT'e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde*" yapılan taleplerin yerine getirileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, 6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin tüm fiillerinin değil, bu fiillerden sadece MİT'in görevleri kapsamında kalanlarının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağışıklık tanınması da mümkün değildir. Kanun'da, MİT'e hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre, dava konusu kurallar uyarınca MİT'in haksız fiil teşkil eden yasa dışı taleplerini veya suç teşkil eden taleplerini yerine getirenlerin ve MİT'e görev ve faaliyetlerinde yardımcı olanların haksız fiil teşkil eden eylemlerinden veya suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olacaklarının ve kuralların buna engel olan bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir.

182. Aksi takdirde Anayasa ve kanunların hiç kimseye, bu çerçevede Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM üyeleri ve konu bağlamında MİT'in görev ve yetkilerini doğrudan yerine getiren görevlilerine bile vermediği bir bağışıklığı, MİT'in görevlendirdiği veya talepte bulunduğu kişilere tanıdığını kabul etmek gerekir ki bunun, başta kuralların yer aldığı Kanun'un genel mantığı olmak üzere hukuk anlayışı ve sistematigiyle bağdaştırılması olanaksızdır.

183. Dava konusu kuralların düzenlenme ihtiyacının, MİT'in görev ve yetkilerinin özelliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. MİT'e verilen yetki ve görevler, kural olarak yasaklanmış olan ancak Kanun'un verdiği açık yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelen fiilleri içerebilmektedir. MİT görevlilerinin Kanun'da kendilerine verilen yetkiye istinaden birtakım faaliyetler yürütmesi, bu çerçevede örneğin 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bazı suçlara mahsus olmak üzere kural olarak gizli olan soruşturma dosyalarından bilgi ve belge istemeleri mümkün bulunmakta ve MİT görevlilerinin bu yetkilerini kullanma noktasında herhangi bir tereddütleri bulunmamaktadır. Ancak aynı durum, bu talepleri karşılamak zorunda olan kişiler yönünden, verilen örnek bağlamında soruşturma savcıları yönünden geçerli değildir. Zira soruşturma savcısının, 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bu bilgileri verme yükümlülüğü bulunduğu gibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturmanın gizliliğini sağlama zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısıyla soruşturma savcısının kanunun kendisine yüklediği iki yükümlülüğün birini tercih etmesinin sorumluluğuna neden olabileceği, verilen örnek bağlamında anılan bilgilerin MİT'e verilmesi nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde tereddütleri bulunabilir. Aynı şekilde yasa dışı bir terör örgütünün yapacağı olası eylemlerden önceden haber alınabilmesi amacıyla örgüte üye olan bir MİT görevlisinin "*örgüte üye olma*" fiilinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak aynı durum kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve MİT'in görevlendirdiği kişiler yönünden bu ölçüde açık ve belirgin değildir. Kanun'un ek 1. maddesindeki kuralla MİT'in görevlendirdiği veya yardımını talep ettiği kamu görevlisi

olmayan kişilerin de MİT'in görev ve yetkisi kapsamında kalan yardım ve faaliyetlerden tıpkı MİT görevlileri gibi sorumlu olmaması esasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemelerin, bu gibi tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmakta olup bunların kuralların düzenlenişi için makul nedenler olmadığı söylenemez.

184. Öte yandan, dava konusu kurallarla anılan kişilerin yerine getirdikleri talepler ile görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmamalarının sebebi, bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanıyarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık vermek değildir. Bunun nedeni, çeşitli gereklere dayalı olarak Kanun'un hukuka uygunluk niteliği tanıdığı, dolayısıyla haksız fiil veya suç oluşturmayan görev ve faaliyetlerin bu kişiler tarafından herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla dava konusu kurallarda, anılan görev ve faaliyetlerin yerine getirilmesi için tanınan hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak tamamlayıcı bir sorumluluk hukuku kuralının düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

185. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

186. Kuralların, Anayasa'nın 125. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 9. Maddesiyle Değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

187. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapmasının yasaklandığı, bu durumun anılan konulara ilişkin olarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyeceği, bunun ise hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında, "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" hükmüne yer verildiği, bu hükmün mefhumu muhalifinden belirtilen istisna dışında herkesin tanıklık yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmesi gerektiği ve yine Anayasa'nın 12. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" denildiği, dolayısıyla anılan kişilerle ilgili olarak tanıklıkta bulunma yükümlülüğünün kaldırılmasının belirtilen anayasal hükümlerle de çeliştiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 12. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

188. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

189. Dava konusu cümlelerin de yer aldığı kuralla 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinde yer alan ve görevin gizliliği ile devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâllerde MİT mensuplarının tanık olarak dinlenebilmesini MİT Müsteşarının iznine bağlayan düzenlemede değişiklik yapılmakta ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı hâller hariç olmak üzere MİT mensupları ile

MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapamayacağı düzenlenmektedir.

190. Buna göre, düzenlemenin önceki hâlinde kural olarak MİT mensuplarının tanıklığına başvurulması mümkünken ve ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu kişilerin tanıklığına izin verilmeyebilirken, dava konusu kuralla MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin hususlarda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta ve sadece devletin çıkarlarının zorunlu kıldığı istisnai hâlde bu tanıklığa izin verilebilmektedir.

191. Bu çerçevede dava konusu kural, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olan, ancak görevin gizliliği ve devletin çıkarları yönünden alenileşmesinde bir sakınca bulunmayan konularda da MİT mensupları ile MİT'te görev yapmış olanların tanıklığına başvurulmasını önlemektedir.

192. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğünün, hukuki uyumsuzluklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını da bünyesinde barındırdığında kuşku bulunmamaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların, adaletin gerçekleşmesini önleyerek hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesine zarar vereceği açıktır.

193. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan araçlar arasında tanık delili de mevcut olup bu yönüyle kişilerin, uyumsuzluk konusu olaya ilişkin bilgisi olanların tanıklığına başvurma hakları bulunmaktadır.

194. Öte yandan, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine 2001 değişiklikleriyle eklenen "*adil yargılanma*" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AIHM uygulamasındaki adil yargılanma hakkı güvencelerinden birini de tanık dinletme ve sorgulama hakkı oluşturmaktadır.

195. Elbette ki bu hak mutlak olmayıp birtakım haklı ve makul nedenlerin bulunması hâlinde ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olarak sınırlandırılabilir. Bu yönüyle Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kimsenin kendisi veya kanunda belirtilen yakınları aleyhine tanıklık yapmaya zorlanması mümkün olmadığı gibi, kişilerin özel hayatının korunması amacıyla veya devletin Anayasa'da belirtilen yükümlülükleri yerine getirmek üzere yürüttüğü görevlerin zorunlu kıldığı hâllerde de buna sınırlamalar getirilebilir.

196. Dava konusu kuralla MİT mensuplarının, MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin tüm konularda tanıklık yapması kural olarak yasaklanmakta, sadece devletin menfaatlerinin zorunlu kıldığı hallerde bu kişilerin anılan konularda tanıklık yapması yetkili merciin iznine bırakılmaktadır. Oysa MİT'in görev ve faaliyet alanı çok geniş olup MİT'in görev ve faaliyetlerine ilişkin olup açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek fakat maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına, dolayısıyla sadece devletin çıkarlarının değil, bireylerin

haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konuların da bulunması mümkündür.

197. Dava konusu kuralda bu husus gözetilmeyerek açıklanmasında devletin yürüttüğü göreve zarar vermeyecek, fakat bireylerin haklarının tespit edilerek korunabilmesine katkı sağlayacak konularda da tanıklık yapılması yasaklanmaktadır. Bu durum, haklı ve makul bir nedene dayalı olmaksızın tanık deliline başvurma hakkına ölçülü olmayan bir sınırlama getirilmesi sonucunu doğurmakta ve maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını önleyerek hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesinin zedelenmesine yol açmaktadır.

198. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

199. Kuralın, Anayasa'nın 12. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 11. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- İptal Talebinin Gerekçesi

200. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin, bazı suçlar hâriç olmak üzere adli mercilerce istenemeyeceği düzenlemesine yer verildiği, bu durumun resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşılmasını engelleyeceği, ayrıca yargı organlarının bağımsızlığı nedeniyle maddi gerçeği ortaya çıkarabilmeleri amacıyla her türlü bilgi, belge, veri ve kayıt, rapor, değerlendirme ve analizlere ulaşabilmeleri gerekirken anılan kuralla bunun engellendiği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

201. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca dava konusu kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

202. Dava konusu kuralda, adli mercilerce TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlarla ilgili olanlar hâriç olmak üzere MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenemeyeceği düzenlenmektedir.

203. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca hukuksal olanakları kapsamlı biçimde kullanabilme ve bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, kişilere hukuki uyumsuzlıklara ilişkin olarak etkili bir soruşturma ve kovuşturma yapılarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını isteme hakkını tanımaktadır. Bu yönüyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını önleyen kuralların adaletin gerçekleşmesini önleyerek hukuk devleti ve hak arama özgürlüğü ilkelerine zarar vereceği açıktır.

204. Diğer ülkelerdeki istihbarat teşkilatlarında olduğu gibi MİT'in de elde ettiği istihbarat bilgilerinin önemli bir kısmı doğası gereği kesin olmayan, bu nedenle adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan ve delil değeri taşımayan bilgilerden oluşmaktadır. Ancak adli işlemlerin tesisinde esas alınamayan bu bilgiler, millî güvenlik siyasetinin belirlenmesinde ve önleyici güvenlik önlemlerinin alınması ile karşı istihbarat faaliyetlerinin organize edilmesinde

önemli faydalar sağlayabilmekte ve doğası gereği bu bilgilerin gizliliğinin sağlanması gerekmektedir.

205. Dava konusu kuralla MİT'in uhdesinde bulunan istihbari bilgilerin kural olarak adli mercilerce istenemeyeceği düzenlenerek maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünde herhangi bir katkısı olmayacak, ancak aleniyet kazanması halinde istihbarat faaliyetlerini aksatabilecek bilgilerin gizliliğinin muhafaza edilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır.

206. Kuralla bu şekilde bir taraftan adli mercilerce MİT uhdesindeki istihbari nitelikteki bilgi, belge, veri ve kayıtlar ile yapılan analizlerin istenmesi sınırlandırılırken, öbür taraftan bu sınırlamanın MİT'in esas çalışma alanına ilişkin suçlarla ilgili olan ve MİT dışında başka bir kurum veya kuruluştaki bulunmayacak bilgiler yönünden (TCK'nın İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Yedinci Bölümünde yer alan suçlar) uygulanmayacağı düzenlenmiş, böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunabilecek bilgiler yönünden bir sınırlama yapılmasına izin verilmemiştir.

207. Bu çerçevede kuralın, işlenen suçlara yönelik olarak maddi gerçeğin araştırılmasını önleyen bir yönü bulunmamaktadır.

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

209. Kuralın, Anayasa'nın 138. ve 140. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

210. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

211. 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak*." ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

212. Dava dilekçesinde özetle dava konusu kuralların Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması hâlinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı, bu nedenle kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 9. maddesiyle değiştirilen, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Ancak*." ibaresine yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkrasına,

2- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkra ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C- 1- 1. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan *"Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek."* ibaresine,

2- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

a- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

aa- (a) bendinde yer alan *"., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir"* ibaresine,

ab- (b) bendine,

ac- (c) bendine,

ad- (i) bendinde yer alan *"alan veya."* ibaresine,

b- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkra da yer alan *"yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla."* ibaresine,

3- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

a- İkinci fıkranın ikinci cümlesine,

b- Üçüncü fıkra da yer alan *"İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da."* ve *"delilleri ve dayanakları gösterilmeyen."* ibarelerine,

c- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü dışında kalan kısmına,

4- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan *"yetkisiz olarak alan, temin eden,."* ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasına,

c- Dördüncü fıkrasında yer alan *"ihmal veya."* ve *"yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere."* ibarelerine,

5- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz"* ibaresine,

6- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına,

yönelik iptal talepleri, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

D- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesinin, 353 sayılı Kanun'un 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümü hakkında, 30.12.2015 tarihli ve E.2014/122, K.2015/123 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

30.12.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

213. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

214. 6352 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen sekizinci fıkranın ve aynı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 2937 Sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 30.12.2015 tarihinde karar verilmiştir.

VII- HÜKÜM

17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (h) bendinde yer alan "*Bakanlar Kurulunca verilen görevleri yerine getirmek.*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un;

1- 6. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan *"., uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (b) bendinin,

ba- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

bb- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- (i) bendinde yer alan *"alan veya."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 6. maddesine eklenen onbirinci fıkrada yer alan *"yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla."* ibaresinin;

a- Fıkrada yer alan *"yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim."* ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Fıkranın kalan bölümü yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 6. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesine eklenen;

1- İkinci fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Üçüncü fıkrada yer alan *"İsimsiz, imzasız, adressiz yahut takma adla yapıldığı anlaşılan ya da."* ve *"delilleri ve dayanakları gösterilmeyen."* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Dördüncü fıkranın birinci cümlesinin;

a- 25.10.1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi ile yedinci fıkrasının son cümlesine atıfta bulunulan bölümüne ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Alparslan ALTAN ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- Sekizinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 7. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 27. maddesinin;

1- Birinci fıkrasında yer alan *".yetkisiz olarak alan, temin eden,."* ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasının,

3- Dördüncü fıkrasında yer alan *".ihmal veya."* ve *".yükümlülüklerini yerine getirmeyenlere."* ibarelerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 8. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"., bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaz"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 9. maddesiyle değiştirilen 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci cümlesinde yer alan *"Ancak,."* ibaresinin, 2937 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmadığından, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 11. maddesiyle 2937 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2015 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

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine, 17/4/2014 tarihli ve 6532 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen fıkrada yer alan ". yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla." ibaresinin iptali istenmiştir.

2. İptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu ek fıkra şu şekildedir: "**Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim ve MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuruların iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.**"

3. Öncelikle kuralın anlam ve kapsamını belirlemek gerekir. Kuralla önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla, aynı maddede ve diğer kanunlarda öngörülen hükümlere bağlı olmaksızın, fıkrada belirtilen kişilerin iletişimlerinin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir. Kurala göre iletişimleri denetlenebilecek kişileri iki grupta değerlendirmek mümkündür. Birinci grupta (a) yurt dışında bulunan herkes, (b) yurt içindeki yabancılar ve (c) ankesörlü telefon kullanan herkes yer almaktadır. İkinci grupta ise (a) MİT mensupları, (b) MİT'te görev almış olanlar ve (c) MİT'te görev almak için başvurular bulunanlardır. Kuralın Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken bu iki grup açısından farklı değerlendirmeler yapılması kaçınılmazdır.

4. Haberleşme hürriyetinin demokratik toplumlarda vazgeçilmez ve ikame edilemez bir öneme sahip olduğu bilinmektedir. Bu hürriyet, kişilerin özel hayatına ilişkin bilgileri sadece istediği kişilerle paylaşmasına imkân tanımaktadır. Mahremiyetin korunması, kişilerin dış müdahaleden masun özerk alanlarının korunması amacına hizmet eder. Bu nedenle, haberleşmenin gizliliğinin ihlali kişisel özerklik ve özgürlük alanına ağır bir müdahaledir.

5. Haberleşmenin gizliliğine müdahale, ancak belli meşru amaçların zorunlu kıldığı çok istisnai durumlarda ve ölçüde haklılaştırılabilir. Genel olarak ifade etmek gerekir ki milli güvenliğin korunması, organize suçlarla ve özellikle de terörle mücadele edilmesi gibi sebepler kişilerin özel hayatlarına ve özellikle de haberleşmelerine müdahale edilmesini gerekli kılabilir. Başta yaşama hakkı olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin ve demokratik düzenin korunması amacıyla iletişimin denetlenmesi gerekebilir. Bu bağlamda, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakkının sınırsız olmadığı açıktır. Ancak, iletişimi denetleme yetkisinin kontrolsüz bir şekilde idari makamlara tanınması ve yetkinin kötüye kullanılması, bizzatıhi korunmak istenen değerleri ortadan kaldırabilecek sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle yetkinin kapsamının, sınırlarının ve kötüye kullanılmasını önleyecek ya da kötüye kullanımın zararlarını telafi edecek etkili denetim mekanizmalarının hukuk sisteminde öngörülmesi gereklidir. Nitekim anayasal hükümler, özel hayata saygı hakkının ve haberleşme hürriyetinin belli amaçlarla sınırlandırılabilirliğini, ancak bu sınırlamaların kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması gerektiğini açıkça belirtmektedir.

6. Anayasa'nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasına göre "**Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır**". Aynı maddenin

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

7. Anayasa'nın 22. maddesinin "*İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.*" şeklindeki üçüncü fıkrasının yorumu, somut davada belirleyici niteliktedir. Fıkra biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki şekilde yorumlanabilir. Geniş yorum benimsendiğinde, hâkim kararıyla denetleme kuralına kanunla bazı kamu kurum ve kuruluşları yönünden istisna getirilebilir, bu kamu kurum ve kuruluşları hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın kurum içinde veya dışında bulunan belli kişilerin haberleşmelerini denetleyebilirler. Bu anayasa hükmünün dar yorumu ise, hâkim kararıyla iletişimin denetlenmesine getirilen istisnanın ancak kanun tarafından öngörülen kamu kurum ve kuruluşlarında disiplini ya da milli güvenliği koruma gibi amaçlara yönelik olduğunun kabulünün gerektirir.

8. Mahkememiz çoğunluğunun, açıkça tartışmamakla birlikte, söz konusu anayasal hükmü geniş yorumladığı anlaşılmaktadır. Gerek hükmün lafzının, gerekse anayasa koyucunun amacının söz konusu hükmün bu kadar geniş yorumlanmasına müsait olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle, fıkra istisnaların "*uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları*"ndan, başka bir ifadeyle istisnaların uygulanacağı "yer"den bahsetmektedir. Danışma Meclisi'nin taslağında yer almayan bu hükmü maddeye ekleyen Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun gerekçesi bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu gerekçe şu şekildedir: "*Maddeye 'İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir' fıkrası eklenmiştir. Böylece, haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnaî olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceği öngörülmüştür.*"

9. Diğer yandan, anayasa koyucunun amacının da özel hayata ve haberleşmeye müdahalede hâkim kararının alınması gerektiğine ilişkin ilkeyi işlevsiz kılacak bir hüküm ihdas etmek olduğu söylenemez. Anayasa'da "*Özel hayatın gizliliği ve korunması*" başlığı altında yer alan, özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21) ve haberleşme hürriyeti (m.22) hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kişilerin bireysel özerklikleri ile maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirmede bu derece önemli olan söz konusu hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında, idareden bağımsız şekilde hâkim kararı güvencesi sağlandığı görülmektedir. Nitekim, Danışma Meclisi'nin maddeye ilişkin gerekçesinde bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: "*Özel hayatın gizliliğinin korunması ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi, haberleşmenin gizliliği de ancak hâkim kararıyla kaldırılabilir; fakat kanunun açıkça yetkili kıldığı başka bir merci dahi, acele hallerde, istisnaen, bu yolda emir verebilecektir.*"

10. Anayasanın 22. maddesinin son fıkrasının, kanunla öngörülen belli kurumlarda ve kurumla ilgili kişilerin iletişimlerinin denetlenmesinin ötesinde, hemen herkesi hâkim kararı olmadan dinleme sonucunu doğuracak şekilde geniş anlaşılması, hâkim kararıyla dinleme ilkesini istisnalarla işlevsiz kılabilir, dolayısıyla söz konusu hak ve özgürlükleri korumasız bırakabilecektir. Bu nedenle 22. maddenin son fıkrasının özgürlükçü bir yaklaşımla dar yorumlanması gerekir. Bu istisnai kuralın amacı, cezaevi gibi sıkı disiplin kurallarının uygulandığı bazı kamu kurum ve kuruluşlarında iletişimin denetiminin hâkim kararı olmadan yapılabilmesini sağlamaktır.

11. İptali istenen kuralda, hâkim kararı olmadan MİT Müsteşarının veya yardımcısının onayıyla iletişimi denetlenebilecek olan ikinci gruptaki kişiler kurumda çalışan, çalışmış veya çalışacak olanlardır. Anayasa'nın 22. maddesinin son fıkrası gereği, kanun koyucunun MİT Müsteşarı ya da yardımcısına, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla, bu kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi yetkisi vermesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. MİT mensuplarının, MİT'te çalışmış veya çalışacak olanların iletişimlerinin denetimi, kurum içi disiplin ve istihbarata karşı koyma (*kontrespiyonaj*) çalışmaları kapsamında gerekli ve ölçülü olarak kabul edilebilir.

12. Buna karşılık, birinci grupta yer alan kişilerin iletişimlerinin denetlenmesi söz konusu olduğunda aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. MİT'le hiçbir şekilde ilgili bulunmayan çok geniş bir kesimi kapsayan bu kişilerin iletişimleri, ancak Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında hâkim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da en geç yirmidört saat içinde hâkim onayına sunulmak kaydıyla, yetkili merciin emriyle denetlenebilir. Bu nedenle, iptali istenen ibare, birinci grupta yer alan kişiler yönünden Anayasa'nın 22. maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

13. Bir an için 22. maddenin son fıkrasının hâkim kararı olmaksızın MİT Müsteşarı ve yardımcısına birinci grupta yer alan kişilerin de iletişimini denetleme konusunda yetki verdiği kabul edilse bile kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ışığında değerlendirilmesi ve iptal edilmesi gerekirdi. Burada verilen yetkinin gerçekten istisnai nitelikte olup olmadığını, başka bir ifadeyle haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin 13. maddede güvenceye alınan kriterlere uygun olup olmadığını belirlemek gerekir.

14. Öncelikle MİT Müsteşarı veya yardımcısına verilen yetki kullanılarak iletişimlerini denetlenecek kişilerin, gerçekten de istisnanın anlamına uygun olacak şekilde, dar bir alanda sınırlı sayıda kişiyi kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Kuralla iletişimlerinin denetlenmesine hâkim kararı olmaksızın izin verilen grubun yurt dışında bulunan vatandaş olsun olmasın herkesi, yurtiçindeki tüm yabancıları ve ankesörlü telefonla görüşen herkesi içine alacak şekilde geniş bir kesimi kapsadığı görülmektedir. Üstelik bu kişilerin belli bir suçu işlediği ya da işleyeceği şüphesi, terör örgütlerine ya da yabancı istihbarat teşkilatlarına mensup olup olmadıkları gibi hususlara bakılmaksızın "*önleyici istihbarat elde etmek*" veya "*analiz yapabilmek*" amacı gibi oldukça geniş bir çerçevede kapsamın belirlenmesi yoluna gidilmiştir.

15. Diğer yandan, kuralda iletişimin denetlenmesinin belli bir süreyle sınırlandırılması ve denetleme tedbiri sona erdikten sonra içeriklerin imha edilmesi gibi güvencelere yer verilmemiştir.

16. Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinin ikinci fıkraları, kişilerin özel hayatlarına saygı ve konut dokunulmazlığı hakları ile haberleşme hürriyetlerinin millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilirliğini öngörmektedir. Bu kapsamda, iletişimin denetlenmesinin özellikle terörle mücadele ve demokratik düzenin korunması bakımından gerekli olduğu hususu izahtan varestedir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarında da belirtildiği üzere, demokrasiyi korumak için başvuru bu tedbirlerin kötüye kullanılması durumunda, "polis devleti" uygulaması haline geleceği ve bizzat korunmak istenen demokrasiyi yok edebilecek potansiyele sahip olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi tedbirinin kötüye kullanılması karşısında yeterli ve etkili güvencelerin sağlanması bir zorunluluktur (bkz. *Klass ve diğerleri/Almanya*,

B.No: 5029/71, 6 Eylül 1978, §§ 42, 49, 50; *Roman Zakharov/Rusya*, B.No: 47143/06, 4 Aralık 2015, § 232, 233).

17. Kuşkusuz bu güvencelerin başında yargısal denetim gelmektedir. AİHM'e göre, iletişimin denetlenmesi talimatının verilmesi, denetlemenin uygulanması ve tamamlanmasından sonrası olmak üzere üç aşamada denetim kararını alan ve uygulayan idareden bağımsız bir denetim ve gözetimin yapılması gerekir. Bu denetim, prensip olarak ve tercihen yargı tarafından yapılmalıdır. Zira demokratik toplumun temel niteliklerinden biri olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Dibacesinde açıkça atıf yapılan hukukun üstünlüğü, idari organların bireysel haklara yönelik müdahalelerinin bağımsızlık, tarafsızlık ve gerekli usul güvencesini en iyi şekilde sağlayan yargının denetimine tâbi tutulmasını gerektirir (*Klass ve diğerleri/Almanya*, § 55).

18. AİHM, *Klass* kararında, idareden tamamen bağımsız olarak görev yapan "Parlamento Kurulu" ve onun oluşturduğu "G 10 Komisyonu"nun sağladığı güvenceleri dikkate alarak, iletişimin denetlenmesi aşamalarında yargısal kontrolün olmamasını demokratik toplumda sınırı aşan bir eksiklik olarak görmemiştir (*Klass ve diğerleri/Almanya*, § 56). Bununla birlikte, kural olarak, kişilerin iletişiminin denetlenmesinin her aşamada yargısal kontrolünün yapılması gerekir. Nitekim AİHM, kısa bir süre önce verdiği kararda, iletişimin denetlenmesinin hâkim kararıyla yapılması ve denetlenmesi gerekliliğini daha net bir şekilde vurgulamıştır. AİHM'e göre, harici yargısal denetimin gecikme riski taşıyacağı çok acil durumlarda, hâkim kararı olmadan da idari emirle iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilir. Ancak iletişimin denetlenmesi talimatının verildiği sırada yargısal onayın aranmadığı bu tür acil durumlarda alınan tedbirlerin, bilahare mutlaka yargısal nitelikte bir denetime tabi tutulması gerekir (bkz. *Szabó ve Vissy/Macaristan*, B.No: 37138/14, 12 Ocak 2016, § 81).

19. Esasen, iptali istenen kuralın da içinde bulunduğu Kanun'un 6. maddesine, 3/7/2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen fıkranın birinci cümlesine göre, MİT'e Kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, "*Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.*"

20. Aynı fıkranın devamında, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda MİT Müsteşarı veya yardımcısı tarafından verilen yazılı emrin yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin derhal kaldırılacağı, bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit edilip tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği belirtilmektedir.

21. Müteakip fıkrada iletişimin denetlenmesinin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair hükümler yer almaktadır. Buna göre, iletişimin denetlenmesine yönelik kararlar en fazla üç ay için verilebilecek, bu süre her defasında üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilecek, ancak casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilecektir.

22. Öte yandan, iptali istenen kuralın aksine, burada dinleme tedbirinden sonra elde edilen bilgilerin akıbeti hakkında da önemli güvencelere yer verilmiştir. Buna göre, "*Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.*" Ayrıca elde edilen kayıtların Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı, bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olacağı hükme bağlanmıştır.

23. Dava konusu kuralda ise bu güvencelerden hiçbirine yer verilmemiştir. Kural "*yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın*" ibaresiyle, sadece denetlemenin hâkim kararıyla olması ya da sonradan hâkim onayına sunulması şeklindeki güvenceyi değil, aynı zamanda denetim emrinin verilmesi, emrin icrası ve denetim sonrası aşamalarda haberleşme hürriyetini korumaya yönelik diğer teminatları da devre dışı bırakmıştır.

24. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kuralın haberleşme hürriyetine demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayan bir sınırlama getirdiği, dolayısıyla Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, fıkra da yer alan "*yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim.*" ibaresi yönünden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Zühtü ARSLAN	Engin YILDIRIM	M.Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen on birinci fıkra da yer alan "*yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla.*" ibaresi Mahkememizce incelenmiş kuralın iddia edildiği gibi, Anayasa'nın 2., 7., 20. ve 22. maddelerine aykırı olmadığına beş'e karşı on iki oy çokluğu ile karar verilmiştir.

Benimde katıldığım Mahkememiz red gerekçesine kısmi yetersizliği nedenleri ile karara aşağıda açıklanan ek gerekçeler dahilinde katılmıştır.

İptali istenen dava konusu kurala göre;

MİT'nin önleyici istihbarat elde etmek için analiz yapabilmek amacı ile halen mevzuatımızda (telekomünikasyon aracılığı ile kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için CMK 135. maddesi ya da 2559 ile 2803 sayılı Kanun'da ve de 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında) belirtilen şartlar gerçekleşmese de MİT müsteşarı ya da yardımcısının onayı ile yurt dışında gerçekleştirilen / yabancılar tarafından gerçekleştirilen / ankesörlü telefonlar ile gerçekleştirilen / MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilenlerin / iletişimleri tespit edilebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

İletişimin tespiti için mevcut düzenlemelerde aranan hakim kararı, kural kapsamındakiler yönünden MİT müsteşar ve yardımcısının onay yeterliliği içine alınmış, düzenlemelerde iletişimin tespiti kararı verilebilmesi için aranan diğer suç işlendiğine dair kuvvetli şüphesi ya da demokratik hukuk devletine yönelik ciddi tehlikenin varlığı şartları yerine de yine iptali istenen kural kapsamındaki kişi ya da eylemin gerçekleştirildiği yer ve araçlar yönünden önleyici istihbarat elde etmek ve analiz kabiliyeti amaçlarının unsur olarak eklendiği görülmektedir.

MİT, ülkenin varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine ve Anayasal düzenine, milli gücünü meydana getiren bütün unsurlara karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında istihbarat oluşturmak, bunu ilgili kamu kurumları ile paylaşmak, demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu milli güvenliğin, kamu düzeninin var olması için suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak şeklinde yasal bir görev alanına sahiptir.

Mahkememiz yaptığı değerlendirmede;

Önleyici istihbarat elde etmek ve analiz amacı ile MİT'e iletişim tespit ve kayda alınmasında diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın bir yetki verildiğini, verilen yetkinin özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarına bir sınırlama getirdiğinin açık olduğunu ancak demokratik ülkelerde terör ve casusluk faaliyetlerine karşı istisnai durumlarda iletişimin denetlenmesine ihtiyaç duyulabildiğini, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğü hakkına vaki bir müdahalede, sınırlama rejiminin saydığı nedenlerle bağlı olarak MİT'in bunu uygulayabilecek nitelikte bir kurum sayılacağını, Anayasa'nın 20. ve 22. maddesi kapsamında, kural ile gelen müdahalede hakların korunması ile milli güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması arasındaki makul dengenin kurulduğu ve amaca ulaşmada ölçülü olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca, bu sonuca ulaşırken denetim ilkeleri kapsamı dışında tutulacak dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunacağı amacı dışında ya da kötüye kullanılmasını önleyecek, denetleyecek yasal güvencelerin varlığı da ölçülülüğe gerekçe yapılmıştır.

Sorun kural kapsamında elde edilen bilgilerin akıbetinden ziyade kural ile gelen iletişimin denetlenmesi ve değerlendirilmesinde ilgili yasaların bugün aradığı ve şart koştuğu unsurları aşan bir yetkinin MİT Müsteşar ve yardımcısına verilmesi noktasındadır.

Bu yetkinin amaç ve kapsamı belirlenmeli, kuralın Anayasal haklara getirdiği müdahalenin kanuniliği, gerekliliği ve ölçülülüğü değerlendirilmesi yapılmalıdır. Kararda demokratik toplumda gereklilik değerlendirilmesi yeterince yapılmamış Anayasa'nın 16. maddesinde değerlendirmeye alınmamıştır.

Sınırlamanın MİT'e verilen görev kapsamı içinde "alınması gerekli tedbirler" den olduğuna ilişkin müdahale alanı yönünden başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç

değerlendirilmesi yapıldığında; kanun koyucunun kuralda belirttiği sınırlı alan içinde kalanlardan, yurt dışında bulunanların ülke dışında yaşadıkları süreçte ülke aleyhine yasa dışı faaliyetlerde bulunma kolaylıklarına karşı takipte ve önlemdaki hukuki zorluklar, yurt içinde yaşayan yabancılar yönünden ise bunların ülkede yerleşik düzen nedeniyle bulunmamaları, olanların ise yabancı tabiyet ve kimlik taşımalarının getirdiği farklı hukuki koruma alanları, yabancıların ülke milli menfaatlerinin korunması ve yaşatılmasında beklenilmesi doğal diyemeyeceğimiz hassasiyet yoklukları, farklı duyarlılık ölçütleri ile Anayasa'nın 16. maddesinde öngörülen, yabancının hak ve hürriyetlerinin vatandaştan farklı olarak sınırlanıp düzenlenebilmesine verdiği yetki karşısında getirilen sınırlamanın anılan hakların özünü zedeleyen bir niteliğinden bahsedilemeyeceği ve MİT'in görevlerini yerine getirmesinde gerekli ve zorunlu olduğu görülmektedir.

Ayrıca MİT mensuplarının, MİT'de görev almış olanların veya almak üzere başvuranlar hakkında da kurumun önemi, ödevi, amacı karşısında önleyici istihbarat elde etme ve analiz etme anlamında verilen yetkinin hakka ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemeyecektir.

Yukarıda açıklanan nedenler ile, kural ile gelen müdahale bizatihi demokratik düzenin varlığının ispatı vücudu için gerekli ve korunması amacına erişmek için lüzumlu sınırı aşmamakta ve Anayasa'nın 16. maddesinin öngördüğü yetki sınırı içinde kaldığından çoğunluk görüşüne anılan nedenlerle farklı gerekçe ile katılmıştır.

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 6. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İkinci Cümlesi Yönünden

1. 2937 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının (b) bendinin birinci cümlesinde, MİT'in kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabileceği, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabileceği ve bunlarla irtibat kurabileceği belirtildikten sonra iptali istenen ikinci cümlesinde, bu kapsamda talepte bulunulanların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir.

2. Anayasa'nın 25., 26., 27. ve 28. maddelerinde ifade ve kanaat hürriyeti ve basın özgürlüğü; 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 adil yargılanma ve savunma hakkı; 38. maddesinin beşinci fıkrasında "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*" denilerek kişinin kendisini ve yakınlarını suçlamaya zorlanamaması hakkı güvence altına alınmıştır.

3. Yine Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; ikinci fıkrasında, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranamayacağı ve bunlara el konulamayacağı, yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklayacağı; aksi halde, el koymanın kendiliğinden kalkacağı; üçüncü fıkrasında ise herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı, kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

4. Anayasa'da düzenlenen bu haklar, mutlak olmayıp Anayasa'nın ilgili maddelerinde ve diğer maddelerinde belirtilen gereklere dayalı olarak sınırlandırılabilir. Kuşkusuz bu sınırlama yönünden de Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere uygun davranılması gerekir.

5. Anayasa'nın 20. maddesinde millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, bir kimsenin üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranabilmesi ve bunlara el konulabilmesi için usulüne göre verilmiş hâkim kararı bulunması şartını aramıştır. Hakim kararı şartı yönünden Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı İkinci Bölümünün IV. Başlığı olan "Özel hayatın gizliliği ve korunması" başlığı altında düzenlenen özel hayatın gizliliği(m.20), konut dokunulmazlığı(m.21) ve haberleşme hürriyeti(m.22) ortak hükümler içermektedir.

6. Anayasa'da kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

7. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi gerekmektedir. Ancak iptali istenilen düzenlemede kişisel verileri koruyucu herhangi bir kurala yer verilmeksizin, kapsamı ve sınırları alabildiğine geniş bir alanda tüm kamu ve özel kurum ve kuruluşlarda bulunan kişisel verilere, veri sahipleri ile birlikte bu kurum ve kuruluşların rıza ve muvafakatleri olmasa ve hatta mevzuatta buna engel düzenlemeler bulunsa dahi, güvenlik nedeniyle bir kamu

kurumuna bu verileri de içerebilecek bilgi ve belgeleri verme zorunluluğu getirilmesi belirtilen anayasal güvence ile de bağdaşmaz.

8. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayatın korunması, her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini gerektirir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin rıza gösterdiği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Bu koruma bireyinkendisine ilişkin herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmamasını, yayılmamasını, nakledilmemesini ve bu bilgilere başkalarının ulaşamamalarını da kapsamaktadır.

9. Çağdaş demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, şartları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

10. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. 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. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

11. Konu kişisel veriler olunca, Anayasa tarafından kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin ve Anayasa'nın 2. maddesinde esasları düzenlenen hukuk devletinin ön koşulları arasında yer alan hukuki güvenlik ile belirlilik ilkelerinin gereklerinin yerine getirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hale getirilebilir. Belirtilen ilkeler doğrultusunda, kişisel verileri düzenleyen kanunlarda kişisel verilerin neden ve hangi gerekçeyle temin edileceğine ilişkin olarak konu ve amaç sınırlamasının yapılması yanında bu verilerin kapsamının ve ne şekilde kullanılacağına da belirlenmiş olması gerekmektedir.

12. Mahkememiz 2.10.2014 tarih ve E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararında, internet trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptaline karar verirken dayandığı gerekçelerden bazıları şöyledir: "*Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır...Bu durumda verilerin işlenebileceği hallerin kanunda açıkça yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu*

açıktır...Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlama yasal düzenlemede yer verilmemiştir..."

13. Anayasa Mahkemesinin kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak verdiği diğer kararlarda da ortaya koyduğu bu gerekçeler dikkate alındığında, kişisel verilerin ilgili üçüncü kişiler ya da kamu kurum ve kuruluşları ile paylaşılabilmesi için, söz konusu kişi ve kurumların bu verilere erişebileceği hususunda kanunen yetkilendirilmiş olmaları ve bu verilerin ilgili kurum ve kişilerin görevlerini yapması için gerekli olmasının yanı sıra bu görevlerin yerine getirilmesi ile de sınırlı olması gerekir. Kişisel verilere ilişkin kuralların aynı zamanda kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilmesine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine ilişkin hususlarda bir belirlilik içermesi de gerekmektedir.

14. Buna göre maddenin iptali istenen ikinci cümlesindeki, kendilerinden talepte bulunulan kurum ve kuruluşların, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınamayacaklarına ilişkin düzenleme, bentteki kuralın uygulama kapsamını genişleterek kişileri, kendileri veya yakınları aleyhine suçlayıcı nitelikte delil göstermeye veya meslekleri nedeniyle öğrendikleri ve kişilerin savunma hakkına ilişkin sırları içeren bilgi, belge, veri ve kayıtları vermeye zorlamakta ve böylece anılan anayasal kural ve güvencelerle bağdaşmayacak sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilecek bir nitelik taşımaktadır.

15. Mevzuatımızda sır saklama yükümlülüğüne, bir kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikte beyanda bulunmama hakkı kapsamında düzenlemelere yer verilmiştir. Sözelimi 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "*Sır saklama*" başlıklı 36. maddesinde, avukatlara meslekleri nedeniyle öğrendikleri savunmaya ilişkin bilgilerin mahremiyetini koruma ödevi verilmiştir. Basın Kanunu'nun "*Haber kaynağı*" başlıklı 12. maddesinde süreli yayın sahibinin, sorumlu müdürün ve eser sahibinin, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Aynı şekilde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 45. maddesinde, kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamayacağını öngören düzenlemeler bulunmaktadır. Dava konusu bendin ikinci cümlesindeki kuralla bu bilgileri vermekle yükümlü kuruluşların anılan mevzuatı mazeret göstererek söz konusu bilgileri vermekten kaçınamayacaklarının aksi takdirde hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılacaklarının düzenlenmesi, kişileri anılan nitelikteki (savunmaya ve kişilerin kendilerini ve yakınlarını suçlayıcı nitelikteki) bilgi ve belgeleri de vermeye zorlayabilecek nitelikte olup, bunun anılan haklara ölçüsüz bir müdahaleye neden olacağı açıktır.

16. Kanun'da kişilerin sır saklama, savunma ve kişilerin kendilerini veya yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamama gibi anayasal hakları kapsamında kalan bilgilerin sadece istihbari amaçla kullanılıp başka bir amaçla kullanılmayacağına ilişkin bir güvenceye de yer verilmiş değildir.

17. Bu ilkelere göre itiraz konusu kurala bakıldığında, itiraz konusu düzenlemenin de içerisinde bulunduğu (b) bendi ile MİT'e verilen yetkinin kapsamı hem muhatap kurumlar, hem de üzerinde yetki kullanılacak alan bakımından alabildiğince geniş kapsamlıdır. Buna göre, MİT'e muhatap kurumlar; kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel

kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan oluşmaktadır. Bu belirlemeye göre tüm kurum ve kuruluşlar kapsamında bulunmaktadır. Düzenlemeye göre, MİT bu kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilecek, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi merkezlerinden ve iletişim altyapılarından yararlanabilecek ve bunlarla irtibat kurabilecektir.

18. Milli güvenlik gerekçeleriyle MİT'in erişimine açılan bu alanda kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, anayasal haklarını, kişisel verilerini doğrudan ilgilendiren birçok husus bulunduğu kuşku yoktur. Güvenlik amacıyla bireylerin temel hak ve hürriyetlerine müdahalenin sözkonusu olduğu hallerde kamu makamlarına yetki verilirken temel hak ve hürriyetlerin yeterince korunmasına özen gösterilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Aksi takdirde anayasal güvencelerin bir anlamı kalmaz. MİT'e bu şekilde milli güvenlik amacıyla geniş bir yetki verilecekse, yapılan görevle doğrudan bağlantılı, talebin amacıyla sınırlı ve zorunlu hallerde bu yetkinin kullanılabilmesinin de öngörülmesi, bu sınırların korunmasını sağlayacak ve amaç dışı kullanımına engel olacak tedbirlerin alınması gerekir.

19. Ancak, iptali istenilen kuralda MİT'eki kişilerin anayasal hakları, temel hak ve özgürlükleri ve bu kapsamda olmak üzere kişisel verileriyle ilgili çok geniş bir alanda verilen erişim, işleme, paylaşma, kullanma yetki ve sınırları ile bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslara yer verilmemiştir. Bu anlamda kişisel veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri, arşiv ve kayıtları ve elektronik bilgi merkezleri ile iletişim altyapılarını amaç, kapsam, kullanım ve işleme yetkileri açısından gereksiz, ölçüsüz ve belirsiz biçimde MİT'in erişimine açan kural Anayasa'nın 2., 13., 20., 28. ve 38. maddelerine aykırıdır.

2- 6. Maddesine Eklenen Onbirinci Fıkra da Yer Alan "*yukarıdaki hükümlere ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla.*" İbaresini İle Fıkra da Yer Alan "*yurt dışında veya yabancılar tarafından gerçekleştirilen iletişim ile ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen iletişim.*" İbaresini Yönünden

20. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iptali istenen ibareleri de içeren onbirinci fıkrası ile MİT'e "*önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek*" amacıyla hâkim kararı olmaksızın iletişimi tespit etme yetkisi verilmektedir.

21. Kişilerin iletişiminin tespit edilmesine ilişkin genel düzenlemeler 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. Buna göre, CMK'nın 135. maddesi uyarınca, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve iletişimin tespiti dışında başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması halinde ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde derhal mahkemeye sunulmak üzere Cumhuriyet savcısının kararı ile şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Bu tedbire ancak ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle karar verilebilecektir. Ayrıca maddede bu tedbire başvurulacak durumlar, süresi, şekli ve uygulanması ile ilgili olarak çok ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş, ayrıca, CMK'nın 135. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, "*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*" kuralına da yer verilmek suretiyle, genel hüküm niteliğinde olmak üzere CMK'daki koşullar olmaksızın herhangi bir kimsenin telekomünikasyon yoluyla iletişiminin dinlenilmesi yasaklanmıştır.

22. Ancak, 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Kanun'un 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesine, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev

ve Yetkileri Kanununun Ek 5. maddesine ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen fıkralar ve ek maddeyle CMK'nın 135. maddesinde belirtilen bu hükümlere istisnalar getirilerek anılan kurumların görevleri kapsamındaki faaliyetlerle ilgili olmak üzere iletişimin tespitine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

23. 5397 sayılı Kanunla, 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir;

"Avrupa Birliği (AB) müktesebatı; siyasi kriterler, adalet hizmetleri, iç ve dış güvenlik olmak üzere üç temel sütundan oluşmaktadır. Üçüncü sütunda yer alan "iç ve dış güvenliğinin korunması", devletin istihbarat hizmetlerinin düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Günümüzde, toplum ve devlete gelecek olan tehlikelerin önceden sezilmesi ve bunların önlenmesi için tedbir alınması, demokratik hukuk devletinin korunması açısından, kaçınılmaz bir zorunluluk olmuştur.

Anayasanın koruma altına aldığı özel hayat ve haberleşme özgürlüğüne, devlet tarafından, suç öncesi yapılacak olan müdahalelerin, AB standartlarına uygun olarak bir kanunla yapılması ve sınırlama sebeplerinin bu kanunda gösterilmesi gerekmektedir.

3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile, Anayasanın özel hayat, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyetine ilişkin 20, 21 ve 22 nci maddeleri yeniden düzenlenmiştir. Bu alanlara Devletin müdahale edebilmesi için; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmalı, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de, kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmalıdır. Bunlar bulunmadıkça, kişinin özel hayatına dokunulamaz, konutuna girilemez, haberleşmesi engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Anayasanın 22 nci maddesi, haberleşme hürriyeti açısından istisnalar olabileceğini kabul etmiş ve bunun kanunla belirlenmesini öngörmüştür.

Suç ve suçluluk ile mücadelede istihbarat vazgeçilmez bir araçtır. İstihbarat çalışmaları ise, bilgi toplamak ve depolamak şeklinde olduğundan, özel hayat ve aile hayatı ile yakından ilgilidir. Elektronik yoldan yapılan iletişimin suç öncesi alanda dinlenmesi ise, haberleşme hürriyeti ile ilgilidir. Anayasanın bu düzenlemesi karşısında, Türkiye'de istihbarat hizmetlerinin yapılabilmesi için, kanunla düzenleme yapılması ihtiyacı bir zorunluluk oluşturmaktadır.

Ülkemizde önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi düzenlenmediğinden, hazırlanan Teklif ile, bu önemli eksiklik giderilecektir. İletişimin her ne sebeple olursa olsun dinlenmesi, Anayasamızın 20 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 inci maddeleri ile garanti altına alınmış bulunan "özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına" uygun olarak yapılacaktır".

24. Görüldüğü üzere, kanun koyucu gerek suçların takibi ve suçluların tespiti ve gerekse önleyici amaçlı istihbarat dinlemesi bakımından hakim güvencesinin Anayasa'daki özel hayatın gizliliği ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkin 20. maddenin bir gereği olduğunu kabul etmiştir. Nitekim söz konusu gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesi de dikkate alınarak 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme şöyledir;

"Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir."

25. Bu düzenlemeye göre 5397 sayılı Kanun'la değişen 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilecektir.

26. Fakat gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulacak, yirmidört saatlik sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılacak ve bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilip durum bir tutanakla tespit edilecektir.

27. Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilecek; durum bir tutanakla tespit edilecek ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilecektir.

28. Anılan fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, 2937 sayılı Kanun'da belirtilen amaçlar dışında, yani istihbari amaçlar dışında kullanılamayacak ve elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerli olacaktır.

29. Ayrıca, anılan (Kanun'un 6. maddesinde belirtilen) usul ve esaslara aykırı dinlemeler, hukuken geçerli sayılmayacak ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

30. 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun Ek 7. Maddesi ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun Ek 5. Maddesinde de iletişimin tespiti için aynı yöntem benimsenmiş bulunmaktadır. Buna göre, mevzuatımızda telekomünikasyon aracılığıyla kişilerin iletişiminin tespit edilebilmesi için ya CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartların yahut 2559 ile 2803 sayılı Kanun'da ve 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarında belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

31. İptali istenen ibarelerin de bulunduğu kuralla ise bu hükümlerden farklı bir istisna getirilmekte ve CMK'nın 135., 2559 sayılı Kanun'un Ek. 7., 2803 sayılı Kanun Ek 5. maddelerinde belirtilen şartlar yahut 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci

fıkralarında belirtilen şartlar gerçekleşmese de kişilerin iletişiminin tespitine imkan sağlayan yeni bir düzenlemeye yer verilmektedir.

32. Buna göre, MİT, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla yukarıda belirtilen şartlara ve düzenlemelere (özellikle de CMK'nın 135. maddesi ve 2937 sayılı Kanunu'nun 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkrası arasındaki düzenlemelere) bağlı kalmaksızın, MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla yurt dışında gerçekleştirilen, yabancılar tarafından gerçekleştirilen, ankesörlü telefonlarla gerçekleştirilen, MİT mensupları, MİT'te görev almış olanlar veya görev almak üzere başvuranlarca gerçekleştirilen iletişimler tespit edilebilecek, dinlenebilecek, sinyal bilgileri değerlendirilebilecek ve kayda alınabilecektir.

33. Görüldüğü üzere, iletişimin tespiti yönünden dava konusu kuralla getirilen düzenlemenin, daha önce var olan iki ayrı düzenlemelerden (CMK 135. ve 2937 s.K'nun 6. maddesinin ikinci ve onbirinci fıkraları arasındaki düzenleme) şu iki temel farkı bulunmaktadır:

1. Diğer iki düzenleme uyarınca, iletişimin tespit edilebilmesi için kural olarak *"hâkim kararı"* aranmaktayken, dava konusu düzenlemede *"MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayı"* yeterli görülmekte,

2. İletişimin tespitine karar verilebilmesi için;

a. CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca, *"suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı"*,

b. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca *"Anayasanın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı"*,

şartları aranmaktayken, dava konusu kuralda, yalnızca *"önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla"* iletişimin tespitine imkan sağlanmaktadır.

34. Yani, değişiklikten önce iletişimin tespit edilebilmesi için CMK'nın 135. maddesindeki düzenleme uyarınca bir suç işlenmesi ve iletişimi tespit edilecek kişinin bu suçu işlediğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ya da 2937 sayılı Kanun gereği bir suç işlenmemiş olsa bile Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı ve her iki düzenlemede de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emriyle olsa bile sonuçta hâkim kararı aranmaktayken, dava konusu kurala ilişkin düzenlemede bu koşullar oluşmaksızın da önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla ve hâkim kararı yerine MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla iletişimin tespit edilmesine imkân tanınmaktadır.

35. Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren onbirinci fıkrasında, önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek amacıyla Kanun'un 6. maddesinin iki ila onbirinci fıkralarındaki ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın; MİT Müsteşarı veya yardımcısının onayıyla MİT mensuplarının, MİT'te görev almış olanların veya görev almak üzere başvuranların iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmektedir.

36. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 'belirlilik ilkesi'dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

37. Öte yandan, özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğinin sınırlandırılmasında ilgili Anayasa maddelerinde belirtilen sebeplerin varlığı yanında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

38. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

39. Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir (Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 günlü, E. 2013/67, K. 2013/164 sayılı kararı).

40. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacağı, müdahalenin yetkili merciin kararı ile yapılması halinde ise bunun yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması gerektiği belirtilerek hâkim kararı olmaksızın haberleşme hürriyetinin gizliliğine dokunulamayacağı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

41. Maddenin üçüncü fıkrasında ise *"İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."* denilerek bu kuralın da mutlak olmadığı ve bu kurala da bazı kurumlar yönünden sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir.

42. Ancak bu istisna, aktif bir süje olarak haberleşme hürriyetini hâkim kararı olmaksızın sınırlayabilecek kurumlar yönünden değil, pasif bir nesne olarak hürriyeti sınırlandırabilecek kurumlar yönünden tanınmıştır. Bir başka ifadeyle, bu istisna ile herhangi bir kuruma başkalarının iletişimine hâkim kararı olmaksızın müdahale etme yetkisi verilmemekte, cezaevleri gibi özel niteliği bulunan bazı kurumlarda hâkim kararı olmaksızın iletişime müdahale edilmesi yetkisi verilebileceği düzenlenmektedir.

43. Nitekim madde gerekçesinde, *"Maddeye 'İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.' fıkrası eklenmiştir. Böylece haberleşme hürriyetinin ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirleneceği öngörülmüştür."* denilmek suretiyle bu husus açıkça vurgulanmıştır.

44. Buna göre, anılan istisna uyarınca hâkim kararı olmaksızın bazı kurumlarda haberleşme hürriyetine ve gizliliğine sınırlamalar getirilmesi mümkünse de herhangi bir kurum veya kuruluşun hâkim kararı olmaksızın veya sonradan hâkim onayına sunulmak üzere yetkili merciin emri olmaksızın başkalarının haberleşme hürriyetine ve gizliliğine müdahale etmesi mümkün değildir.

45. İptali istenen kuralla MİT'e, *"önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek"* gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alanda ve Kanunun bu konuda sınırları ortaya koyan nitelikteki düzenlemelerine ve diğer kanunlardaki düzenlemelere bağlı kalmaksızın iletişimin dinlenmesi yetkisi verilmiştir. Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğüyle ilgili 20. ve 22. maddelerinde bu hak ve özgürlüklerin ancak *"millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak"* usulüne göre verilmiş hâkim kararı ya da yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile sınırlamaya cevaz verirken, iptali istenen düzenlemede öngörülen sınırlama nedeni Anayasadaki sınırlama nedenlerinden millî güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olmakla birlikte bunları aşan *"önleyici istihbarat elde etmek ve analiz yapabilmek"* gibi tamamen belirsiz ve geniş bir alana ilişkin bir nedenle hakim güvencesi de olmaksızın iletişimin tespitine imkan vermektedir.

46. Ayrıca, dava konusu ibareyle hiçbir sınırlama ve ayırım ölçütü kullanılmaksızın yurt içindeki tüm yabancıların iletişimi ile yurtdışındaki herkesin iletişiminin, bu çerçevede örneğin yurt dışına seyahat etmek üzere çıkan vatandaşların iletişiminin tespit edilmesine, dinlenebilmesine, kayda alınmasına ve iletişim sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine izin verilmesi, sınırlandırma aracı ile sınırlandırma amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi ortadan kaldırmakta ve Anayasa'nın 20. ve 22. maddesiyle güvence altına alınan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği haklarının ölçüsüz şekilde sınırlandırılmasına neden olmaktadır.

47. Açıklanan nedenlerle iptali istenen ibarelerle oluşan düzenleme Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 22. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3- Kanun'un 6. Maddesiyle 2937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İkinci Cümlesi

48. 2937 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, MİT mensuplarına ilişkin özel soruşturma ve kovuşturma usulleri düzenlenmektedir.

49. Bu değişiklikten önce de mevcut olan, maddenin birinci fıkrası uyarınca, MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından görevlendirilenlerin görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılması Başbakanın iznine bırakılmıştır. Buna göre, Başbakanın izni olmaksızın herhangi bir MİT görevlisi hakkında işlediği görev suçuyla ilgili bir soruşturma başlatılması veya yürütülmesi mümkün bulunmamaktadır. İptali istenen Kanunla bu düzenlemeden sonra gelmek üzere eklenen fıkra da dava konusu cümleyi de içeren şu kurala yer verilmiştir;

"Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirirler. MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi

veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapılmaz ve herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaz. Ancak birinci fıkra hükümlerine göre işlem yapılabilir."

50. Fıkra ile *"MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarına ilişkin"* tüm soruşturma işlemleri bakımından *"MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde"* mutlak bir koruma sistemi öngörmekte, bu durumda kurum ve mensupları hakkında adli yönden koruma tedbirleri de dahil olmak üzere herhangi bir işlem yapılması yasaklanmaktadır. Böylece suçların takibi, soruşturma ve kovuşturma işlemleri bakımından adli mercilerin yetkileri ortadan kaldırılarak inisiyatif tamamen MİT'e verilmektedir.

51. Fıkra da geçen *"ile mensuplarına"* ibaresinin kendinden önce gelen *"MİT görev ve faaliyetleri"* ibarelerine ve birinci fıkraya izafeten kullanıldığı, dolayısıyla bu ibarenin kendinden önce gelen ibarelerden ve fıkradan bağımsız/ilgisiz olamayacağı ve kendisinden önce gelen ibare ve fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde, ibarenin *"ile mensuplarının görev ve faaliyetleri"* anlamında kullanıldığının tespiti hâlinde, kuralın sadece görev suçlarına ilişkin bir izin sistemini içerdiği söylenebilirse de, düzenlemede buna ilişkin bir belirginlik söz konusu olmadığı gibi görev suçları yönünden zaten bir önceki fıkra da düzenleme olması nedeniyle kuralla örtülü olarak kişisel suçları da kapsayan bir izin sisteminin öngörüldüğü sonucuna ulaşılmaktadır.

52. Kural gereğince Cumhuriyet savcıları, MİT görev ve faaliyetleri ile mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde MİT Müsteşarlığına bildirimde bulunacaklar ve bu bildirim üzerine, MİT Müsteşarlığının, konunun görev ve faaliyetlerine ilişkin olduğunu belirtmesi veya belgelendirmesi hâlinde adli yönden başkaca bir işlem yapamayacak ve herhangi bir koruma tedbiri uygulayamayacaklardır. Ancak bu durumda da maddenin ilk fıkrasında belirtilen kural gereği görev suçu olduğu anlaşılan eylemin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan izin alarak soruşturma yapabileceklerdir.

53. Görüldüğü üzere, dava konusu kuralın da bulunduğu fıkra ile, MİT mensuplarının görevsuçlarına ilişkin maddenin birinci fıkrasında düzenlenen soruşturma usulünde herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır. Soruşturma izni, bir ceza muhakemesi müessesesi olup kural olarak bu izin alınmadan herhangi bir soruşturma işleminin yapılması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim bu hususları tüm memurlar ve kamu görevlileri yönünden genel olarak düzenleyen 2.12.1999 günlü, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında, *"Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyetle bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler."* denilmek suretiyle bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

54. Belirtilen açıklamalar karşısında dava konusu kuralın yer aldığı fıkra hiç düzenlenmemiş olsaydı bile maddenin birinci fıkrasının amir hükmü gereği, MİT mensuplarının görev suçlarıyla ilgili soruşturma izni alınmadan bunlar hakkında adli bir işlem yapılması veya bir koruma tedbirinin uygulanması zaten mümkün bulunmamaktaydı. Dolayısıyla bu kuralın yalnızca görev suçlarını kapsayacak şekilde anlaşılması halinde birinci fıkra da düzenlenen durumun farklı şekilde ifade edilmesine neden ihtiyaç duyulduğu sorusu açıkta kalacaktır. Bu nedenle burada amacın, birinci fıkradaki korumanın hem suçlar hem de korumaya alınan kişiler

açısından genişletilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bir an için fıkra düzenlenen durumun görev suçlarına ilişkin olduğu düşünülse bile burada kişisel suç-görev suçu ayrımının yapılmasında dahi inisiyatif tamamen MİT'e bırakılmış bulunmaktadır.

55. 5271 sayılı CMK'nın 160. ve devamı maddelerine bakıldığında bir eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suça vücut verip vermediği ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına bırakıldığı görülmektedir.

56. İptali istenen kural gereğince, bir suç şüphesi durumunda Cumhuriyet savcısının, suçun MİT mensuplarının görev ve faaliyetlerine ilişkin olup olmadığına bakmaksızın bir başka ifadeyle kişisel suçlar yönünden de eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına sorması ve eğer yanıt olumlu olursa hiçbir adli işlem yapmaksızın tıpkı görev suçlarında olduğu gibi soruşturma izni istemesi gerekmektedir. Yani bu durumda, Cumhuriyet Savcısı yargı yetkisini kullanabilip kullanamayacağını MİT'e sorarak öğrenecek, MİT'in cevaz vermesi halinde ve verdiği kapsamda bu yetkisini kullanabilecektir. Bu durum, Kanun'un bir başka hukuki müessese için kabul ettiği bir usulün, öngörülmeyle başka bir alanda kullanılabilmesine neden olabilecektir ki, bu durumun keyfiliğe neden olması ihtimali karşısında Devletin her türlü işlem ve eyleminin hukuka uygun olması gerektiği yönündeki hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

57. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiş ve 125. maddesinin birinci fıkrasında *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."*denilerek, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olacağı ilkesi kural olarak benimsenmiştir.

58. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, ünvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrılan özel soruşturma ve kovuşturma usullerine yer verilebilmekte, bu çerçevede kamu görevlileri yönünden genel yetki kurallarından ayrılarak ve çeşitli kriterler baz alınarak *"kişi bakımından yetki kuralları"*belirlenebilmektedir. Anayasa koyucu ve kanun koyucu, uluslararası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlar hakkında ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyecek, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi sağlanacak hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğraması engellenecektir. (Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 günlü, E. 2012/19, K.2013/17 sayılı kararı).

59. Nitekim Anayasa'nın 128. maddesinin son fıkrasında *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır."* denilmek suretiyle kamu görevlileri yönünden özel soruşturma usullerinin uygulanması anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

60. İptali istenen kuralda da anılan çerçevede milli güvenlik yönünden önemli görevler yürüten MİT mensuplarının yürüttükleri görevin niteliği nedeniyle özel bir soruşturma usulüne tabi kılınmak istendiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, izlediği ceza politikası uyarınca

kanunlarla belirlenen görevlerini en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirmesini sağlamak ve gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramasını önlemek üzere MİT mensupları yönünden farklı bir soruşturma usulü benimsemesinin takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.

61. Ancak yapılan düzenlemeye bakıldığında, kural gereği Cumhuriyet savcısı, MİT mensuplarının sadece görev ve faaliyetlerine ilişkin eylemlerine değil, suç konusu olabilecek herhangi bir eylemine bu arada şahsi suçlarına konu olabilecek eylemlerine ilişkin bir ihbar veya şikâyet aldığı anda veya böyle bir durumu öğrendiğinde de bunların MİT'in görev ve faaliyetleri kapsamında kalıp kalmadığını MİT Müsteşarlığına soracak ve eylemin görev kapsamında kaldığının belirtilmesi durumunda, eylemin şahsi suç kapsamında kaldığını tespit etmiş olsa bile hiçbir adli işlem yapamayacaktır. Yalnızca, görev suçları için öngörülen prosedürü işleterek eylemin soruşturulabilmesi için Başbakan'dan veya Müsteşar'dan soruşturma izni isteyebilecektir. Bu prosedür uygulanmadan önce Cumhuriyet savcısının adli yönden hiçbir işlem yapamaması ve herhangi bir koruma tedbirinin uygulanamaması nedeniyle izin alınmış olsa dahi yürütülecek soruşturmanın sağlıklı ve etkili olabilmesi de mümkün değildir.

62. Yani bu halde, yasama dokunulmazlığına sahip bir milletvekili bile ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren meşhud bir şahsi suç işlediğinde hakkında derhal soruşturma başlatılabilirken, bir MİT mensubu aynı suçu işlediğinde soruşturma başlatılamayacak, bu eylemin MİT'in görevi kapsamında kalıp kalmadığı sorulacak ve eğer MİT, eylemin görevi kapsamında kaldığını belirtirse hiçbir adli işlem yapılamayacak, sadece söz konusu eylem için soruşturma izni istenebilecektir.

63. Kuralla CMK'nın 160. ve devamı maddeleri uyarınca Cumhuriyet savcılarının, eylemin kamu davası açılmasını gerektirecek nitelikte bir suça vücut verip vermediğini ve suçun nitelendirmesini yapma, bu yönüyle suçun görev suçu olup olmadığını belirleme yetkisi, MİT mensupları yönünden ortadan kaldırılmakta ve bu yetki MİT Müsteşarlığına verilmektedir.

64. Bu durum karşısında dava konusu kuralla MİT mensuplarının her türlü eylemini değerlendirme, bu yönüyle bu eylemlerin görev suçu kapsamında kalıp kalmadığına karar verme yetkisinin yargı mercilerinden alınarak MİT'e verilmesi, MİT'e bazı şahsi suçları, görev suçu kapsamında değerlendirerek bunların özel bir soruşturma usulüne tabi kılınabilmesi imkânını tanımakta, bu yönüyle Kanun'un başka bir hukuki müessese için kabul ettiği usulün, öngörülme-yen bir alanda kullanılması keyfiliğine izin vermektedir. Kanun'un öngördüğü yeni usul, çok geniş bir alanla ilgili olarak suç teşkil edebilecek eylemlerin gerçekleşme şartlarının ve olası cezai sorumlulukların belirlenmesi imkânını ortadan kaldıracak bir nitelik taşımaktadır. Bu nitelikteki bir düzenlemeyi hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını öngören Anayasa'nın 138. maddesi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

65. Hukuk devletinde, Devletin her türlü işlem ve faaliyetinin hukuka uygun olması, kamu görevlilerinin hukuk dışına çıkan eylemlerinin etkili biçimde soruşturulması ve yargı bağımsızlığının en üst seviyede korunması gerekir. İptali istenen ibare bu niteliklere tamamen aykırı bir düzenleme içerdiğinden hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

66. Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırıdır.

4- Kanun'un 6. Maddesiyle 1937 Sayılı Kanun'un 26. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesi

67. 1937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin dava konusu kuralı içeren dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, MİT Müsteşarına ilişkin olarak özel bir soruşturma usulü düzenlenmektedir.

68. Daha önce belirtildiği üzere 1937 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tüm MİT mensuplarının bu arada MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlardan dolayı soruşturulabilmesi Başbakanın iznine bağlı bulunmaktadır.

69. Dava konusu kuralda, hem bu izin usulüne hem de izin verilmesi halinde yürütülecek soruşturmaya ilişkin olarak MİT Müsteşarı yönünden yeni kurallar belirlenmekte, böylece MİT Müsteşarı, diğer MİT mensuplarına göre ayrı bir soruşturma rejimine bağlanmaktadır. Bu çerçevede, kural uyarınca MİT Müsteşarı hakkındaki soruşturmalarda, 25.10.1963 günlü ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 15/A maddesinin üçüncü fıkrasının son iki cümlesi ile beş, altı ve yedinci fıkralarında yer alan usul ve hükümler uygulanacaktır.

70. Buna göre, MİT Müsteşarının görevini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işlediği iddia olunan suçlar hakkındaki soruşturmalarda Başbakandan soruşturma izni istenecek, Başbakanın vereceği *"izin verme veya vermeme"* kararına karşı ilgililer on gün içinde Cumhurbaşkanlığına itiraz edebilecek ve itiraz sonucu Cumhurbaşkanının verdiği karar kesin olacaktır. Yani bu karara karşı yargı yolu kapalı olacaktır. MİT müsteşarı hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Cumhurbaşkanınca verilecek karar üzerine herhangi bir soruşturma açılması mümkün olmayacaktır.

71. Cumhurbaşkanının soruşturmaya izin yönünde karar vermesi veya Başbakanın soruşturma izni verilmesine ilişkin kararına süresinde itiraz edilmemesi hallerinde ise MİT müsteşarı hakkında soruşturma aşamasına geçilecek, fakat bu soruşturmayı ilgili Cumhuriyet savcısı değil Başbakanın denetim elemanları arasından belirleyeceği üç kişilik soruşturma kurulu yapacaktır.

72. Soruşturma kurulu, bu soruşturmayı yürütürken 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Cumhuriyet savcısına tanıdığı bütün yetkilere sahip olacak ve soruşturma sırasında hâkim kararı alınması gereken hususlarda yetkili mahkemelere başvurabilecektir. Kurul, yaptığı soruşturma sonucunu bir rapor ile tespit ederek Başbakana sunacak, Başbakan, kamu davasının açılmasına gerek görürse ilgili Yargıtay dairesinde dava açılacak, ancak gerek görmezse kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verecek ve bu karar kesin olacaktır. Bir başka ifadeyle Başbakanın kovuşturma yapılmasına yer olmadığı yönündeki kararına karşı yargı yolu kapalı olacaktır. Görüldüğü üzere dava konusu kuralla sadece MİT Müsteşarının soruşturulmasına ilişkin izin prosedürünün nasıl işleyeceği düzenlenmemekte, aynı zamanda izin verilmesi halinde söz konusu soruşturmanın yapılmasına ilişkin olarak özellikle soruşturmayı yürütecek merci yönünden genel kurallardan ayrılan özel bir soruşturma usulü benimsenmektedir.

73. 6519 sayılı Kanun'un 61. maddesiyle 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesi ile ilgili olarak Mahkememizce verilen 14.1.2015 günlü,

E:2014/89 ve K:2015/3 sayılı kararda, iptali istenilen ibare ile itiraz makamı olarak Cumhurbaşkanlığı makamının belirlenmiş olması nedeniyle, hem suçtan zarar görenlerin hem de soruşturulacak kimselerin soruşturma izni verilmesi veya verilmemesi kararlarına karşı yargısal denetime başvurma imkânının ortadan kaldırılmış olduğu, bu haliyle Başbakanın ve İçişleri Bakanının anılan işlemlerinin yargı denetimi dışına çıkarılmasının, Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında saydığı, kişi ya da kurumların yanı sıra idarenin ve yasama organının da anayasal ilkelerle bağlı olduğu anlamına gelen "*hukuk devleti*", "*hak arama özgürlüğü*" ve "*idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması*" ilkelerine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 36., 105. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ve fıkranın son cümlesi ile birlikte iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmamıştık. İptali istenen düzenleme 353 sayılı Kanun'a 15. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 15/A maddesine yollama yapıldığından anılan karşıoy gerekçeleri burada da geçerlidir.

74. Belirtilen gerekçelerle kuralın iptaline karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadık.

75. Açıklanan nedenlerle, 17.4.2014 tarihli ve 6532 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yukarıda belirtilen kuralları ile yapılan düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN