

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2017/21

Karar Sayısı : 2020/77

Karar Tarihi : 24/12/2020

R.G.Tarih-Sayısı : 8/4/2021-31448

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür Özel ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

A. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

B. 3. maddesinin;

1. (a) bendinde yer alan "...otuz günü..." ibaresinin,

2. (c) bendinde yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde,..." ibaresinin,

3. (ç) bendinde yer alan "...dosya üzerinden..." ibaresinin,

4. (e) bendinde yer alan "...bir kişi..." ibaresinin,

5. (g) bendinde yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresinin,

6. (h) bendinin;

a. Birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. İkinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

7. (ı) bendinin;

a. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Dördüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

8. (i) bendinin birinci cümlesinin,

9. (j) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresinin,

10. (k) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresinin,

11. (l) bendinde yer alan “...*Cumhuriyet savcısının kararıyla...*” ibaresinin,

12. (m) bendinin birinci cümlesinin,

C. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “*Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

1. (1) numaralı fıkrasının “...*657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.*” bölümünün,

2. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...*sözlü sınav başarı sırasına göre...*” ibaresinin,

Ç. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

D. 38. maddesinin,

E. 39. maddesinin “*Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...*” bölümünün,

Anayasa’nın 2., 10., 15., 17., 19., 26., 28., 30., 35., 36., 38., 90., 125. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun’un iptali talep edilen kuralların da yer aldığı;

1. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

“(4) *Milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan ve ekli (2) ve (3) sayılı listelerde yer almayan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları, ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakan onayı ile kapatılır. Bu fıkra kapsamında kapatılan kurum ve kuruluşlar hakkında da üçüncü fıkra hükümleri uygulanır.*”

2. 3. maddesi şöyledir:

“*Soruşturma ve kovuşturma işlemleri*

MADDE 3- (1) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

a) *Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkında verilen gözaltı süresi otuz günü geçemez.*

b) *Hakkında yürütülen soruşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurtiçinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcılığı tarafından kendisine*

ulaşılamayan şüpheliye de kaçak denir. Bu kişiler hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 247 nci ve 248 inci maddelerinin ikinci fıkraları uygulanmaz.

*c) Tutukluluk kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; **yerinde görmezse en çok on gün içinde**, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.*

*ç) Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte **dosya üzerinden** karara bağlanır.*

d) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir.

*e) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan **bir kişi** bulundurulur.*

f) Askerî mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir.

*g) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları **adli kolluk görevlileri** tarafından da incelenebilir.*

ğ) Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Kanunun 45 inci ve 46 ncı maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile elkonulabilir.

*h) Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.*

*ı) 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.*

i) Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.

*j) 5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren **on gün** içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun süreceği olması halinde bu araç ve gereçlere elkonulabilir. İşlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.*

k) 5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 inci maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik

araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını **beş gün** içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını **beş gün** içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar.

l) Müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise **Cumhuriyet savcısının kararıyla** kısıtlanabilir.

m) **Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilir.** Bu zaman zarfında ifade alınamaz.

n) Yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkiminden de karar alabilir.

o) Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturmanın gerekli kılması halinde yargı çevresi içindeki mülki idare amirliklerinden bina, araç, gereç ve personel talebinde bulunabilir.

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

3. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 652 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye (KHK) eklenen ek 4. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Öncelikle kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde olmak üzere Bakanlığın boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında **657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.**

(2) Sözleşmeli öğretmenler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde öngörülen genel şartlar ile öğretmen kadrosuna atanabilmek için aranan özel şartları taşıyanlardan Kamu Personel Seçme Sınavı puan sırasına konulmak kaydıyla alım yapılacak her bir pozisyonun üç katına kadar aday arasından Bakanlık tarafından yapılacak **sözlü sınav başarı sırasına göre** atanır. Sözleşmeli öğretmenliğe yapılan atama, sözleşmenin imzalanmasıyla geçerlilik kazanır. Sözleşme, imzalanmadan herhangi bir hak doğurmaz.”

4. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) **15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.**”

5. 38. maddesi şöyledir:

“Yürütmenin durdurulması

MADDE 38- (1) Olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.”

6. 39. maddesi şöyledir:

“Yürürlük

MADDE 39- (1) Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer maddeleri yayımı tarihinde yürürlüğe girer.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İÇTüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 9/2/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi

3. Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la değiştirilmeden önceki 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde "...*olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararname*lerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz" hükmüne yer verilerek olağanüstü dönem KHK'ları Anayasa Mahkemesinin yargısal denetiminin dışında bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi 2/11/2016 tarihli ve E.2016/171, K.2016/164 sayılı kararında olağanüstü hâl KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerektiğini ifade ederek Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri gözönünde bulundurulduğunda olağanüstü hâl KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetiminin mümkün olmadığına karar vermiştir.

4. Bununla birlikte olağanüstü hâl KHK'larının Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından onaylanarak kanunlaşması hâlinde bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İptal davasına konu edilen 6755 sayılı Kanun, olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 668 sayılı KHK'nın TBMM tarafından onaylanması sonucunda yürürlüğe girmiştir. Bu itibarla dava konusu kurallar diğer kanun hükümleri gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmakla birlikte bu denetim yapılırken söz konusu kuralların olağanüstü hâl'e yönelik düzenlemeler içermesi nedeniyle öncelikle inceleme yönteminin belirlenmesi gerekir.

5. Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına ilişkin olarak olağan ve olağanüstü dönemler için iki ayrı hukuki rejim öngörmektedir. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimi Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmişken olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ya da kullanılmasının durdurulması rejimi Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

6. Anayasa'nın 13. maddesine göre "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

7. Anayasa'nın 15. maddesine göre ise "*Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar*

için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir./ Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

8. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler Anayasa'nın 13. maddesinde yer alırken *savaş, seferberlik ve olağanüstü hâllerde* hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, hatta kullanılmasının durdurulması özel olarak Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesiyle bu hususta tanınan yetki de sınırsız değildir. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmemesi ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekmektedir. Ayrıca bu durumlarda dahi kişinin yaşam hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulması, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması ve bunlardan dolayı suçlanması yasaklanmış; suç ve cezaların geriye yürütülmesi ilkesi ile masumiyet karinesinin bu hâllerde de geçerli olduğu kabul edilmiştir.

9. Olağanüstü hâl yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejiminin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlikeler altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemlerde, söz konusu tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için kuralın olağanüstü hâlin gerekli kıldığı durumla ilgisinin bulunması gerekir.

10. Olağanüstü hâl KHK'larının kanunlaşmasından sonra bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesinde ilgili kuralın tabi olduğu sınırlama rejimi tespit edilmelidir. Zira söz konusu düzenlemelerde olağanüstü hâle ilgili kuralların yanında olağanüstü hâle ilgisi olmayan kurallara da yer verilebilmesi bu tespitin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

11. Kanunlaştırılarak yargısal denetime açılan bir kuralın Anayasa'nın olağanüstü dönem için öngördüğü denetim rejimine tabi olabilmesi için kural, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmalı ve olağanüstü hâl süresiyle sınırlı uygulanmalıdır. Dolayısıyla ancak bu iki niteliği taşıyan bir kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması ve durdurulmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi esas alınabilir.

12. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmadığı ya da olağanüstü hâlin süresini aştığı durumlarda ise söz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda kurala ilişkin inceleme sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ile olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır. Ancak buradaki anayasallık denetiminde varılan sonuç böyle bir düzenlemenin olağanüstü dönemde dahi yapılamayacağı şeklinde anlaşılamaz.

13. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'nın 15. maddesinde üç ayrı ölçüt öngörülmüştür. Bu ölçütlerden ilki anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan ve çekirdek alan olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlüklere dokunma

yaşadığıdır. Buna göre olağanüstü dönemde de olsa savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

14. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ikinci ölçüt kuralların milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamasıdır. Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

15. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gelmektedir. MSHUS'nin 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre milletin yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla bu haklar yönünden yapılacak ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

16. Bununla birlikte MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre olağanüstü durumlarda da hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin *ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken* gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir. Bu nedenle belirtilen hak ve özgürlükler Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlükleri sınırlayan tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez. Dolayısıyla bu haklara ilişkin düzenlemelerde sözü edilen sözleşme hükümlerinin gözetileceği tabiidir.

17. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan üçüncü ölçüt ise olağanüstü hâl döneminde temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kuralların *durumun gerektirdiği ölçüde* olmasıdır. Anılan maddedeki ölçülülük *olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan durum* karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlamaya izin vermektedir.

18. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulacak aracın amacı gerçekleştirilmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir. Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikelerin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca tedbire konu temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama durumun gerektirdiği oranda

olmalıdır. Bir başka deyişle alınan tedbirle temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlama durumun gerektirdiği oranı aşarak keyfi niteliğe dönüşmemelidir.

19. Ölçülülüğün tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama teşkil eden tedbirin ölçülülüğüne ilişkin unsurlar değerlendirilirken olağanüstü yönetim usulünün uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikeler, sınırlamaya konu hak ve özgürlüğün niteliği ve tedbirin alındığı zamanın da gözönünde bulundurulması gerekir.

20. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması dışında temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki *durdurma* kavramı o hakkın tamamen kullanılamaz hâle gelmesi değil, onun kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması niteliğindeki tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

21. Olağanüstü yönetim usulünün uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamayı konu edinen kurallara ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanması gerektiği durumlarda da bu maddeye ilişkin inceleme yapılmadan önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde yürürlüğe konulan ve temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebilir. Anılan şekilde inceleme yapılması Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan "... *Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*" hükmünün de bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında bu konuya ilişkin olarak vermiş olduğu ilk karar olan *Aydın Yavuz ve diğ.leri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017) kararında da aynı inceleme yöntemi benimsenmiştir (aynı kararda bkz. §§ 193-195).

22. Buna göre yapılan incelemede kuralın Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığı tespit edilmesi durumunda ayrıca Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılmasına gerek kalmayacaktır. Zira Anayasa'nın 15. maddesi yönünden bir inceleme yapılabilmesi için öncelikle kuralın Anayasa'nın olağan dönem için öngördüğü güvencelere aykırılık taşıdığı tespit edilmesi gerekmektedir. Kuralın temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez sınırlamanın *savaş, seferberlik veya olağanüstü hâl* dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesine uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır.

23. Bununla birlikte Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü dönemlerde sınırlandırılmasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda bazı temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin sebep ve şartlar ilgili maddede özel olarak somutlaştırılmıştır. Bu nedenle anılan nitelikteki temel hak ve özgürlüklere temas eden olağanüstü hâl kurallarının anayasallık denetiminde Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınıp alınmadığının tespiti bakımından ayrıca Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvenceler yönünden bir inceleme yapılması gerekli değildir. Bu gibi düzenlemelerin anayasallık denetiminde doğrudan Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygunluğunun tespit edilmesi gerekir.

B. Kanun'un 2. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

24. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın olağanüstü hâl ilanına neden olan darbe girişiminde bulunan terör örgütüyle sınırlı olmaksızın millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunan ve ekli listelerde yer almayan özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, gazetelerin, dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının ilgili bakan onayıyla kapatılmasına ve bunların taşınır ve taşınmazlarına el konulmasına imkân tanıdığı, millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı kavramının kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu, kapatılan kuruluş, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü mal varlığının Hazineye devri sonucunu doğuran kuralın olağanüstü hâlin ilan sebebi ve amacıyla ilgili olmadığı, kuralın olağanüstü hâlin sona ermesinin ardından da etkisini sürdüreceği sürekli ve kalıcı niteliğe sahip olduğu, kurula konu tedbirin ölçülü olmadığı, kapatılması öngörülen özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, gazetelerin, dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının taşınır ve taşınmazlarına el konulmasının genel müsadere cezası anlamına geldiği, bu itibarla kuralın mülkiyet hakkına aykırı bir düzenleme olduğu, ifade, basın ve haber alma ile süreli ve süresiz yayın hakkının demokratik bir toplumda zorunlu olmayan ölçüde sınırlandırıldığı ve bu durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 26., 28., 30., 35., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a. Fıkranın Birinci Cümlesi

25. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

26. Kural millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakanın onayı ile kapatılmasını öngörmektedir.

27. Kural olağanüstü halin ilanına neden olan tehdit veya tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresini aşacak biçimde uygulanmaya imkân vermektedir. Başka bir ifade ile kural olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu nedenle kurula ilişkin inceleme sınırlamada bulunulan hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın diğer hükümleri ve elbette olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan 13. maddesi bağlamında yapılmalıdır (aynı yöndeki kararlar için bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 50; AYM, E.2017/16, K.2019/64, 24/07/2019, § 42).

28. Anayasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu belirtildikten sonra 26. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil bunları açıklama ve yayma biçimleri ve araçları da güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ibaresiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

29. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında "*Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.*" denilmek suretiyle basın özgürlüğü temel hak ve özgürlükler arasında sayılmış ve güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise "*Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır*" hükmüne yer verilmek suretiyle bu hakkın mutlak olmadığı ve Anayasa'nın 26. ve 27. madde hükümlerine göre sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca söz konusu maddenin son fıkrasında ise Türkiye'de yayımlanan süreli yayınların belirli şartlar altında mahkeme kararı ile kapatılabileceği öngörülmüştür.

30. Basın özgürlüğü, haber alma, düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, eleştirme ile bunlara ilişkin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Basın özgürlüğü düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini sağlar. Bu bağlamda basın özgürlüğü ile ifade özgürlüğü arasında bir bağ bulunmaktadır. Gerçekten de gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın özgürlüğü de ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir. Nitekim basın özgürlüğü AİHS'te ayrı bir madde olarak değil ifade özgürlüğünün düzenlendiği madde kapsamında koruma altına alınmıştır.

31. Dava konusu kural özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilerin, yayınevi ve dağıtım kanallarının belirli şartlar altında kapatılmasını öngörmek suretiyle ifade ve basın özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir.

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

33. Anayasa'nın anılan maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

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

35. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da ifade edildiği üzere hukuk devletinin gereklerinden biri olan belirlilik; bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır.

36. Kuralda milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları, ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyonun teklifi üzerine ilgili bakan onayı ile kapatılacağı belirtilmekte olup kuralda geçen aidiyet kavramı ilişkinlik, iltisak kavramı kavuşan, bitişen, birleşen; irtibat kavramı ise bağlantı anlamına gelmektedir. Anılan kavramlar genel kavram niteliğinde olmakla birlikte bunların belirsiz ve öngörülemez nitelikte olduğu söylenemez. Bu kavramların hukuki niteliği ve objektif anlamı yargı içtihatlarıyla belirlenebilecek durumdadır.

37. Diğer yandan anılan kavramların içinde bulunulan döneme göre farklı yorumlanabilmesi de mümkündür. Bu bağlamda olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikeler gözetilerek olağanüstü hâl döneminde milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunup bulunmadığının tespiti bakımından anılan yapı, oluşum, grup ya da terör örgütleriyle üyeler arasındaki bağın varlığı konusunda yapılacak değerlendirme ile olağan dönemde yapılacak değerlendirmenin farklı olabileceğinin kabul edilmesi gerekir (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, §§ 30, 31).

38. Olağan dönemde anılan bağın varlığına yönelik olarak yapılacak değerlendirmenin somut olgulara dayalı bir temele sahip bulunması esasının benimsenmesi, kanunların Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması gereğinin doğal bir sonucudur. Buna göre kural uyarınca ancak kapatılmayı haklı kılacak nitelikte olgusal temele sahip olan bağlantıların aidiyet, iltisak ve irtibat olarak değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu kapsamdaki değerlendirme ise ilgili bakan tarafından oluşturulacak komisyon ve bakan tarafından yapılacak olup söz konusu değerlendirme sırasında komisyon ve bakan, kendisine yapılan bildirimlerle bağlı olmaksızın her türlü olay, olgu, bilgi ve bulguyu serbestçe gözetecektir.

39. Bunun yanı sıra kuralda öngörülen anılan yapı, oluşum, grup ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olma durumu farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden bunların kanun koyucu tarafından önceden belirlenmesi ve kanunda tek tek sayılması zorunluluğundan da söz edilemez. Zira kanunların 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. Bu itibarla kuralda temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması gerektiğine ilişkin anayasal ilkeye aykırı bir yön bulunmamaktadır.

40. İfade özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 26. maddesinde söz konusu hakkın sınırsız olmadığı, "...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 belirtilmiştir. Basın özgürlüğünün düzenlediği Anayasa'nın 28. maddesinde de basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. maddedeki hükümlerin uygulanacağı ifade edilmiştir.

41. Kuralın millî güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanallarının kapatılmasına imkân tanımak suretiyle millî güvenliğin, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunmadığı söylenemez.

42. Anayasa'nın 28. maddesinin son fıkrasında ise “*Türkiye’de yayımlanan süreli yayınlar, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Cumhuriyetin temel ilkelerine, milli güvenliğe ve genel ahlâka aykırı yayımlardan mahkûm olma halinde, mahkeme kararıyla geçici olarak kapatılabilir. Kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar hâkim kararıyla toplatılır.*” denilmek suretiyle süreli yayınların mahkeme kararı olmaksızın kapatılamayacağı belirlenmiştir. Ayrıca anılan fıkrada söz konusu kapatmanın *geçici bir kapatma* olacağı vurgulanmıştır. Dolayısıyla dava konusu kuralla ve süreli yayın olan gazete ve dergilerin mahkeme kararı olmaksızın sürekli bir şekilde kapatılabilmesine imkân tanınması Anayasa'nın 28. maddesinin sözüne aykırıdır.

43. Bununla birlikte kural aynı yöntemle özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının da kapatılabilmesini mümkün kılmaktadır. Bu nedenle kuralın ifade ve basın özgürlüklerine getirdiği sınırlamanın özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarına yönelik etkisinin değerlendirilmesi gerekir.

44. Bu bağlamda kanunla öngörülen ve meşru amaç taşıyan sınırlama, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kuralların denetiminde gözetilmesi öngörülen *demokratik toplum düzeninin gerekleri* kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ve istisnai tedbir niteliğinde olmalarını gerektirmektedir. *Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma*, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik olmasını ifade etmektedir.

45. Demokratik toplum kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirir. Demokrasilerde devlete düşen görev temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu kapsamda devlet, özellikle temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya bunlara demokratik toplum düzeni ile bağdaşmayacak şekilde müdahale teşkil edecek tutumlardan kaçınılmalı ve başkalarından gelebilecek tehditlere karşı bireyleri korumalıdır.

46. İfade ve basın özgürlüğü gerek toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasında gerekse bireyin özgün kişiliğini geliştirebilmesinde önemli bir işlev görür. Bu anlamda demokratik toplumların vazgeçilmez unsurlarının başında gelen ifade ve basın özgürlükleri yönünden getirilen sınırlamalara ilişkin anayasal hükümlerin mümkün olduğunca dar yorumlanması gerekmektedir.

47. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ifade ve basın özgürlüklerinin demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden ve demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklerinden olduğunu ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-35). Basın özgürlüğünün çeşitli fikir ve tutumların kamuoyuna iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturması için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63; AYM, E.2019/69, K.2020/45, 10/9/2020, § 14).

48. Demokratik toplum çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temeline dayanmaktadır. Demokratik bir toplumda bu hakka sınırlama getirilmesi ancak zorlayıcı nedenlerin varlığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bu özgürlüğe getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olduğundan söz edilebilmesi için zorunlu bir nitelik taşıması gerekmektedir. Bu kapsamda milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı yada terör örgütleri ile aidiyeti veya bunlarla irtibatı olan, yayınlarıyla demokratik toplumun varlığını tehdit eden terör örgütü ya da yasa dışı oluşumların varlıklarını, eylemlerini destekleyen veya onları meşru gösteren ya da halkın bir

bölümünü şiddet kullanmaya teşvik eden radyo veya televizyon kuruluşlarına ya da yayınevi veya dağıtım kanallarına yönelik sınırlamaların demokratik toplum düzeniyle çeliştiği söylenemez.

49. Öte yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın ölçülü olup olmadığına da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi *elverişlilik, gereklilik ve orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

50. Milli güvenliğe tehdit oluşturan yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine aidiyeti veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı olan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının kapatılmasının millî güvenliğin, kamu düzeninin ve güvenliğinin sağlanması biçimindeki amaca ulaşmak bakımından elverişli olmadığı söylenemez.

51. Anayasa'nın süreli yayınların ancak mahkeme kararıyla kapatılmasını öngören 28. maddesi kapatmayı ağır bir yaptırım olarak görmüş ve geçici kapatma için dahi mahkeme kararının gerekliliğini ifade etmiştir. Kural, söz konusu özel radyo ve televizyon kuruluşları ile yayınevi ve dağıtım kanallarının doğrudan ve kalıcı olarak kapatılmasını düzenlemek suretiyle aynı amaca ulaşmaya elverişli olup ifade ve basın özgürlüklerine daha az sınırlama oluşturacak araçları gözardı etmektedir. Doğrudan kapatmanın aynı amaca ulaşmayı sağlayacak tüm araçlar arasında temel hak ve özgürlüklere en ağır müdahaleyi oluşturduğu tartışmasızdır.

52. Bunun yanı sıra kural uyarınca kapatabilme için aranan şartların kural gereğince oluşturulacak komisyon tarafından tespit edilmesi zorunludur. Bu noktada söz konusu tespit yapılmasına ve kapatmaya ilişkin karar bir idari işlem olarak yargı denetimine tabidir. Ancak kural, kapatma işlemi sonrasında yargısal makamların bu konuda kısa sürede karar vermesini sağlayacak bir güvence içermemektedir. Hâlbuki Anayasa'nın 28. maddesinin yedinci fıkrasında kapatma tedbirinden daha hafif nitelikte olan toplatma tedbiri bakımından dahi birtakım süreler öngörülmüştür. Anılan fıkraya göre gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunun yetkili kıldığı mercinin aldığı toplatma kararının en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkime bildirileceği, hâkimin ise bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa toplatma kararının hükümsüz sayılacağı ifade edilmiştir. Dava konusu kuralın kapsadığı kurum ve kuruluşların kapatılması hâlinde kapatma işleminin yargısal denetimi için ayrı ve kısa bir prosedürün öngörülmesi ifade ve basın özgürlükleri yönünden bulunması gereken önemli bir güvencedir. Bu güvence söz konusu kurum ve kuruluşların ifade ve basın özgürlükleri kapsamında yerine getirdikleri rolün öneminden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla kural ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan gereklilik ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

53. Kural olağanüstü hâl döneminde de uygulama alanı bulmuştur. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı biçimde sınırlandırmalara Anayasa belirli koşullarda imkân tanımıştır. Bu bağlamda kuralın olağan dönemde Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde yapılan tespit, kuralın olağanüstü dönemle sınırlı uygulamasını kapsamamaktadır (aynı yöndeki karar için bkz. AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, §145).

54. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kural Anayasa'nın 13., 26. ve 28. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 30., 35. ve 38. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 15. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b. Fıkranın İkinci Cümlesi

55. Kural, kapatılan özel radyo ve televizyon kuruluşları ile gazete ve dergilere, yayınevi ve dağıtım kanallarına Kanun'un 2. maddesinin "*Kapatılan gazete ve dergiler, yayınevi ve dağıtım kanalları ile özel radyo ve televizyon kuruluşlarına ait olan taşınırlar ve her türlü mal varlığı, alacak ve haklar, belge ve evrak Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılır, bunlara ait taşınmazlar tapuda resen Hazine adına her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak tescil edilir. Bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineden bir hak ve talepte bulunulamaz. Devre ilişkin işlemler ilgili tüm kurumlardan gerekli yardımı almak suretiyle Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirilir*" şeklindeki (3) numaralı fıkrasının uygulanmasını öngörmektedir. Bu itibarla kural kapatılan kurum ve kuruluşların her türlü mal varlığının Hazineye devrini düzenlemektedir.

56. Kanun'un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dava konusu birinci cümlesinin iptali nedeniyle anılan fıkranın ikinci cümlesinin uygulanma imkânı kalmamıştır. Bu nedenle söz konusu cümle 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilmiş ve bu kural yönünden Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. Kanun'un 3. Maddesinin (a) Bendinde Yer Alan "...otuz günü..." İbaresinin İncelenmesi

57. Kanun'un 3. maddesinin (a) bendinde yer alan, dava konusu ibarenin de bulunduğu "*... otuz günü geçemez.*" ibaresi, 2/1/2017 tarihli ve 684 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesiyle "*...şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez.*" şeklinde değiştirilmiştir. Daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7074 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

58. Açıklanan nedenle konusu kalmayan ibareye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

Ç. Kanun'un 3. Maddesinin (c) Bendinde Yer Alan "... yerinde görmezse en çok on gün içinde,..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekeşi

59. Dava dilekçesinde özetle; tutuklama koruma tedbirinin kişinin özgürlüğünü kısıtlaması nedeniyle temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturduğu, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre temel kuralın tutuklama kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görmezse dosyanın en çok üç gün içinde itirazı incelemeye yetkili mercie göndermesi olduğu, dava konusu kuralın ise bu süreyi on güne çıkardığı, bu itibarla tutuklananın kanuna aykırı olarak tutulmasını sonlandıracak mercinin itirazı hızlı bir biçimde

sonuçlandırmasının engellendiği, kuralın AİHS'in 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına aykırı olduğu, söz konusu sürenin ölçülü olmadığı ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal ettiği, bu durumun hak arama özgürlüğü ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 19., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

60. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (c) bendinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görürse kararını düzeltmesi, itirazı yerinde görmemesi hâlinde en çok on gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciye göndermesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

61. Kuralın devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından öngörüldüğü, bu itibarla olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu, yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

62. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak belirtildikten sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek kaydıyla kişilerin hürriyetinden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırılması, ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir.

63. Buna göre mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi, bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması, bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi, toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi, usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması ve tutuklanması hâlleri dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün değildir.

64. Bunun haricinde bir suç isnadına bağlı olarak hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler de kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilir ve yakalanabilirler. Hâkim kararı olmaksızın yakalama ise ancak suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yapılabilir ve bunun şartları da yine ancak kanunla belirlenir.

65. Anılan maddenin sekizinci fıkrasında da her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına yer verilmiştir.

66. Dava konusu kuralda belirli suçlarda olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı yerinde görmemesi hâlinde en çok on gün içinde itirazı incelemeye yetkili merciye göndermesinin öngörülmesi tutukluluğa itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkına bir sınırlama getirmektedir.

67. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında; özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmiştir (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Bu bağlamda hürriyetten kısıtlamanın kanuna aykırı olup olmadığı kısa sürede incelenmesi her hâlükârda belli bir inceleme süresini gerektirdiğinden bu hak doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabidir.

68. Dava konusu kural, tutukluluğa yapılan itirazın itirazı incelemeye yetkili merciye gönderilmesi için belirli bir süre öngörmek suretiyle itirazın itiraz merciine gönderilmeden önce kararı veren hâkim ya da mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesine ve bir kanuna aykırılık hâli varsa aykırılığın bu aşamada giderilmesine imkân tanımayı amaçlamaktadır. Bu itibarla kuralın tutukluluğa yapılan itiraz üzerine hürriyetten yoksun bırakma kararının kanuna uygun olup olmadığı kısa sürede incelenmesini sağlamaya yönelik meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca anılan hakka yönelik sınırlamanın ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

69. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, hürriyeti kısıtlanan kişinin durumu hakkında karar verilmesini talep etmesi hâlinde bu talebin karara bağlanması için belirli bir süre öngörülmemişse de *kısa sürede* karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre tutukluluğa itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması güvencesi, sadece incelemenin *kısa sürede* karara bağlanmasını değil verilen kararın bu *kısa süre* içinde tebliğ edilmesini de gerektirmektedir. Bu itibarla hürriyetten yoksun bırakılmanın hukukiliğine yönelik itirazın kısa sürede karara bağlanması güvencesine uygun hareket edilip edilmediği değerlendirilirken yetkili mercilere başvuru yapılan tarihten başvuruya ilişkin verilen kararın tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre dikkate alınmalıdır (*H.G.*, B. No: 2017/14716, 29/5/2019, § 54).

70. Anılan fıkrada güvence altına alınan kısa sürede yetkili merciye başvurma hakkı benzer şekilde AİHS'in 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasında da yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre tutulmanın hukukiliği hakkında "*kısa bir süre içinde*" bir yargısal karar verilmesi gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre AİHS'in söz konusu fıkrası anlamında özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğuna yönelik itirazı inceleme süresi, yetkili mercilere başvuru yapılması ile başlar ve başvuruya ilişkin verilen kararın başvurana veya temsilcisine bildirilmesi ile sona erer (*Koendjibharie/Hollanda*, B. No: 11487/85, 25/10/1990, § 28).

71. Bu bağlamda tutuklama kararına itiraz kanun yolu 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre tutuklama kararına itiraz edilen

hâkim veya mahkeme itirazı yerinde bulursa kararını düzeltir, yerinde görmezse en çok *üç gün* içinde itirazı inceleyecek merciye gönderir. Dava konusu kural ise itirazın yetkili merciye gönderilmesi için en çok on günlük süre öngörmektedir. Tutuklama kararına karşı yapılan itirazın belirli bir süre içinde sonuçlandırılması şartı, hukuka aykırı verilmiş tutuklama kararları nedeniyle kişinin özgürlüğünden yoksun kılınmasının bir an önce sonlandırılmasını sağlamak içindir. Bir koruma tedbiri olarak tutuklama temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle haksız tutuklamaların engellenmesi için öngörülen itiraz yolunun hızlı olarak işlemesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvencelerindedir. Kural tutuklama kararı veren hâkim ya da mahkeme tarafından yapılacak tekrar incelemede bile on güne kadar bir gecikmeye sebep olma ihtimalini barındırmaktadır. Bu nedenle kuralın tutuklama kararına yapılan itirazın yetkili merciye gönderilmesi süresini on günle sınırlamasının Anayasa'da aranan *kısa sürede* güvencesi ile bağdaştığı ve ölçülü olduğu söylenemez. Bu itibarla kuralla, itiraz incelemesinin kısa sürede karara bağlanması hakkına olağan dönem için Anayasa'da öngörülen güvence rejiminin ötesinde bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

72. Kural, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında öngörülen güvencelerin ötesinde bir sınırlama oluşturduğundan olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmelidir.

73. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması -Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan çekirdek alana dokunmamak şartıyla- milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmamak ve durumun gerektirdiği ölçüde olmak şartıyla kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Bu bağlamda kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı olağanüstü hâllerde dahi dokunulması yasak olan ve Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan temel hak ve özgürlükler ile ilkeler arasında yer almamaktadır. Aynı şekilde söz konusu temel hak milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu MSHUS'nin 4. maddesi ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkraları ve bu Sözleşme'ye ek protokoller uyarınca dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında bulunmamaktadır.

74. Bu bağlamda dava konusu kural ile gerçekleştirilen sınırlamanın durumun gerektirdiği ölçüde olma şartı yönünden değerlendirilmesi gerekir. Sınırlamanın *ölçülü* olup olmadığı değerlendirilirken ülkemizde olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren durumun özellikleri ve olağanüstü hâl ilanı sonrasında ortaya çıkan şartların yanı sıra sınırlamanın kapsam ve boyutu dikkate alınmalıdır.

75. Nitekim AİHM de AİHS'in 15. maddesi kapsamında yükümlülük azaltma bildiriminde bulunan ulusal makamların olağanüstü durumun gereklilikleri ve bunu gidermek için yapılacak yükümlülük azaltmalarının niteliği ve kapsamı konusunda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ancak alınan tedbirlerin olağanüstü durumun zorunluluklarının gerektirdiği ölçünün ötesine geçip geçmediğine karar verme konusundaki yetkinin kendisine ait olduğunu belirtmektedir. AİHM bu denetim yetkisini kullanırken yükümlülük azaltma nedeniyle etkilenen hakların niteliğini, olağanüstü duruma yol açan sebepleri ve olağanüstü durumun süresini gözönünde bulundurmaktadır (*Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 68).

76. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıklarının talimatı ile darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) ile bağlantılı olduğu değerlendirilen yaklaşık 162.000 kişi hakkında soruşturma başlatılmış, bu kapsamda 50.000'den fazla kişi tutuklanmıştır. Yine 47.000'den fazla kişi adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest

bırakılmıştır. Ayrıca darbe teşebbüsünden hemen sonra alınan tedbirler kapsamında darbe teşebbüsünde bulunduğu belirtilen FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle öncelikle 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısı görevden el çektirilmiş, süreç içinde de yaklaşık 4.000 yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 52, 350).

77. Darbe teşebbüsü gibi olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylara yönelik adli soruşturma süreçleri kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakabilmektedir. Bu nedenle olaylar karşısında ivedi önlem ve karar alabilme gereksinimi içinde bulunan kamu otoritelerinin yetkilerinin artırılması gündeme gelebileceği gibi olağanüstü hâl ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesi ve bir daha tekrarlanmaması amacıyla olağan dönemle kıyaslanmayacak düzenlemeler ve katı tedbirler de öngörülebilir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 103).

78. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlarda yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda uygulama alanı bulacak niteliktedir. Ayrıca olağanüstü hâlde dahi her ne sebeple olursa olsun özgürlüğü kısıtlanan kişi durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Ancak olağanüstü hâlin ortaya çıkardığı ve yargı sistemine dâhil edilen soruşturma ve kovuşturmalar –fail sayıları ve suç türleri- dikkate alındığında tutukluluk kararına itiraz edilen hâkim veya mahkemenin itirazı değerlendirme süresinin kuralla uzatıldığı anlaşılmaktadır. Bu tür soruşturma ve kovuşturmalarda inceleme süresinin on güne kadar çıkarılmasının, tutuklama gibi temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale oluşturan koruma tedbirine yapılan itirazın isabetli bir şekilde değerlendirilmesi amacına ulaşma bakımından elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez.

79. Öte yandan kural, her durumda tutukluluk kararına yapılan itirazın on günün sonunda yetkili merciye gönderilmesini zorunlu bir şekilde düzenlememektedir. Her bir somut olay açısından söz konusu süre, uygulayıcıya bir takdir yetkisi tanımaktadır. Kuralın olası somut uygulama sonuçları ise anayasalık denetiminin kapsamına girmez. Bununla birlikte uygulayıcının takdirinin yargı denetimine tabi olduğu da açıktır. Kararın gereken süratle alınıp alınmadığı her davanın kendi özel koşullarına göre değerlendirilir. Bu değerlendirmede gösterilen özen, tutulan kişinin tutumlarının gecikmeye sebebiyet verip vermediği, gecikmenin resmî makamların sorumluluğunda olup olmadığı gibi hususların dikkate alınması gerekir.

80. Anayasa'da güvence altına alınan tutuklunun kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini sağlaması amacıyla yetkili merciye başvurma hakkının olağanüstü hâl tedbirleri kapsamında meslekten çıkarılan hâkim, Cumhuriyet savcısı ve adliye çalışanı sayısı gözönünde bulundurulduğunda yerinde görülmeyen tutukluluğa yapılan itirazın itiraz merciine gönderilmesi için kuralla getirilen on günlük azami sürenin orantısız olduğu da kabul edilemez.

81. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15. ve 19. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15. ve 19. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 36. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 3. Maddesinin (ç) Bendinde Yer Alan "...dosya üzerinden..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

82. Dava dilekçesinde özetle; tutuklama tedbirinin kişinin özgürlüğünü geçici olarak ortadan kaldıran ve ağır sonuçları olan bir koruma tedbiri olduğu, sıkı şartlara tabi tutulan bu koruma tedbirinin uygulanma şartlarının çelişmeli olarak değerlendirilmeye açılmasının kişi özgürlüğünü güvence altına alacağı, tutukluluğun gözden geçirilmesi esnasında yapılacak incelemenin çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olması gerektiği, dava konusu kuralın ise anılan ilkelerle bağdaşmadığı, bu durumun adil olması gereken hukuk düzenini zedelediği, hak arama hürriyetine aykırı olduğu, milletlerarası yükümlülüklerle bağdaşmadığı, temel hak ve özgürlüklere ölçsüz bir müdahale oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 19., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

83. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (ç) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanması öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "... dosya üzerinden..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

84. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

85. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

86. Anayasa'nın anılan fıkrası kapsamında serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla başvuru yargı mercii tarafından yapılan incelemede Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının tutmanın niteliğine ve koşullarına uygun güvencelerinin sağlanması gerekir. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmelidir.

87. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte; diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun imkânların sağlanması anlamına gelir (AYM, E.2016/191, K.2017/131, 26/7/2017, § 64).

88. Dava konusu kural belirli suçlarda olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanmasını öngörmek suretiyle tutukluluğa ilişkin iddia ve savunmaların makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme hakkını sınırlamaktadır.

89. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasından kaynaklanan temel güvencelerden biri de tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkıdır. Zira hürriyetinden yoksun bırakılan kimsenin bu duruma ilişkin şikâyetlerini, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirebilme imkânına sahip olması, tutukluluğa itirazını çok daha etkili bir şekilde yapmasını sağlayacaktır. Bu nedenle kişi, bu haktan düzenli bir şekilde yararlanarak makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmelidir.

90. Anayasa'nın anılan fıkrasında tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkına herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte tutukluluğa ilişkin verilen her kararın itirazının incelenmesinde veya her tahliye talebinin değerlendirilmesinde duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirebilecektir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen inceleme usulüne ilişkin güvenceler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmeyeceğinden bu hak işin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabidir.

91. Öte yandan Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir. (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015). Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri de *makul sürede yargılanma* hakkıdır. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu hak gereğince devletin davaların makul bir süre içerisinde bitirilmesi yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

92. Tahliye taleplerinin hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hürriyetten yoksun bırakma kararının kanuna uygun olup olmadığının incelenmesini temin etmeye yöneliktir. Dava konusu kuralda ise incelemenin dosya üzerinden yapılarak yargının hızlandırılması böylece ceza yargılaması sisteminin hızlı bir şekilde işleminin sağlanması amacıyla anılan hakka bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı söylenebilir. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca anılan hakka yönelik sınırlamanın ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

93. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır. Kişilerin keyfî olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Keyfî olarak hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı usule ilişkin güvenceler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

94. Maddi gerçeği açığa çıkarma amacına sahip olan ceza muhakemesinin makul bir sürede tamamlanması gerekir. Tutukluluğa ilişkin verilen her kararın ya da her tahliye talebinin değerlendirilmesinin duruşma açılarak yapılması ceza yargılamasının makul sürede bitirilememesine yol açabileceği gibi ceza muhakemesinin sağlıklı şekilde işleminin de

engelleyebilir. Bu çerçevede tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanabilmesinin ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik prensipleriyle çeliştiği söylenemez.

95. Bununla birlikte kural tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlama yetkisinin kullanımı bakımından herhangi bir süre veya üst sınır öngörmemiştir. Bir başka deyişle kural uyarınca hâkim, tutukluluk incelemelerinin ve tahliye taleplerinin tamamını dosya üzerinden karara bağlayacaktır. Bu itibarla tutukluluklarıyla ilgili olarak şüpheli veya sanığın makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmesi mümkün değildir. Bunun olağan dönem koşullarında kişiye aşırı ve orantısız bir külfet yüklediği açıktır. Açıklanan nedenle kural, hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına olağan dönem için Anayasa'da öngörülen sınırlama ve güvence rejiminin koşullarının ötesinde bir sınırlama oluşturmaktadır. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

96. Kural uyarınca hakkında sınırlama öngörülen, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaki tutukluluğa etkili biçimde itiraz edebilme hakkı Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hiçbir koşulda müdahale edilmeyecek çekirdek alanda yer alan temel hak ve hürriyetler ile ilkeler arasında yer almamaktadır.

97. Ayrıca anılan hak, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu MSHUS'nin 4. maddesinin ve AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkraları ve bu Sözleşme'ye ek protokoller uyarınca dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında da değildir.

98. Olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceğini öngören Anayasa'nın 15. maddesinde bu tür sınırlamaların durumun gerektirdiği ölçüde olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle sınırlamanın ölçülülük ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekir.

99. Kural olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanacağını düzenlemektedir. Kuralla olağanüstü hâl döneminde tutukluların serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla bir yargı merciine başvurma hakkı korunmaktadır. Bu bağlamda olağanüstü hâl ilanına sebep olan olaylarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında tutuklananlar da dâhil olmak üzere hakkında tutuklama tedbiri uygulanan herkes, 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilecektir.

100. Dava konusu kural, olağanüstü hâl döneminde belirli suçlardan tutuklu olan kişilerin tahliye taleplerinin dosya üzerinden yapılmasını hüküm altına almaktadır. Ayrıca kuralın yer aldığı bent tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte yapılacağını düzenlemektedir. Olağanüstü hâl süresince belirli suçlara ilişkin yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda tahliye talepleri, kural uyarınca herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın tüm yargılama boyunca dosya üzerinden incelenecektir.

101. Olağanüstü hâl ilanına neden olan darbe teşebbüsü nedeniyle ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen yaklaşık 221.000 kişi

hakkında adli işlem yapılmıştır. Bu kişilerin önemli bir bölümü tutuklanmıştır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 100). Ayrıca darbe teşebbüsünden hemen sonra alınan tedbirler kapsamında darbe teşebbüsünde bulunduğu belirtilen FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle öncelikle 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısı görevden el çektirilmiş, süreç içinde de yaklaşık 4.000 yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 121).

102. Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E.2016/205, K.2019/63 sayılı kararında, olağanüstü hâl süresince belirli suçlar için yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda tutukluluk incelemesinin, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden de karara bağlanabilmesi imkânını tanıyan, *tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin duruşmalı olarak incelenmesi imkânını ortadan kaldırmadan* uygulayıcıya dosya üzerinden de bu taleplerin değerlendirilebilmesi yönünde takdir yetkisi tanıyan düzenlemenin *olağanüstü hâlin ortaya çıkardığı durumun gerektirdiği ölçüde* kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sınırlama getirdiği, dolayısıyla düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir (§§ 123-128).

103. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında verdiği kararlarda, tutukluluğa itiraz incelemesinin başvuru dinlenilmesinden 1 ay 28 gün sonra duruşması olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediğini belirtirken (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 128), başvuru sahiplerinin tutukluluk durumunun 7 ay 2 gün (*Mehmet Halim Oral*, B. No: 2012/1221, 16/10/2014, § 53; *Ferit Çelik*, B. No: 2012/1220, 10/12/2014, § 53) ve 3 ay 17 gün (*Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 61) boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

104. Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl kapsamında Anayasa'nın 15. maddesi yönünden yapmış olduğu bireysel başvuru incelemelerinde tutukluluk durumlarının 8 ay 18 gün boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin *durumun gerektirdiği ölçüde* bir tedbir olduğuna (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 358), tutukluluk durumlarının 1 yıl 9 ay boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (*Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, § 249).

105. Bu çerçevede herhangi bir süre öngörmeksizin tahliye taleplerinin tamamının dosya üzerinden karara bağlanmasını düzenleyen ve bu tür taleplerin duruşmalı olarak incelenmesi konusunda *hâkime veya mahkemeye takdir yetkisi tanımayan* kural kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ölçsüz bir sınırlama oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle tahliye taleplerinin hâkim önünde incelenmesinin sağlanamamasına neden olan kural durumun gerektirdiği ölçünün ötesinde bir sınırlama öngörmektedir.

106. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15. ve 19. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 15. ve 19. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2., 36. ve 90. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

E. Kanun'un 3. Maddesinin (e) Bendinde Yer Alan "...bir kişi..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

107. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın delillerin karartılmasını kolaylaştıracağı ve delil güvenliğini tehlikeye düşüreceği, arama yapılması için o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından iki kişinin bulundurulmasının zor olmadığı, kuralın şüpheli veya sanık hakkında hukuka aykırı deliller üretilmesine ve bunlara dayanılarak mahkûmiyet kararlarının verilmesine neden olabileceği, bu durumun adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

108. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13., 20. ve 21. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

109. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişinin bulundurulması öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "... bir kişi..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

110. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

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

112. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ise "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir.

113. Dava konusu kuralın da yer aldığı bent; konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde adli arama yapılmasını düzenlemektedir. Konut, işyeri ve diğer kapalı yerlerde yapılacak aramanın adil yargılanma hakkına, özel hayata saygı hakkı ile konut dokunulmazlığına saygı hakkına bir sınırlama getirdiği açıktır.

114. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığının sınırlama sebepleri de yine Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabilir. Bununla birlikte anılan maddelerdeki söz konusu sınırlamanın *arama ve elkoyma* tedbirlerine özgü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.

115. Anayasa'nın 36. maddesinde ise adil yargılanma hakkı için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler

ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş bu hakka sınır teşkil edebilmesi mümkündür.

116. Kuralın öngördüğü adli arama maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde uygulanacak olan aramadır. Dolayısıyla arama Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında ve 21. maddesinde belirtilen kamu düzeninin sağlanması biçimindeki meşru amaca sahiptir. Yine adli arama usulünün belirlendiği kuralla adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın soruşturmaların sürüncemede kalmadan delillerin bir an önce toplanmasını ve hukukiliğinin korunması ile yargılamaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamaya yönelik anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

117. Bu bağlamda öncelikle sınırlamanın anılan amaçlara ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 119. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde arama yapılabilmesi için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulunması zorunludur. Anılan hüküm uyarınca Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın belirli yerlerde arama tedbirinin uygulanması o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan belirli sayıda kişilerin hazır bulundurulması şartına bağlanmıştır. Bu kişiler arama tedbirinin icra edilmesine tanıklık etmektedir. Bu nedenle işlem tanığı olarak da ifade edilen ve aramada hazır bulunması gereken kişilerin yerine getirdiği tanıklık görevinin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki aramanın muhatabına arama sırasında elde edilen/edilemeyen deliller yönünden sağlanan güvencedir. Diğeri ise arama tedbirini gerçekleştiren görevlilerin daha sonradan karşılaşacakları iddialara karşı bu iddiaların doğruluğu ya da yanlışlığı yönünde bir teminat oluşturmasıdır.

118. Belirli koşullar altında gerçekleştirilen adli arama sırasında hazır bulunması gereken işlem tanıklarının yerine getirdikleri faaliyet adil yargılanma hakkıyla da yakın ilgilidir. Bu kişilerin hem arama tedbirine muhatap olan kişilere hem de arama tedbirini icra eden görevlilere sağladığı teminat adil yargılanmanın gerçekleşmesine yöneliktir. Nitekim arama sırasında delillerin elde edilmiş şekilleri, elde edilen ya da ulaşılamayan delillerin yargılanmanın ilerleyişindeki etkisi, yargılama sonucunda verilecek hükme dayanak oluşturması kişiler hakkında verilen hükümlerin adil bir yargılama sonucunda ortaya çıkmasına hizmet etmektedir.

119. Kanun koyucu arama sırasında bağımsız gözlemcinin bulunmasını öngörmek suretiyle adil yargılanma, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakları yönünden bir güvence sağlamaktadır. Bununla birlikte arama sırasında hazır bulundurulması gereken işlem tanığının kim olacağı ve sayısının ne olacağı hususunun ceza siyasetine göre belirleneceği açıktır. Bu belirlemede kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Elbette ki anılan takdir yetkisi anayasal ilkelere aykırı biçimde kullanılmamalıdır.

120. Dava konusu kural Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın kapalı ve belirli nitelikteki yerlerde arama yapılması için işlem tanığının hazır edilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Arama tedbirinin kamuya açıklığı ve işlem tanığının yerine getirdiği kabul edilen güvencelerin mevcudiyeti korunmaktadır. Kural arama tedbirinin yapılması için aranan işlem tanıklarının niteliğinde de herhangi bir değişiklik öngörmemektedir. Bu itibarla belirli suçlar bakımından arama tedbirinin icrası için işlem tanığı sayısının "bir" olarak belirlenmesi anılan hak ve özgürlüklere Anayasa'nın 13. maddesi bağlamında orantısız, dolayısıyla ölçüsüz bir sınırlama oluşturmamaktadır.

121. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 20., 21. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 20., 21. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

F. Kanun'un 3. Maddesinin (g) Bendinde Yer Alan "... adli kolluk görevlileri..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekeci

122. Dava dilekçesinde özetle; arama işleminin muhatabı olan kişinin belge ve kâğıtlarının incelenmesinin özel hayatın gizliliğine yönelik olduğu, 5271 sayılı Kanun'a göre, hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisinin Cumhuriyet savcısına ve hâkime ait olduğu, kuralla bu yetkinin adli kolluk görevlilerine de tanındığı, Cumhuriyet savcısına ve hâkime bu yetkinin anılan kişilerin hukuk bilgisine sahip olmaları ve delilleri değerlendirme yetkilerinin bulunması nedeniyle tanındığı, adli kolluk görevlilerinin ise hukuk bilgisine sahip olmadıkları, adli kolluk görevlilerine belge ve kâğıtları inceleme yetkisinin verilmesinin delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği, soruşturmanın gizliliğine zarar vereceği ve adil olması gereken hukuk düzenini zedeleyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

123. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

124. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (g) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilmesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

125. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralla ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

126. Dava konusu kural, hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge veya kâğıtlarının adli kolluk görevlileri tarafından da incelenmesine izin vermektedir. Böylece kural kişinin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile adil yargılanma hakkına bir sınırlama getirmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının Anayasa'da öngörülen temel hakların sınırlandırılması ve güvence rejimlerine uygun biçimde yapılması zorunludur.

127. Kuralın adli kolluk görevlilerine de tanıdığı inceleme yetkisi, maddi gerçeğin ortaya çıkmasını temin etmek amacıyla ve suç şüphesi bulunan hâllerde gerçekleştirilen adli arama sırasında elde edilen belge veya kâğıtlara ilişkindir. Dolayısıyla kuralın özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik öngördüğü sınırlama, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu düzeninin sağlanması biçimindeki meşru amaca hizmet etmektedir. Yine kuralla adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın da soruşturmanın sürüncemede kalmadan delillerin bir an önce toplanmasını ve hukukiliğinin korunması ile yargılamaların mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasını sağlamaya yönelik anayasal bağlamda meşru bir amaç taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

128. İşlendiği iddia olunan bir suçun delillerinin elde edilmesi veya failin yakalanabilmesi için icra edilen arama işlemi sırasında bu koruma tedbirine muhatap olanların belge ve kâğıtlarının incelenmesi kaçınılmazdır. Özel hayatın gizliliğinin korunması amacıyla arama işlemine hangi durumlarda kim tarafından karar verilebileceği Anayasa'da düzenlenmiştir. Bununla birlikte arama koruma tedbirinin nasıl icra edileceği anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

129. Söz konusu koruma tedbirinin icrası özel hayata ilişkin bazı bilgilerin de edinilmesine yol açmaktadır. Bu nedenle arama sırasında ele geçirilen belge ve kâğıtların incelenmesi bu yönüyle ayrı bir öneme sahiptir. Suç delillerinin elde edilebilmesi ya da failin yakalanabilmesi için arama esnasında ulaşılan belge ve kâğıtların suçla bağlantısının tespit edilmesi soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi açısından da önemlidir. Bu bağlamda anılan belge ve kâğıtları inceleme yetkisine sahip olanların hem belgelerin suçla bağlantısını değerlendirebilecek yetkinlikte hem de özel hayatın gizliliğine riayet edecek nitelikte olması beklenir. Kural adli kolluk görevlilerine de bu belgelerin incelenmesi yetkisini vermektedir. Adli kolluk görevlileri suç soruşturmasında görev alan güvenlik mensuplarıdır. Bu nedenle söz konusu görevlilerin arama sırasında belgelerin incelenmesinde kendilerinden beklenen niteliklere sahip olmadığı söylenemez. Bu itibarla kuralla öngörülen sınırlamanın meşru amaca ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı değerlendirilemez.

130. 5271 sayılı Kanun'un 122. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre hakkında arama işlemi uygulanan kişinin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi Cumhuriyet savcısı ve hâkime aittir. Dava konusu kural ise devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından yapılacak aramalarda aramaya muhatap olan kişinin belge veya kâğıtlarının adli kolluk görevlilerince de incelenmesini öngörmektedir. Kural arama sırasında elde edilen belgelerin incelenmesinde genel yetkiyi düzenleyen kuralı ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte kural tüm suçlar için değil belirli suçlar yönünden yapılacak soruşturmalarda adli kolluk görevlilerine arama koruma tedbirinin icrası yönünden bir yetki vermektedir. Kuralın uygulanabileceği suçlar da dikkate alındığında kuralın öngördüğü sınırlamanın orantılı olmadığı söylenemez.

131. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 20. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kural Anayasa'nın olağan dönem hukuk düzeni bakımından güvence rejimini aşan bir düzenleme öngörmediğinden Anayasa'nın 15. maddesi yönünden ayrıca incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 20. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler

kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

G. Kanun'un 3. Maddesinin (h) Bendinin Birinci Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile İkinci Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

132. Dava dilekçesinde özetle; 5271 sayılı Kanun'da hâkim kararı olmadan elkoyma işleminin yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulması, hâkimin elkoymadan itibaren kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiğinin düzenlendiği, dava konusu kuralların ise bu süreleri beş katına çıkardığı, bu süre artırımının delillerin güvenliği açısından sakınca oluşturduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

133. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

134. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını ise elkoymadan itibaren on gün içinde açıklaması gerektiği; aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

135. Kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallara ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

136. Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir./ Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı hakkını kapsamaktadır.

137. Mülkiyet hakkı; kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak şartıyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve üzerinde tasarruf etme imkânı veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin kısıtlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına getirilmiş bir sınırlama niteliğindedir.

138. Dava konusu kurallar elkoyma koruma tedbirinin hâkim onayına sunulması ve hâkimin uygulanan elkoyma tedbirinin uygunluğuna ilişkin kararını açıklaması için aranan sürelerde değişiklik yapmak suretiyle özel hayatın gizliliği ve mülkiyet hakkına sınırlamalar getirmektedir. Bunun yanı sıra belirli suçların işlendiğine ilişkin iddiaların soruşturulması ve kovuşturulmasında uygulanan elkoyma tedbirine ilişkin olması nedeniyle kurallar, adil yargılanma hakkı bakımından da sınırlama öngörmektedir.

139. Kurallarda yer alan sınırlamanın olağanüstü dönemin şartları nedeniyle getirildiği ve bu tedbirin savcılıklar ve mahkemeler tarafından daha düzenli, nitelikli ve sağlıklı bir inceleme yapılmasına imkân tanınmak suretiyle hatalı kararların önlenmesi amacıyla öngörüldüğü, dolayısıyla sınırlamanın anayasal anlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

140. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde elkoyma koruma tedbirinin hangi süreler içinde tamamlanması gerektiği belirlenmiştir. Anılan hükümlere göre "*Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*" Bu bağlamda kurallar, olağan dönemde temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülmüş güvencelerle bağdaşmamakta Anayasa'nın 20. maddesinin sözüyle çelişmektedir. Bu nedenle kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

141. Elkoyma koruma tedbirinin tamamlanmasına ilişkin olan kuralların özel hayatın gizliliğine, mülkiyet hakkına ve adil yargılanma hakkına yönelik sınırlama öngördüğü gözetildiğinde kuralların Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralların Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

142. Koruma tedbirleri ceza muhakemesinde yerine getirdiği işlevi nedeniyle kesinleşmiş yargı kararı olmaksızın bireyin temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturmaktadır. Ancak bazı nedenlerle hâkim kararı olmaksızın icra edilen koruma tedbirlerinin hâkim onayına sunulmasının temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önlediği ve bu tedbirlerin doğru şekilde uygulanmasını sağladığı açıktır.

143. Amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin karara bağlanmasını düzenleyen kurallar izlenen ceza siyaseti ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında ceza siyasetini belirleme ve bu doğrultuda ceza ve ceza muhakemesi hukukuyla ilgili düzenlemeler yapma konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Ancak kanun koyucunun takdir yetkisinin sınırlarını Anayasa belirlemektedir. Olağanüstü dönemlerde ise olağanüstü hâl kapsamında ceza ve ceza muhakemesinde alınan tedbirlerde kanun koyucunun takdir yetkisinin daha geniş olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa'nın 15. maddesinde bu duruma işaret edilmektedir.

144. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin hâkim onayına sunulması zorunluluğu temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvenceli bir muhakeme sürecini sağlamaktadır. Diğer bir ifadeyle elkoyma tedbirinin uygulanmasının hâkim denetiminde gerçekleşmesi kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin önlenmesine hizmet etmektedir. Ancak bu işleyişin doğru bir biçimde gerçekleşmesi için elkoyma tedbiri kapsamında elde edilen bilgi ve delillerin incelenbilmesine imkân tanıyan sürelerin düzenlenmesi gerekir. Bununla birlikte bu sürelerin olağan dışı bir uzunlukta belirlenmemesi yargılamanın makul sürede bitirilmesi açısından da önemlidir.

145. Kurallarla özel hayatın gizliliğine, mülkiyet hakkına ve adil yargılanma hakkına getirilen sınırlamanın *ölçülü* olup olmadığı değerlendirilirken ülkemizde olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren durumun özellikleri ve olağanüstü hâl ilanı sonrasında ortaya çıkan koşulların yanı sıra sınırlamanın kapsam ve boyutu dikkate alınmalıdır.

146. Daha önce de ifade edildiği üzere 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da FETÖ ve/veya PDY olarak isimlendirilen yapılanma ile bağlantılı olduğu değerlendirilen yaklaşık 221.000 kişi hakkında adli işlem yapılmış; başta Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet ve yargı mensupları olmak üzere 170.000'den fazla kişi hakkında gözaltı tedbiri uygulanmıştır. Bu kişilerin önemli bir bölümü mahkeme kararıyla tutuklanmıştır. Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır.

147. Darbe teşebbüsü, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte genel olarak bölücü terör örgütü PKK ile mücadele edilmekle birlikte DHKP/C, El Kaide ve DEAŞ gibi diğer pek çok terör örgütünün de saldırılarına maruz kalmış ve bu terör örgütlerine yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. Dolayısıyla darbe teşebbüsünün savuşturulmasından sonra da teşebbüsle bağlantılı kişilerle veya teşebbüsle doğrudan bağlantılı olmasa bile teşebbüsün arkasındaki yapılanma ile bağlantılı olduğu değerlendirilen kişilerle ilgili olarak yürütülen soruşturmaların yanı sıra diğer terör örgütlerinin saldırı ve faaliyetlerine ilişkin olarak da çok sayıda kişi hakkında soruşturma yürütülmüştür (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, §§ 100, 101).

148. Dava konusu kurallar uyarınca uygulanacak süreler olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlardan yürütülen soruşturmalarda sınırlı olarak belirlenmiştir. Olağanüstü hâlin ilanına neden olan darbe teşebbüsü nedeniyle ortaya çıkan durumun bu döneme ilişkin soruşturmalar bakımından koruma tedbirlerinin onaylanması ve uygulanması için aranan sürelerde değişiklik yapılmasını ya da bunlar için daha farklı süreler belirlenmesini gerektirmeyeceği söylenemez. Bu bağlamda kurallarda belirlenen sürelerin olağanüstü hâlin ilanını gerektiren şartlar gözetildiğinde makul olmadığı değerlendirilmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle olağanüstü hâl tedbirleri kapsamında belirli suçlar için elkoyma tedbirinin karara bağlanmasında kurallar uyarınca aranan sürelerin durumun gerektirdiği ölçüyü aşmadığı anlaşılmaktadır.

149. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Ğ. Kanun'un 3. Maddesinin (ı) Bendinin Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

150. Dava dilekçesinde özetle; 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi uyarınca uygulanan elkoyma tedbirinde bu tedbirin konusunu oluşturan mal varlığının suçtan elde edilip edilmediğini,

edildiye ne kadarının suçtan elde edilmiş olduğunu saptamak amacıyla belirli kurum ve kuruluşlardan rapor alınması zorunluluğunun öngörüldüğü, ilgili rapor alınmaksızın elkoyma tedbirinin uygulanmasına imkân tanınmasının ölçülü olmadığı, bu suretle kanunda suç sayılan bir fiil dolayısıyla elde edildiği kanıtlanmadan her türlü mal varlığına elkoymanın mümkün hâle geldiği, kuralların öngördüğü sürelerin adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

151. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

152. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (ı) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebileceği, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının da elkoymaya karar verebileceği, hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin ise beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı, görevli hâkimin kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklayacağı, aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

153. Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

154. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H. Kanun'un 3. Maddesinin (i) Bendinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

155. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla avukat bürolarında Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma işlemlerinin yapılabilmesinin mümkün hâle getirildiği, 5271 sayılı Kanun'a göre bu işlemlerin ancak hâkim kararıyla ve Cumhuriyet savcısının katılımıyla yapılabildiği, avukat bürolarını koruyucu bu düzenlemenin amacının avukatlık mesleğinin gereği gibi ifasını, kişilere serbestçe hukuki hizmet sunulabilmesinin ve adalete katkıda bulunabilmesinin sağlanması olduğu, söz konusu güvencenin avukatların dokümanlarının, mesleki sırlarının, müvekkilleriyle olan yazışmalarının korunması ve verilen hukuki hizmetin savunma görevinin akamete uğratılmaması amacına yönelik olduğu, bu nedenle anılan güvencenin ortadan kaldırılmasının savunma hakkının özüne dokunulması ve bu hakkın işlevsizleştirilmesi sonucunu doğuracağı, bu yönüyle kuralın savunma ve adil yargılanma hakları ile bağdaşmadığı, bunun yanı sıra kuralla avukatın el konmak istenen şeyin müvekkili ile

arasındaki mesleki ilişkiyle ilgili olduğuna ilişkin itiraz hakkının da ortadan kaldırıldığı, bu durumun müvekkil ile avukat arasındaki sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu, ayrıca avukatın itiraz hakkının kaldırılmasının avukat ya da müvekkili aleyhine özünde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bir bulgunun delil olarak kullanılmasına da neden olabileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

156. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 20., 21. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

157. Kural, 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilmesini öngörmektedir.

158. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

159. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 6. maddesinde avukat, yargı görevini yapanlar arasında sayılmıştır. Serbest meslek olmanın yanı sıra kamu hizmeti niteliği de bulunan avukatlığın yargı fonksiyonu içindeki yeri dikkate alınarak mevzuatta ayrı düzenlemelere tabi tutulduğu görülmektedir. Bunlardan biri de avukatlık bürolarında yapılan arama ve elkoyma işlemidir. Adil yargılanma hakkının bir parçası olan avukat yardımından faydalanma hakkı avukatlığın önemine işaret etmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında avukat yardımından etkin bir şekilde faydalanmanın gerçekleşmesi için avukatlık mesleğinin bazı güvencelerden istifade etmesi kaçınılmazdır. Nitekim avukatlık mesleğinin gereği gibi uygulanabilmesi özgürlüğü, demokratik bir toplumun ve hukuk devletinin temel bileşenleri arasındadır.

160. Arama, suçu önlemek amacıyla suç işlenmeden önce veya suç işlendikten sonra delillerin elde edilmesi ve/veya sanığın veya şüphelinin yakalanabilmesi için bireylerin bazı temel haklarının sınırlandırılmasına sebep olacak şekilde yürütülen bir koruma tedbiridir. 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde elkoyma tedbiri "*suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi*" olarak tanımlanmıştır. Avukat bürolarında gerçekleştirilecek arama ve elkoyma koruma tedbirinin özel hayatın gizliliğine, konut dokunulmazlığına, adil yargılanma ve mülkiyet haklarına sınırlama oluşturduğu açıktır.

161. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca söz konusu sınırlamanın Anayasa'nın 20., 21. ve 35. maddelerinde sayılan amaçlardan birine ya da birkaçına yönelik olması gerekir. Anayasa'nın 36. maddesi yönünden ise Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete

yüklenen ödevler bu hakka sınır teşkil edebilecektir. Bunun yanı sıra söz konusu haklara sınırlamalar getiren kuralın ölçülülük ilkesine de aykırı olmaması gerekir.

162. Kuralın arama ve elkoyma sürecini hızlandırmak suretiyle soruşturma aşamasının mümkün olan en kısa sürede tamamlanmasını ve delillerin bir an önce toplanmasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası ile 21. maddesinde belirtilen kamu düzeninin sağlanması ve 35. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu yararı amacıyla anılan haklara sınırlama getirmektedir.

163. Arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisi ve ceza muhakemesinde yerine getirdiği fonksiyon dikkate alındığında bu koruma tedbirlerine karar verilmesinde, söz konusu tedbirlerin uygulanmasında ve denetlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmemesini sağlayacak güvencelerin bulunması zorunludur. Söz konusu koruma tedbirlerinin icrasının temel hak ve özgürlüklere bazı sınırlamalar getirmesi kaçınılmazdır. Suç delillerinin elde edilebilmesi ya da failin yakalanabilmesi için arama esnasında ulaşılan belge ve kâğıtların suçla bağlantısının tespit edilmesi ya da bunlara soruşturma veya kovuşturma konusu suçlar yönünden delil olma özelliklerine zarar vermeden el konulması yargılamaların adil yargılanma hakkı bağlamında sağlıklı bir şekilde ilerlemesi ve sonuçlanması açısından da önemlidir. Bu cihetle getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında da meşru bir amacının bulunduğu söylenebilir.

164. Bu çerçevede 5271 sayılı Kanun'un 130. maddesinde avukat bürolarında yapılacak arama ve elkoyma işlemi düzenlenmiştir. Buna göre avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur. Arama sonucu el konulmasına karar verilen materyaller bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyarsa, bu materyaller ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenecek ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenecektir. Yetkili hâkim, el konulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, el konulan şey derhâl avukata iade edilecek ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılacaktır. Bu konuda soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilecek olan karara karşı 5271 sayılı Kanun'un 267. maddesi uyarınca itiraz yoluna başvurulabilecektir.

165. Avukat bürolarının aranmasının farklı ve daha güvenceli bir usule tabi tutulması avukat müvekkil mahremiyetinin korunmasını sağlamak suretiyle adaletin adil yargılanma hakkına uygun bir şekilde gerçekleşmesini temin etmek içindir. Ayrıca bu güvence avukatın mesleki itibarının zedelenmesinin de önüne geçmektedir. Kural avukat bürolarında iddia makamının yazılı emriyle adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilmesini mümkün kılması nedeniyle savunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra kural avukatın mesleki faaliyetleriyle geliştirdiği kişisel ve mesleki çevresini etkileyebilecek özelliğindedir. Avukat bürolarında hâkim kararı olmaksızın arama ve elkoyma yapılabilmesi, avukatın mesleki gizliliğine dolayısıyla özel hayatın gizliliğine, adil yargılanma, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet haklarına olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin aradığı ölçünün ötesinde bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

166. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda hâkim kararı ve Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın avukat bürolarında

arama ve elkoyma işlemlerine ilişkindir. Kural kapsamı itibarıyla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

167. Olağanüstü hâlin devamı süresince belirli suçlar bakımından avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın arama ve elkoyma işlemi yapılmasına imkân tanıyan kuralın olağanüstü hal şartlarında delillerin bir an önce elde edilmesi ve soruşturma aşamasının mümkün olduğunca kısa sürede sonuçlanması, kamu düzeni ve kamu yararının sağlanması biçimindeki amaçlara ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

168. Öte yandan kural avukat bürolarında yapılacak olan arama ve elkoyma işleminde uygulayıcıya 5271 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemenin yanında bir seçenek sunmaktadır. Nitekim kuralın kaleme alınış biçimi de avukat bürolarında arama ve elkoyma tedbirleri açısından uygulayıcıya takdir yetkisi tanıdığını göstermektedir. Elbette söz konusu takdir yetkisinin kullanılış tarzı nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunlar yargı mercilerinin denetimine açıktır. Kural arama ve elkoyma sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunması şartını da ortadan kaldırmamaktadır.

169. Koruma tedbirlerinin temel hak ve özgürlüklere müdahale eden niteliği nedeniyle arama ve elkoyma tedbirlerinin hâkim onayına sunulması temel hak ve özgürlüklerin korunması için önemli bir güvence oluşturmaktadır. Nitekim Kanun'un 3. maddesinin (h) ve (ı) bentleri hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işleminin hâkimin onayına sunulmasını zorunlu kılmaktadır. Belirli şartların gerçekleşmesi hâlinde elkoymaya karar verme yetkisi de olan Cumhuriyet savcısının kararının hâkim denetimine tabi olması dava konusu kuralda ulaşılmak istenen amaçla araç arasında makul bir dengenin gözetildiğini göstermektedir. Olağanüstü hâli ortaya çıkaran sebeplerin bertaraf edilmesinde ve olağan döneme bir an önce dönülmesinde ceza muhakemesinin doğru ve hızlı bir şekilde işleminin katkısı yadsınamaz. Bunun yanı sıra ceza muhakemesi içinde bulunan ve karar alma süreçlerinin denetimini sağlayan kanun yoluna başvuru imkânı olağanüstü hâl sürecinde de varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle belirli suçlar için yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinde uygulayıcıya takdir yetkisi tanıyan kuralın durumun gerektirdiği ölçüde olduğu anlaşılmaktadır.

170. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 20., 21., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 21., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

I. Kanun'un 3. Maddesinin (j) Bendinin İkinci Cümlesinde Yer Alan "...beş gün..." ile Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "...on gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gereçesi

171. Dava dilekçesinde özetle; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde hâkim kararı olmaksızın yapılan arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin hâkimin onayına sunulması ve hâkimin karar vermesi için kurullarla öngörülen sürelerin olağanüstü hâl ilanına neden olan durumu ortadan kaldırma amacıyla orantılı olmadığı, ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığı,

delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği ve hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

172. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

173. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (j) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümü'nde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca bilgisayarlar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebileceği, bu kararın beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklaması gerektiği, aksi hâlde elkoymanın kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ve "...on gün..." dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

174. Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kurallar yönünden de geçerlidir.

175. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 35. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

İ. Kanun'un 3. Maddesinin (k) Bendinin İkinci ve Üçüncü Cümlelerinde Yer Alan "...beş gün..." İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

176. Dava dilekçesinde özetle; hâkim kararı olmaksızın gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme yapılmasının 5271 sayılı Kanun'un 139. maddesi uyarınca ağır ceza mahkemeleri tarafından oybirliğiyle alınan kararlarla mümkün olduğu, anılan Kanun'a göre, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararının gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından alınabildiği ancak savcının bu kararını derhâl mahkemenin onayına sunması ve mahkemenin de yirmi dört saat içinde karar vermesi gerektiği, Cumhuriyet savcısının kararını görevli hâkimin onayına sunma ve hâkimin buna ilişkin kararını açıklama süresinin dava konusu kurallarla beş güne çıkarıldığı, bu durumun masumiyet karinesine aykırılık oluşturduğu, delillerin güvenliğini tehlikeye düşürebileceği ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

177. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kurallar, ilgileri nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

178. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (k) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü hâlin devamı süresince 5271 sayılı Kanun'un 135., 139. ve 140. maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verebileceği, Cumhuriyet savcısının kararını beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunacağı, hâkimin kararını beş gün içinde açıklayacağı, aksi hâlde tedbirlerin kendiliğinden kalkacağı öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...beş gün..." ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

179. Kuralların olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar ve kovuşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurallara ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemelerden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

180. Anayasa'nın "*Haberleşme hürriyeti*" başlıklı 22. maddesinde "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır./ Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar./ İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.*" denilmiştir.

181. Kurallar belirli suçların işlendiğine ilişkin iddiaların soruşturulması ve kovuşturulmasında uygulanan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin karar alma süreçlerindeki süreleri düzenlemektedir. Bu nedenle kurallar özel hayatın gizliliğine, haberleşme hürriyetine ve adil yargılanma hakkına sınırlama getirmektedir.

182. Kurallarla öngörülen sınırlamayla savcılıklar ve mahkemeler tarafından daha düzenli, nitelikli ve sağlıklı bir inceleme yapılmasına imkân tanınmak suretiyle hatalı kararların önlenmesinin amaçlandığı, dolayısıyla sınırlamanın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

183. Bununla birlikte kurallar, Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haklara müdahale oluşturacak işlemler için öngörülen sürelerle çelişmektedir. Bu itibarla Anayasa'nın 22. maddesinin sözüyle bağdaşmayan kuralların olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

184. Kuralların yer aldığı bent, olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme işlemini düzenlemektedir. Düzenlemeye konu edilen

iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme işlemi ceza muhakemesinin etkili işleyişine hizmet eden koruma tedbirleridir.

185. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan çekirdek alan kapsamında olması nedeniyle olağanüstü dönemlerde dahi masumiyet/suçsuzluk karinesine aykırı düzenlemeler yapılamaz. Nitekim anılan maddede savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir.

186. Suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade eder. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz.

187. Olağanüstü hâl süresince belirli suçlar için yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda ceza muhakemesinde öngörülen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirlerine ilişkin karar alma sürecini belirleyen düzenlemeler bu işlemlerin birer tedbir olma özelliğini değiştirmez. Ceza muhakemesinin etkili işlemesi ve maddi gerçeğin açığa çıkarılması için yargılama süreçlerinde kişiler hakkında koruma tedbirlerinin uygulanması onların suçlu muamelesine tabi tutuldukları anlamına gelmez. Bu yönüyle kuralların Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve hiçbir durumda dokunulamayan temel hak ve ilkelerden biri olan suçsuzluk karinesiyle çeliştiği söylenemez.

188. Öte yandan Kanun'un 3. maddesinin (h) bendinin birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ile ikinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibarelerine yönelik gerekçeler bu kuralların öngördüğü sınırlamaların durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığına yönelik inceleme bakımından da geçerlidir.

189. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 15., 20., 22. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 15., 20., 22. ve 36. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J. Kanun'un 3. Maddesinin (I) Bendinde Yer Alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

190. Dava dilekçesinde özetle; ceza muhakeme hukukunun üç ayaklı bir sistem üzerine kurulu olduğu, iddia, müdafaa ve yargıdan oluşan bu sistemin toplu şekilde görev ifa ettiği ve hukuk kurallarını, bireyin hak ve hürriyetlerini gözeterek nihayetinde maddi gerçeği ortaya çıkarmayı hedeflediği, bu sistemin parçalarından birinin bulunmadığı ya da yeterince görevini ifa edemediği veya birinin diğeri üzerinde üstünlük kurduğu, hak ve imkân kısıtlamaları ile karşılaştığı durumlarda sağlıklı bir ceza muhakemesi işleyişinden söz edilemeyeceği, savunmanın kamusal bir faaliyet olarak muhakeme faaliyetinin en önemli ayaklarından birini oluşturduğu, savunmanın olmadığı ya da savunmanın hak ve imkânlarının kısıtlandığı bir yargılama sisteminde hukuk devletinden bahsedilemeyeceği, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesine göre, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi hâlinde hâkim kararıyla müdafinin dosyaya erişiminin sınırlanabileceği, dava konusu kuralla ise Cumhuriyet savcısının kararıyla dosyaya erişiminin kısıtlanmasına imkân sağlandığı,

kuralın silahların eşitliği ilkesiyle bağdaşmadığı, savunma makamının hak ve yetkilerinin *soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmek* gibi soyut ve nesnel ölçütlere bağlanmamış bir nedenle ve tüm soruşturma safhasını kapsayacak tarzda kısıtlanmasının insan haklarına saygılı hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 15., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

191. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesi yönünden de incelenmiştir.

192. 6755 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (I) bendinde 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince yürütülen soruşturmalarda müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilmesi öngörülmektedir. Anılan bentte yer alan "...*Cumhuriyet savcısının kararıyla*..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

193. Kuralın olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu ve yalnızca olağanüstü hâl süresince yapılacak soruşturmalar yönünden uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu itibarla kurala ilişkin Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılması gerekir. Ancak olağanüstü hâl yönetimine başvurulması, bu dönemde temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran her düzenlemenin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmeyebileceğinden Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak incelemeden önce sınırlamaya konu hakkın düzenlendiği madde başta olmak üzere Anayasa'nın ilgili hükümleri ve olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimini düzenleyen 13. maddesi kapsamında bir inceleme yapılmalıdır.

194. Etkin ve adil bir soruşturmanın gereklerinden biri, soruşturmanın gizliliği ilkesidir. Bu ilke sayesinde, bir taraftan soruşturma işlemlerinin açığa çıkmasının önüne geçilerek delillerin karartılması ve soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmesi, diğer taraftan da kişilerin kamuoyunda suçlu olarak gösterilmesi önlenmektedir. Bu yönüyle soruşturmanın gizliliği, hem maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bir zorunluluk arz etmekte hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan *suçsuzluk karinesinin* gereklerinin yerine getirilmesine yardımcı olmaktadır.

195. Kişilere yargı mercileri önünde dava ve savunma hakkının tanınması *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama* ilkeleri ışığında, hakkaniyete uygun yargılamanın da temelini oluşturmaktadır. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara, dosyaya giren görüşler ile diğer tarafça sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olma ve karşı iddialarını sunma hususunda uygun imkânların sağlanması anlamına gelmektedir (AYM, E.2016/191, K.2017/131, 26/7/2017, § 64).

196. Bu kapsamda şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan müdafiyeye de müvekkilini yeterince savunabilmesi için soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadan örnek alma hakkı tanınması, adil bir yargılama yönünden büyük öneme sahiptir. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişinin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu belirtilmiş olup

özellikle tutuklama gibi hürriyeti kısıtlayıcı koruma tedbirlerine karşı etkili bir itirazda bulunabilmek için kişinin veya müdafinin bu kararlara esas olan bilgi ve belgelerin içeriği hakkında yeterince bilgi sahibi olması adil bir yargılamanın gereğidir.

197. Dava konusu kural olağanüstü hâl süresince belirli suçlardan yapılan soruşturmalarda müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin belirli koşullarda Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilmesini düzenlemektedir. Bu hâliyle kuralın, müdafinin dosyaya erişim hakkına kısıtlama getirmek suretiyle silahların eşitliği ilkesine, savunma hakkına ve hürriyeti kısıtlanan kişinin kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sınırlama getirdiği açıktır.

198. Kuralın soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmesi kaydıyla müdafinin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alma yetkisini kısıtlamak suretiyle soruşturmanın sağlıklı bir şekilde ilerlemesini sağlamaya yönelik olduğu dolayısıyla meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte anılan haklara yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi zorunludur.

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

200. 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde, Kanun'un başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizli olduğu belirtilerek soruşturmanın gizliliği ilkesi benimsenmiştir. Anılan Kanun'un 160. maddesinde 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 işin gerçeğini araştırmaya yetkili, şüphelinin lehinde ve aleyhinde olan tüm delilleri toplamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

201. Özellikle üçüncü şahısların temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla, soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle müdafinin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasını öngören kuralın soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesini sağlama amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir.

202. Bu açıdan bakıldığında kural uyarınca müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisine Cumhuriyet savcısının kararıyla mutlak bir engel getirildiği görülmektedir. Kural soruşturmanın yürütülmesi sırasında Cumhuriyet savcısının ulaştığı tüm delillere yine kendisinin kararıyla savunmanın erişimine kapatılabilmesine neden olabilecek niteliktedir. Bu durum ise adil yargılanma hakkının ilkelerinden olan silahların eşitliği prensibine orantısız bir müdahale oluşturmaktadır. Başkalarının temel haklarını veya önemli bir kamu menfaatini korumak gibi nedenlerle olsa dahi yargılamanın ayrılmaz bir parçası olan savunmanın soruşturma aşaması boyunca mutlak olarak dosyaya erişiminin savcılık makamının kararıyla kapatılabilmesi olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejiminin aradığı ölçünün ötesinde bir sınırlama getirmektedir. Bu nedenle kuralın, olağanüstü dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

203. Dava konusu kuralın düzenlediği konu gözönüne alındığında Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ve olağanüstü dönemlerde dahi dokunulamayacak temel hak ve özgürlükler ile ilkelere dair bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

204. Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulandığı andan itibaren avukata erişim hakkının sağlanması, kendisini suçlamama ve susma haklarının yanı sıra genel olarak adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir. Her davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde zorunlu sebepler ortaya çıkması hâlinde bu hak kısıtlanabilir ise de bu hâllerde dahi suç şüphesi altındaki kişinin savunma hakkına, telafisi mümkün olmayacak şekilde zarar verilmemesi gerekir (*Salduz/Türkiye* [BD], B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 55).

205. Sanığın müdafî yardımından yaralanmasıyla aynı zamanda kamu görevlilerinin haksız uygulamalarının önlenmesi, adli hataların oluşmaması, sorgulama veya iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin sağlanması başta olmak üzere adil yargılanma hakkının barındırdığı amaçların gerçekleştirilmesi de sağlanmış olacaktır (*Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 63; *Dağdelen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 1767/03, 25/11/2008, § 116).

206. Bu bakımdan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlanma en az kovuşturma aşaması kadar önemlidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilir ve bu savunmasızlık ya da kendini suçlamaya karşı koruma hakkı ancak bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015, § 135).

207. Kural olağanüstü hâl süresince devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, yapılacak soruşturmalarda Cumhuriyet savcısının kararıyla müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve örnek alma yetkisini kısıtlamaktadır. Olağanüstü hâl döneminde yapılan suç soruşturmalarında da şüpheli masumiyet karinesinden faydalanmaktadır. Nitekim Anayasa'ya göre masumiyet karinesinin varlığı olağanüstü dönemlerde dahi kaldırılamaz. Kural ise soruşturma süresince dosyaya erişimin ve belgelerden örnek almanın kısıtlanması yetkisini istisnasız olarak Cumhuriyet savcısına tanımaktadır. Soruşturmanın gizlilik içinde yürütülmesinin ve bazı delillere ulaşılmamasının kısıtlanmasının meşru amacı olmasına karşın kısıtlamanın mutlak olması savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına imkân vermemektedir. Bunun yanı sıra Cumhuriyet savcısının verdiği kısıtlama kararına karşı bir güvence de öngörülmektedir. Bu itibarla kural savunma hakkı ile özgürlük ve güvenlik hakkına durumun gerektirdiği ölçünün üzerinde bir sınırlama getirmektedir.

208. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 15., 19. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 15., 19. ve 36. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K. Kanun'un 3. Maddesinin (m) Bendinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

209. Kanun'un 3. maddesinin (m) bendi 684 sayılı KHK'nın 11. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu değişiklik 1/2/2018 tarihli ve 7074 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle aynen kabul edilmiştir.

210. Açıklanan nedenle konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

L. Kanun'un 4. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasıyla 652 sayılı KHK'ya Eklenen Ek 4. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

211. Dava dilekçesinde özetle; öğretmenliğin devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleği olduğu, bu nedenle çalıştırılma koşullarının da özel olarak belirlenmesi gerektiği, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin (B) fıkrasının üçüncü paragrafında Millî Eğitim Bakanlığının (Bakanlık) norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacını kadrolu öğretmen istihdamı ile kapatamaması durumunda sözleşmeli öğretmen atanabileceğinin hükme bağlandığı ancak dava konusu kuralın norm kadro uygulaması nedeniyle kadrolu öğretmen istihdam edememesi gibi bir durum olmaksızın sözleşmeli öğretmen istihdamını mümkün hâle getirdiği, böylece asli ve sürekli görev olması nedeniyle kadrolu memurlarca yürütülmesi gereken öğretmenlik mesleğinin sözleşmeli personel eliyle gördürülmesinin devamlı bir uygulama hâline dönüştürüldüğü, kuralla okullarda sözleşmeli ve kadrolu öğretmenlik olarak iki tür istihdam usulünün ortaya çıkacağı, aynı okuldaki aynı branşta çalışan öğretmenlerden bazılarının iş güvencesine sahip olacağı, bazılarının ise bu güvenceden mahrum olacağı, eğitim ihtiyacının geçici olmayıp süreklilik arz ettiği, kuralda belirtilen sözleşmeli öğretmenlerin memur ya da diğer kamu görevlisi olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

212. 652 sayılı KHK'nın ek 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öncelikli kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde olmak üzere Bakanlığın boş öğretmen norm kadrosu bulunan örgün ve yaygın eğitim kurumlarında 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilmesi öngörülmektedir. Anılan fıkranın "...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir." bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

213. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkranın olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan fıkra olağan bir kanunda değişiklik yapmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

214. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür*" denilmektedir.

215. Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih,

kanun koyucunun takdir alanı içindedir. *Diğer kamu görevlileri* kavramı, söz konusu asli ve sürekli görevlerde kamu hukuku ilişkisiyle çalışan fakat memur ve işçi olmayan kişileri kapsamaktadır.

216. Kamu hizmeti geniş tanımıyla devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen eğitim hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

217. Anayasa'nın 42. maddesinin üçüncü fıkrasında; eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı belirtilmiştir. 14/6/1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 56. maddesinde eğitim ve öğretim hizmetinin anılan Kanun hükümlerine göre devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Bakanlığın sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır. Anılan Kanun'un 43. maddesine göre de öğretmenlik devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleği olarak tanımlanmış olup öğretmenler bu görevlerini Türk millî eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlü kılınmıştır.

218. Anayasa'nın 128. maddesine göre devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebilecektir.

219. Sözleşmeli öğretmenlerin Anayasa'nın anılan maddesinde sayılan memurlar kapsamında olmadığı kuşkusuzdur. İdare ile aralarındaki sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olmaması ve gördükleri hizmetin niteliği nedeniyle işçi de sayılamazlar. Bu kişiler, idarenin ihtiyaç duyması sonucunda ve Kanun'da belirtilen şartları taşımaları kaydıyla idarenin kendileriyle idari hizmet sözleşmesi imzalamak suretiyle çalıştırdığı sözleşmeli personeldir (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

220. Bakanlığın yürüttüğü eğitim ve öğretim hizmetleri niteliği itibarıyla belli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir. Bu hizmetleri yerine getirmek üzere yeterli kadrolu öğretmen istihdamının sağlanamaması durumunda sözleşmeli öğretmen olarak istihdam edileceklerde de öğrenim durumu ve diğer yönlerden Bakanlık kadrolarında görev yapan emsali kadrolu öğretmenlerde aranan genel ve özel şartlar aranmaktadır. Sözleşmeli çalışacak öğretmenler ile Bakanlık (Bakanlığı temsilen il ya da ilçe millî eğitim müdürü) arasında idari hizmet sözleşmesi imzalanmaktadır. Sözleşmeli öğretmenler, görev yaptıkları eğitim kurumlarındaki emsali kadrolu olan öğretmenler için öngörülen görev ve sorumlulukları yerine getirmekle yükümlüdür. Çalışma saat ve süreleri, emsali kadrolu öğretmenler için belirlenen çalışma saat ve süreleriyle aynıdır. Sözleşmeli öğretmenler, hizmet sözleşmesine göre sözleşme yapmış oldukları öğretmenlik alanı dikkate alınarak emsali kadrolu öğretmenlerin alanları itibarıyla haftada okutmak zorunda oldukları aylık karşılığı kadar ders görevini yapmak zorundadır. Ücretleri idare tarafından ödenmektedir.

221. Tüm bu hususlar gözetildiğinde sözleşmeli öğretmenler tarafından sunulacak eğitim ve öğretim hizmetlerinin, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli öğretmenler de *diğer kamu görevlileri* kapsamında yer almaktadır (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

222. Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu eğitim ve öğretim hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin kadrolu öğretmenler ya da Anayasa'nın 128. maddesindeki *diğer kamu görevlileri* kapsamında yer alan sözleşmeli öğretmenler tarafından

yürütülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda öncelikli kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde yaşanabilecek öğretmen eksikliğinin sözleşmeli öğretmen istihdamıyla giderilmesinin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğu söylenemez.

223. Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

224. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde 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.

225. Kadrolu öğretmenler 657 sayılı Kanun'un 4/A maddesine tabi memur statüsündeki kamu görevlileridir. Memur ile idare arasındaki ilişki, yasama organı tarafından hizmetin gereklerine göre düzenlenmektedir. Bu ilişki, karşılıklı anlaşmaya dayanarak saptanmamaktadır. Memur ile kamu yönetimleri arasındaki hizmet ilişkileri kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Memur, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme, nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır. Memuriyete giriş bir kadroya atanmakla gerçekleşmektedir. Memur ile idare arasında sözleşmeye dayalı bir hukuki ilişki bulunmamaktadır.

226. Sözleşmeli öğretmenler ise 657 sayılı Kanun'un 4/B maddesine tabi sözleşmeli personel statüsündeki kamu görevlileridir. Sözleşmeli personel, kamu hizmetinin insan unsurunun memurlardan (atamayla) oluşturulması ilkesine getirilmiş bir istisnadır. Memurlar, içeriği taraflarca belirlenemeyen bir statüye atanırken, sözleşmeli personel kamu hizmetine sözleşme ilişkisiyle bağlanmaktadır. Sözleşmeli personel istihdamı, özel meslek bilgisine ve uzmanlığa ihtiyaç duyulması ve gereksinimin memur tipi istihdamla karşılanamayacak olması koşullarına bağlanmıştır.

227. Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir kanunun aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. 657 sayılı Kanun'un 4/A maddesine tabi memur statüsünde çalışan kadrolu öğretmenler ile 4/B maddesi kapsamındaki sözleşmeli personel statüsündeki sözleşmeli öğretmenlerin aynı hukuksal konumda olmadığı açıktır. Farklı hukuksal konumda olanların farklı hukuksal düzenlemelere tabi olmalarının eşitsizliğe yol açtığı ileri sürülemez (AYM, E.2008/54, K.2011/45, 10/3/2011).

228. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 10. ve 128. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler

kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

M. Kanun'un 4. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasıyla 652 sayılı KHK'ya Eklenen Ek 4. Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...sözlü sınav başarı sırasına göre..." İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

229. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralla öğretmen atamalarında nesnel bir ölçüt olan Kamu Personel Seçme Sınavı (KPSS) puanının yanı sıra Bakanlık tarafından yapılacak sözlü sınavda başarılı olma ölçütünün getirildiği, bu ölçütün liyakat esası gözetilmeyen keyfi atamaların yapılmasına zemin sağlayacağı, söz konusu durumun hukuk devletinin en önemli koşulları olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı, öğretmenlerin mesleğe kabulünün sözlü sınava bağlanmasında herhangi bir kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

230. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 70. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

231. 652 sayılı KHK'nın ek 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde sözleşmeli öğretmenlerin, 657 sayılı Kanun'un 48. maddesinde öngörülen genel şartlar ile öğretmen kadrosuna atanabilmek için aranan özel şartları taşıyanlardan KPSS puan sırasına konulmak kaydıyla alım yapılacak her bir pozisyonun üç katına kadar aday arasından Bakanlık tarafından yapılacak sözlü sınav başarı sırasına göre atanacağı öngörülmüştür. Anılan cümlede yer alan "...sözlü sınav başarı sırasına göre..." ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

232. Kuralın yer aldığı cümlenin olağanüstü hâl süresince uygulanma özelliğini aşan bir niteliği olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim anılan cümle olağan bir kanunda değişiklik yapmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

233. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" denilmiş; ikinci fıkrasında ise "*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*" hükmüne yer verilmiştir.

234. Dava konusu kural öğretmenliğe atanmayı sözlü sınav başarı sırası şartına bağlamak suretiyle kamu hizmetine girme hakkına bir sınırlama getirmektedir.

235. Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği öngörülerek bir yandan kamu hizmetine alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmış, diğer yandan da söz konusu şartlar belirlenirken bu hakka getirilecek sınırlamaların ancak görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması hâlinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre kamu hizmetine girme hakkına koşul belirlemek suretiyle getirilecek sınırlama görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir şarta bağlanamaz. Bu husus, anılan maddenin gerekçesinde "*...Kamu hizmetine alınacak memur ve kamu görevlileri ile ilgili düzenlemede bu hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek hükümler getirilmiştir*" biçiminde vurgulanmıştır.

236. Temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kuralların Anayasa'nın 13. maddesine uygunluğu denetlenirken sınırlamayı haklı kılan sebebin bulunup bulunmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Sözleşmeli öğretmen olarak atanabilmek için sözlü sınav şartının öngörülmesinin ve bu sınava katılacakların atanacak kadro sayısının üç katı ile sınırlandırılmasının, görevin gerektirdiği niteliklere sahip en iyi adayı seçebilmek şeklindeki meşru bir amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kuralın taşıdığı meşru amacın yanı sıra anılan hakka yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülülük ilkesiyle çelişmemesi de gerekir.

237. İdareye yapacağı işlem ve eylemlerde sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin tanınması, kamu hizmetlerinin eksiksiz ve kesintisiz olarak sunulması için gereklidir. İdarenin bütün işlem ve eylemlerinin nihai amacı kamu yararı olduğundan idareye takdir yetkisi tanınmasının nedenlerinden biri de kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıdır. Diğer bir ifadeyle kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla idareye sınırları çizilmiş belli ölçüde hareket serbestisi veren bir takdir yetkisinin verilmesi toplumsal ihtiyaçların gereği gibi karşılanabilmesi için kaçınılmazdır. Bu nedenle getirilen sınırlamanın elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez. Ancak idareye tanınan takdir yetkisinin hukuk içinde keyfilik içermeyecek şekilde ölçülü olarak kullanılması gerekir.

238. Kamu görevlilerinin devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içinde yürütülmektedir. Devlet, hukuki statüleri kanunlarla oluşturulan ve bu statü kurallarına göre mesleğe alınan kamu görevlilerine atama, yükselme, aylık, ödül, nakil ve sınav gibi hak veya yükümlülükler getirebilir. Kanun koyucu, dava konusu kuralla kamu yararı anlayışından hareketle Bakanlığa sözleşmeli öğretmen istihdamında belirli objektif koşullar doğrultusunda KPSS puanını esas almak suretiyle sözlü sınav yapma yetkisi tanımış ve takdir yetkisini bu yönde kullanmıştır. Söz konusu tercih kanun koyucunun anılan görevlere atanmada kamu yararını sağlamaya dönük takdir yetkisinin kullanımından ibarettir. Sözlü sınav öngörülmesiyle kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise subjektif bir husus olup anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

239. Hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri de idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetime tabi tutulabilmesidir. Yargısal denetim idareyi hukuka bağlı kılmakta ve keyfi işlemlerin iptalini sağlamaktadır. Dava konusu kuralla hükme bağlanan sözlü sınavı yargısal denetimden muaf tutan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Bakanlığın dava konusu kural ile kendisine tanınan atama yetkisini kullandığı her durumda, ilgililer bu atama yetkisine ilişkin idari kararları yargı organları önüne taşıyabilecek ve denetime tabi tutabileceklerdir.

240. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 70. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13. ve 70. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

N. Kanun'un 37. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

241. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın kapsadığı kişiler için mutlak bir sorumsuzluğun öngörüldüğü, kural kapsamındaki karar, görev ve fiilleri gerçekleştirenlerin hiçbir zaman ve hiçbir şekilde sorumluluklarının söz konusu olmayacağı, bu itibarla kuralın yapılabilecek hukuksuzlukların giderilmesine imkân tanımadığı, mutlak sorumsuzluğun ancak hukuk devleti

olmayan rejimlerde geçerli olabileceği, Anayasa'nın düzenlediği olağanüstü yönetim usullerinin hukuk içinde kalan, demokratik hukuk devletinin esaslı öğelerine bağlı anayasal bir rejim olduğu, kuralın yaşam hakkını ihlal eder nitelikteki fiillerin soruşturulup kovuşturulmasına dahi engel oluşturabileceği, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmadığı, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme ilkesine aykırılık oluşturduğu, olağanüstü hâlin ilanına sebep olan tehdit ve tehlikeyi ortadan kaldırma amacını gerçekleştirmek için elverişli ve zorunlu bir tedbir olmadığı, aksine kamu görevlilerinin Anayasa ve hukuk dışına çıkmalarını mazur gösterici hatta teşvik edici bir niteliği olduğu, sorumsuz tutulan kişileri ayrıcalıklı bir konuma getirdiği, adil olması gereken hukuk düzenini zedelediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 15., 17., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

242. Dava konusu kural 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının doğmayacağını öngörmektedir. Buna göre kuralın amacının olağanüstü hâlin ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olduğu açıktır. Ancak kuralın kapsamına aldığı olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan karar veya tedbirlerin birçoğunun sadece olağanüstü hâl döneminde uygulanma imkânı varken bir kısmının olağan dönemde de uygulanabilmesi mümkündür. Dolayısıyla kural sadece olağanüstü hâl süresiyle sınırlı olmadığından kuralın Anayasa'nın olağan dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre incelenmesi gerekir.

243. Kuralda yer alan "...kişiler..." ibaresinin kamu görevlilerini ifade etmek için kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim kurala dava tarihinden sonra 20/11/2017 tarihli ve 696 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 121. maddesiyle eklenen (2) numaralı fıkrada yer alan "*Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın...*" ibaresi ile özel kişiler hakkında da aynı düzenleme yapılmıştır.

244. Kurala göre 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Kuralda belirtilen söz konusu karar ve görevler incelendiğinde bunların olağanüstü hâlin ilanına neden olan şartların ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirler kapsamında verilen *kanuni yetkilerin* icra edilmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

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

246. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan belirlilik ilkesine 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 gereklidir.

247. Anayasa Mahkemesi birçok kararında belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılama şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır.

248. Anayasa Mahkemesi 16/7/2020 tarihli ve E.2018/31, K.2020/38 sayılı kararında kuralda yer alan "...terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında..." ibaresinin kuralı belirsiz hale getirdiğinin söylenemeyeceğini, zira kanun hükümlerinin belli bir düzeyde genel olmasının, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklandığını, anılan ibareye 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmaması nedeniyle yer verilmiş olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca aynı kararda kuralda yer alan "...devamı..." ibaresinin gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin anlık fiiller olmaması nedeniyle belirli bir zaman aralığına yayıldığını ve bu zaman aralığının da 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasında *sınırlı zamanda* meydana gelen fiilleri kapsadığını tespit etmiştir (bkz. §§ 22, 23).

249. Kanunların verdiği yetkinin kullanılması ya da kanunlarca verilen görevlerin yerine getirilmesi veya bu kapsamda kararlar alınması, hukuk sistemimizce hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sistemiyle tamamıyla uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumluluğu söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluk yüklenemez. Kanunla verilmiş olan bir görevin yerine getirilmesi ya da bu kapsamda bir karar alınması, kişiye verilmiş bir görevken aynı zamanda bu görevin yerine getirilmesinin hukuka aykırılık oluşturması çelişkiye sebep olur. Bu nedenle kişilerin kanunlarca verilmiş olan görevleri kanuni usul ve esaslara uygun olarak yerine getirmeleri ya da bu kapsamda karar almaları sonucunda hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının doğmaması tabiidir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 132).

250. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurguladığı üzere demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukuku dışlayan, keyfi yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir.

251. Bu bağlamda kural bir yargılama engeli getirmemektedir. Haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında görev gereği ya da görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirileceği kuşkusuzdur. Bu değerlendirme sonucunda varılan sonucun görevle ilgili olmadığını ya da bunun sınırlarının aşıldığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir. Kuralda belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmemesi ve verilemeyeceği açık olduğuna göre kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığı tartışmasızdır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 134).

252. Kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görevlerin önemli bir kısmı olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yöneliktir. Bu

tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin olarak verilen görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâlin sebeplerinin ortadan kaldırılmasında görevlilerin çalışmalarında başarılı olmalarını, çekinmeden görev yapmalarını ve bu suretle bir an önce olağan döneme geçilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

253. Öte yandan kural kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin yerine getirdikleri görev ve kararları nedeniyle sorumlu tutulmamalarının nedeni bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanıyarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran bir imtiyaz tanımak değildir. Bunun nedeni olağanüstü hâl dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yönelik görevlerin herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla söz konusu kuralın eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır.

254. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 15., 17., 36. ve 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

O. Kanun'un 38. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

255. Dava dilekçesinde özetle; yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâlinde ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile sınırlandırılabilirliğinin Anayasa'da belirtildiği, başka bir ifadeyle Anayasa'nın olağanüstü hâllerde yürütmenin durdurulması kararının verilmesinin ortadan kaldırılmasına izin vermediği, yalnızca belirli nedenlerle bunun sınırlandırılmasına imkân tanıdığı, fakat dava konusu kuralın yürütmeyi durdurma kararının verilmesini tümünden kaldırdığı, bunun Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

256. Kural olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngörmektedir. Kural olağanüstü hâl ilanına neden olan tehdit ve tehlikelerin bertaraf edilmesine yönelik olmasına rağmen olağanüstü hâl süresini aşacak biçimde uygulanmaya imkân vermektedir. Başka bir ifadeyle kural olağanüstü hâl süresiyle sınırlı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu durumda kuralla ilişkin incelemenin Anayasa'nın olağan dönem kuralları yönünden öngördüğü denetim rejimine göre yapılması gerekir.

257. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" kuralına yer verilmiştir. İdari eylem ve işlemlerin yargı denetimine tabi olması demokratik hukuk devletinin *olmazsa olmaz* koşuludur. Anılan hükmün benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

258. Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka

bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçların hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararı verilmeye kadar mevcudiyetini sürdürmesine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idarenin hem olası bir tazmin yükünden kurtarılması hem de hukuk sınırları içinde kalması sağlanarak hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını temin etmek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

259. Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararıyla dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır. Ancak verilen yürütmeyi durdurma kararı dava konusu uyuşmazlığı sonlandıran nihai bir karar değildir (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 142).

260. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hâl, seferberlik ve savaş hâlinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

261. Dava konusu kuralda ise -Anayasa Mahkemesinin 24/7/2019 tarihli ve E.2016/205, K.2019/63 sayılı kararında da kabul edildiği üzere- herhangi bir ayırım yapılmaksızın olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda olağanüstü hâl süresinin sona ermesinden sonraki süreyi de kapsar şekilde yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği başka bir ifadeyle yürütmenin durdurulması kararının verilme imkânının tümüyle ortadan kaldırılması düzenlendiğinden söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasıyla açıkça çelişmektedir (§ 144).

262. Kural olağanüstü hâl döneminde de uygulama alanı bulmuştur. Olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı biçimde sınırlandırmalara Anayasa belirli koşullarda imkân tanımıştır. Bu bağlamda kuralın olağan dönemde Anayasa'ya aykırı olduğu yönünde yapılan tespit, kuralın olağanüstü dönemle sınırlı uygulamasını kapsamamaktadır (AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, § 145).

263. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 125. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 125. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmemiştir.

Ö. Kanun'un 39. Maddesinin “Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...” Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

264. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın Kanun'un 37. maddesinin geriye yürütmesine yol açtığı, hâlbuki kanunların geriye yürümezliği ilkesinin hukukun genel ilkelerinden

olduğu, kuralla geriye yürütölen 37. madde ile hukuka aykırı işlem ve kararlara karşı yargı yolunun kapatıldığı, hukuki güvenlik ilkesinin zedelendiği, anılan hükmün geriye yürütölmemesinin bu hüküm kapsamındaki kişilere ayrıcalık tanınmasına neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 15. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

265. Kanun'un 39. maddesi 37. maddenin 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde, diğer maddelerinin ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Anılan maddenin "*Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde...*" bölümü dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

266. Kuralın olağanüstü hâlin süresiyle sınırlı olmayan bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın anayasallık denetiminde Anayasa'nın olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen 15. maddesi uygulama alanı bulamaz.

267. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi de hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar kamu yararının ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi bazı istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır.

268. Kanun'un 37. maddesinin hukuki niteliği ile anlam ve kapsamı maddeye ilişkin "*Anayasa'ya Aykırılık Sorunu*" başlığı altında ortaya konulmuştur. Bu bağlamda kuralın hukuki niteliği hukuk sisteminde var olan hukuka uygunluk nedenlerinin özel olarak açıklanmasıdır. Diğer bir ifadeyle anılan hüküm açıklayıcı niteliktedir. Buna göre kuralda kişilerin hukuki durumları ile temel hak ve özgürlüklerini etkileyecek nitelikte bir geriye yürüme durumu söz konusu değildir. Bu çerçevede kuralın kişilerin hukuki güvenliğini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

269. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 15. ve 90. maddeleriyle ilgisi görölmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

270. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kanunun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İttüzüğü'nün belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

271. 6755 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma imkânı kalmayan anılan fıkranın ikinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

272. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların uygulanmaları hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un;

A. 1. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasına,

2. 3. maddesinin;

a. (ç) bendinde yer alan "...dosya üzerinden..." ibaresine,

b. (1) bendinde yer alan "...Cumhuriyet savcısının kararıyla..." ibaresine,

3. 38. maddesine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 3. maddesinin;

a. (c) bendinde yer alan "...yerinde görmezse en çok on gün içinde,..." ibaresine,

b. (e) bendinde yer alan "...bir kişi..." ibaresine,

c. (g) bendinde yer alan "...adli kolluk görevlileri..." ibaresine,

ç. (h) bendinin;

i. Birinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. İkinci cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

d. (1) bendinin;

i. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. Dördüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

e. (i) bendinin birinci cümlesine,

f. (j) bendinin;

i. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. Üçüncü cümlesinde yer alan "...on gün..." ibaresine,

g. (k) bendinin;

i. İkinci cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

ii. Üçüncü cümlesinde yer alan "...beş gün..." ibaresine,

2. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile "Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı

Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

a. (1) numaralı fıkrasının “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.” bölümüne,

b. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...sözlü sınav başarı sırasına göre...” ibaresine,

3. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

4. 39. maddesinin “Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...” bölümüne,

yönelik iptal talepleri 24/12/2020 tarihli ve E.2017/21, K.2020/77 sayılı kararla reddedildiğinden bu fıkra, cümleye, bölümlere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 3. maddesinin;

1. (a) bendinde yer alan “...otuz günü...” ibaresi,

2. (m) bendinin birinci cümlesi,

hakkında 24/12/2020 tarihli ve E.2017/21, K.2020/77 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu cümle ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

24/12/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun’un;

A. 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1. Birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI’nın karşıoyları ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

2. İkinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun’un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 3. maddesinin;

1. (a) bendinde yer alan “...otuz günü...” ibaresine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

2. (c) bendinde yer alan “...yerinde görmezse en çok on gün içinde...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

3. (ç) bendinde yer alan “...dosya üzerinden...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

4. (e) bendinde yer alan “...bir kişi...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

5. (g) bendinde yer alan “...adli kolluk görevlileri...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

6. (h) bendinin;

a. Birinci cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresinin,

b. İkinci cümlesinde yer alan “...on gün...” ibaresinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

7. (ı) bendinin;

a. Üçüncü cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresinin,

b. Dördüncü cümlesinde yer alan “...on gün...” ibaresinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

8. (i) bendinin birinci cümlesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

9. (j) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan “...on gün...” ibaresinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

10. (k) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresinin,

b. Üçüncü cümlesinde yer alan “...beş gün...” ibaresinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

11. (l) bendinde yer alan “...Cumhuriyet savcısının kararıyla...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE OYBİRLİĞİYLE,

12. (m) bendinin birinci cümlesine ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

C. 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ye (2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “Özel Barınma Hizmeti Veren Kurumlar ve Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” şeklinde değiştirilmiştir) eklenen ek 4. maddenin;

Esas Sayısı : 2017/21
Karar Sayısı : 2020/77

1. (1) numaralı fıkrasının “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası kapsamında sözleşmeli öğretmen istihdam edilebilir.” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...sözlü sınav başarı sırasına göre...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

Ç. 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 38. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Kadir ÖZKAYA, Muammer TOPAL, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ile Basri BAĞCI’nın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun’un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

E. 39. maddesinin “Bu Kanunun 37 nci maddesi 15/7/2016 tarihinden geçerli olmak üzere...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

24/12/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

KARŞI OY

Mahkememiz çoğunluğunca 6755 sayılı Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrasına yönelik yapılan değerlendirmede, söz konusu düzenlemenin olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulanmaya imkân verdiğiinden hareketle değerlendirme kriteri olarak Anayasanın 13. maddesi temel alınmış ve bu suretle ihlal sonucuna ulaşılmıştır.

Çoğunluğun düzenlemenin olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulama yapılmasına imkân verdiği bu nedenle olağan dönem düzenlemesi sayılması gerektiği yönündeki kanaati, söz konusu düzenleme muhtevasında uygulamanın olağanüstü hâl süresince yapılacağı şeklinde bir hükme yer verilmemiş olma noktasına dayanmaktadır. Zira söz konusu Kanunun 3. maddesinin birinci fıkrasında madde metnindeki düzenlemelerin “olağanüstü hâlin devamı süresince geçerli olacağı” yönünde sarıh bir düzenlemeye yer verilmektedir.

Madde metinlerinde, düzenlemelerin olağanüstü hâl süresince geçerli olacağı yönünde bir hükme yer verilmemesi, onların olağanüstü hâl dönemleri dışında da uygulanacağı anlamını içerdiği şeklinde yorumlanamaz.

İptal istemine konu olan 6755 sayılı Kanun açısından konuya bakıldığında böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün gözükmediği sonucuna varılmaktadır. Zira Kanunun amaç ve kapsamının düzenlendiği 1. maddesine bakıldığında amacın; olağanüstü hâl kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması gereken tedbirlere ilişkin olduğunun açıkça vurgulandığı görülmektedir.

Olağanüstü hâl rejiminin istisnai bir uygulama olduğunda, bu kapsamda özellikle temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak alınan kısıtlayıcı tedbirlerin de istisnai nitelik taşıdığında tereddüt bulunmamaktadır. 6755 sayılı Kanunda olduğu gibi, amacı olağanüstü halin ilanına sebep olan durumlara karşı tedbir alma olan düzenlemeler istisnai niteliktedirler. Aksine bir düzenleme olmadığı sürece olağanüstü hâl süresini aşacak şekilde uygulanmaları imkânı bulunmamaktadır. Bu durum istisnai düzenlemelerin dar yorumlanması gerektiği kuralına da uygunluk arz etmektedir. Aksi yönde bir yorum tarzının kabul edilmesi halinde istisnai dönemlerde yapılan kısıtlayıcı düzenlemelerin otomatik olarak kalıcı hale gelmesi gibi bir sonuçla karşılaşma riski ortaya çıkmaktadır.

Esasen Anayasal bir önemi bulunmakla birlikte, konu incelendiğinde, 6755 sayılı Kanunun 2. maddesinin dördüncü fıkrasının tamamının, olağanüstü hâl dönemi içerisinde olmak üzere; 2016 yılında 25, 2017 yılında ise 1 kez olmak üzere toplamda 26 defa uygulandığı anlaşılmaktadır. Fiiliyatta dönem dışına taşan bir uygulamanın bulunmadığı görülmektedir.

İnceleme konusu yapılan kanun hükmünün olağanüstü hâl dönemi dışına taşacak şekilde uygulanmasının Anayasanın 13. maddesinde yer alan kriterler çerçevesinde Anayasaya aykırılık oluşturacağı açıktır. Ancak gerek Kanunun amaç ve kapsam maddesinde getirilen düzenleme, gerekse fiili kabul ve uygulama bu düzenlemenin bir olağanüstü hâl dönemi düzenlemesi olduğunu göstermekte olup, bu durum anayasaya uygunluk denetiminin 15. maddede yer alan kriterlere göre yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Öte yandan çoğunluk tarafından kuralın olağanüstü hâl dönemi sonrası uygulanabilirliği gerekçe gösterilmek suretiyle, konunun hiçbir uygulamasının bulunmadığı bir döneme mahsus

Esas Sayısı : 2017/21
Karar Sayısı : 2020/77

değerlendirilip, olağanüstü hâl dönemine dair bir değerlendirmeden kaçınılması anayasaya uygunluk denetimi açısından bir eksiklik teşkil etmektedir.

İptal talebinde bulunanlar dönem ayrımı yapmaksızın, sadece olağanüstü hâl sonrası dönem için değil, esas uygulamaların yapıldığı OHAL dönemi içinde iptal talebinde bulunmuşlardır. Bu döneme dair bir değerlendirme yapılmaması iptal talebinde bulunan ve bu haklarını mevzuat gereği bir daha kullanma imkanı olmayan talep sahipleri açısından da istemlerinin eksik değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Çoğunluğun değerlendirme tarzı itibariyle iptal istemine konu hükmün OHAL dönemine ilişkin anayasal durumu cevaplanmamış bir soru olarak kalmaktadır. Anayasa Mahkemesinin işlevi önüne getirilen davaları azami ölçüde vuzuha kavuşturmadır. Bu dava özelinde talepleri yarım cevaplamak ile hiç cevaplamamak arasında özü itibariyle çok büyük bir fark bulunmamaktadır.

İptal talebine ilişkin değerlendirme zamanlama itibariyle OHAL dönemi içerisinde yapılmış olsaydı çoğunluğun tespitinde yer alan gerekçelerle iptal sonucuna ulaşılması halinde dahi en azından iptal hükmünün yürürlüğe girmesi noktasında OHAL şartlarına ilişkin bir değerlendirme yapılması elzem olacaktı. OHAL'in sona ermiş olması, Kanunlaşan kanun hükmünde kararnamelemler açısından yapılan anayasaya uygunluk denetimlerinde dönemin şartlarının değerlendirilmemesi gibi bir sonucu doğurmamasını gerektirir.

6755 sayılı Kanunun 38. maddesinin birinci fıkrasıyla “olağanüstü hâl süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnamelemler ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez” denilmek suretiyle getirilen kısıtlama, çoğunluk tarafından OHAL süreci ile kısıtlı uygulanacağı yönünde bir hüküm ihtiva etmemesi nedeniyle Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Kanunun amaç ve kapsamının belirlendiği birinci maddesine dair yukarıda yapılan açıklamalara ek olarak 38. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin süre yönünden uygulanmasına ilişkin kendi muhtevasında da bazı kısıtlamalar bulunmaktadır.

OHAL kararnamelemlerinin biri dışında kararname olarak yürürlükte bulunan bir mevzuat bulunmamaktadır. Bu nedenle OHAL sonrası bu dönemin kararnamelemlerine yönelik olarak bir yürütmenin durdurulması işleminin tesis edilmesi mümkün değildir.

Düzenleme muhtevasında yer alan ikinci hüküm ile OHAL süresince yapılan işlemlere yönelik yürütmenin durdurulması kararı verilmesi zaman itibariyle artık mümkün değildir.

Yukarıda ifade edildiği gibi istisnai olan OHAL dönemi mevzuatı ile getirilen kısıtlamalarının aksi açıkça düzenlenmediği sürece dönem sonrasına tatbikinin mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz.

Açıklanan nedenlerle 6755 sayılı Kanunun 2/4 ve 38/1. maddelerinde yer alan düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilmemiştir.

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2017/21
Karar Sayısı : 2020/77

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI