

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

**Esas Sayısı:2021/71**

**Karar Sayısı:2022/53**

**Karar Tarihi:21/4/2022**

**R.G. Tarih - Sayı:5/8/2022 - 31914**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Van 3. İdare Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU:** 18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 10/2/2004 tarihli ve 5085 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 22/1/2015 tarihli ve 6586 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*" ve "...*dahi;*" ibarelerinin Anayasa'nın 2., 5., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir

**OLAY:** Uzman çavuş olarak görev yapan davacının hakkında verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesine yönelik idari işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

### I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 12. maddesi şöyledir:

*"Başarı gösteremeyenler ve ceza alanlar*

*Madde 12- (Değişik: 10/2/2004-5085/7 md.)*

*Sözleşmenin imzalanmasından sonra ilk beş aylık intibak dönemi içerisinde göreve intibak edemeyenler ile ayrılmak isteyenlerin sözleşmeleri feshedilerek, Türk Silâhlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir. Peşin olarak ödenen aylık ve aylık ile birlikte ödenen diğer tüm özlük haklarının çalışılmayan günlere ait kısmı geri alınır.*

*Görevde başarısız olanlarla, atandıkları kadro görev yerleri ile ilgili olarak üç ay ve daha uzun süreli bir kurs veya eğitime gönderilenlerden kurs veya eğitimde başarısız olan veya kendilerinden istifade edilemeyeceği anlaşılan uzman erbaşların, barışta sözleşme sürelerine bakılmaksızın Türk Silâhlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir. Bunlar, yedekte er kaynağına alınırlar.*

*Görevde başarısız olma, intibak edememe ve kendilerinden istifade edilememe hâlleri ve bunlara yapılacak işlemler, çıkarılacak yönetmelikte düzenlenir.*

*Ayrıca;*

*a) Almış oldukları sicile göre kademe ilerlemesi yapamayanların,*

*b) (Değişik birinci cümle: 22/1/2015 - 6586/78 md.) Verilen ceza, ertelense, seçenek yaptırımlara çevrilse, **hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse** veya affa uğrasa **dahi;***

*1) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, iftira, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, yalan yere tanıklık, yalan yere*

*yemin, cürüm tasnî, ırza geçmek, sarkıntılık, kız, kadın veya erkek kaçırmak, fuhşiyata tahrik, gayri tabî mukarenet, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, firar, amir veya üste fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar, üste hakaret, mukavemet, fesat, isyan suçlarından dolayı mahkûm olanların,*

*2) Askerî Ceza Kanununun 148 inci maddesinde yazılı suçlardan mahkûm olanların,*

*c) Taksirli suçlar hariç olmak üzere diğer suçlardan adli veya askerî mahkemeler tarafından otuz günden daha fazla süreli hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkûm olanların,*

*ç) Taksirli suçlar nedeniyle altı ay veya daha fazla süre ile hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkûm olanların,*

*d) (Değişik: 31/1/2013-6413/45 md.) Son olarak verilen de dahil olmak üzere, kararın kesinleştiği tarihten itibaren geriye doğru son bir yıl içinde toplamda otuz gün ve daha fazla oda hapsi veya hizmet yerini terk etmeme cezasına mahkûm olanların veya en son aldığı disiplin cezasından geriye doğru son bir yıl içinde en az iki disiplin amirinden toplam sekiz defa veya daha fazla disiplin cezası alanların,*

*e) Yabancı uyruklu kişilerle evlenenlerden; bu evlilikleri, ilgili yönetmelikte belirtilen esaslar dahilinde Milli Savunma Bakanlığınca uygun görülmeyenlerin,*

*f) Çeşitli nedenlerle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin veya Türk vatandaşlığından çıkartılanların,*

*Sözleşmeleri feshedilmek suretiyle Türk Silâhlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir.*

*Her ne sebeple olursa olsun, sözleşmesi feshedilerek Türk Silâhlı Kuvvetleri ile ilişkisi kesilen uzman erbaşlar, tekrar Türk Silâhlı Kuvvetlerine alınmazlar.”*

## **II. İLK İNCELEME**

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ, Bari BAĞCI ve İrfan FİDAN'ın katılımlarıyla 14/7/2021 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu hükümlerin iptalleri için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 3269 sayılı Kanun'un 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*" ve "...*dahi;*" ibarelerinin iptallerini talep etmiştir.

4. Bakılmakta olan dava uzman çavuş olarak görev yapan davacının hakkında verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle sözleşmesinin feshedilmesine yönelik idari işlemin iptali talebine ilişkindir.

5. İtiraz konusu "...*dahi;*" ibaresi bakılmakta olan davaya konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yanı sıra birinci cümlede bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmayan "*Verilen ceza, ertelense, seçenek yaptırımlara çevrilse, ... veya affa uğrasa...*" kısmı yönünden de geçerli ortak kural niteliğindedir. Bu itibarla bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek kuralın esasına ilişkin incelemenin "...*hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilse...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

6. Açıklanan nedenle 18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 10/2/2004 tarihli ve 5085 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 22/1/2015 tarihli ve 6586 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*" ve "...*dahi;*" ibarelerinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin "...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

### **III. ESASIN İNCELENMESİ**

7. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü:

#### **A. İtirazın Gerekçesi**

8. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralla kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektiren masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin ihlal edildiği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahkûmiyet hükmü hâline dönüştürüldüğü, bu kişilerin hüküm giydiği ve suçlu olduklarına yönelik bir ithamın oluşmasına neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

#### **B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

9. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 70. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

10. 3269 sayılı Kanun'un 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinde, ayrıca verilen ceza ertelense, seçenek yaptırımlara çevrilse, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse veya affa uğrasa dahi belirli suçlardan mahkûm olanların sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle Türk Silâhlı Kuvvetleri (TSK) ile ilişkilerinin kesileceği öngörülmüştür. Anılan bentte yer alan "...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*" ibaresi itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

11. Anayasa'nın 70. maddesinin birinci fıkrasında "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle kamu hizmetlerine girme hakkı güvenceye bağlanmış,

ikinci fıkrasında ise “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” denilmek suretiyle hizmete alınmada sadece görevin gerektirdiği nitelikler itibarıyla ayırım yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan hak sadece kamu hizmetlerine girmeyi değil aynı zamanda kamu hizmetlerinde bulunmayı/kalmayı da güvence altına almaktadır (AYM, E.2021/104, K.2021/87, 11/11/2021).

12. İtiraz konusu kural uyarınca hükmün açıklanmasına karar verilse dahi kuralın yer aldığı bentte sayılan suçlardan mahkûm olan uzman erbaşların sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesileceği, bu görevi yapmalarının artık mümkün olamayacağı gözetildiğinde kuralla kamu hizmetine girme hakkına yönelik bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

13. Anayasa'nın 13. maddesinde “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” denilmektedir. Buna göre temel hak ve özgürlüklere sınırlama getiren kanuni düzenlemelerin kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine uygun ve ölçülü olması gerekir.

14. Bu kapsamda kamu hizmetine girme hakkını sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp yasal kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir düzenlemeler niteliğinde olması gerekir.

15. Esasen temel hak ve özgürlükleri sınırlayan kanunun bu niteliklere sahip olması Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Hukuk devletinde kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin 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 alınan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

16. Kuralın yer aldığı bentte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında hangi suçlar nedeniyle uzman erbaşların sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesileceği açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) ila (14) numaralı fıkralarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hangi şartlarda verileceği, muhtevası, nasıl uygulanacağı, hangi suçlarla ilgili olarak bu kararın verilemeyeceği açık ve net biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kuralın belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olduğu ve bu yönüyle kanunilik şartını taşıdığı anlaşılmaktadır.

17. Öte yandan Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrasında “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” denilmek suretiyle kamu hizmetine girme hakkı yönünden özel sınırlama sebebi öngörülmüştür. Diğer yandan hizmete alınmada *görevin gerektirdiği niteliklerin* gözetilmesi -hakkın kapsamı gereği- bu niteliklerin kamu hizmetinde bulunma sırasında devam etmesini de içermektedir. Bu bağlamda anılan fıkra ile 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 getirilecek sınırlama görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir şarta bağlanamaz (AYM, E.2018/89, K.2019/84, 14/11/2019, § 16).

18. 3269 sayılı Kanun'un 1. maddesinde anılan Kanun'un amacının TSK'nın erbaş kadrolarında devamlılık arz eden teknik ve kritik görevlerde yetişmiş personel ihtiyacını karşılamak maksadıyla istihdam edilecek uzman onbaşı ve uzman çavuşların temini, hizmet şartları görev ve hakları, yükümlülükleri, astsubay sınıfına geçirilmeleri ile ilgili esas ve usulleri düzenlemek olduğu ifade edilmiştir.

19. Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasında kuvvet komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı tarafından hazırlanan ve ilgisine göre Millî Savunma veya İçişleri Bakanlıklarınca onaylanan uzman onbaşı ve uzman çavuş kadrolarına göre her yıl alınacak uzman erbaşlarla ilgili kadro görev yerlerinin yayımlanarak duyurulacağı hükme bağlanmıştır. Yine anılan fıkrada istekli olan ve yönetmelikte belirtilen niteliklere sahip; muvazzaflık hizmetini yapmakta olan çavuş, onbaşı ve erler ile bunlardan terhislerinin üzerinden beş yıldan fazla süre geçmemiş olanların müracaat yapılan yılın ocak ayının ilk günü itibarıyla yirmi yedi yaşını bitirmemiş olmak şartıyla, sözleşmeli erbaş ve erlerden en az üç yıl görev yapmış olanların müteakip sözleşme süreleri içerisinde ve müracaat yapılan yılın ocak ayının ilk günü itibarıyla yirmi dokuz yaşını bitirmemiş olmak ve sıralı üç disiplin amiri tarafından *uzman erbaş olur* kararlı nitelik belgesi doldurulmak şartıyla, istenilen belgelerle müracaat edecekleri ve bunlardan uygun görülenlerin yönetmelikte belirtilen esaslara göre çalıştırılacakları belirtilmiştir.

20. Kanun'un 5. maddesinde uzman erbaşların hizmet süreleri düzenlenmiştir. Buna göre uzman erbaşlar iki yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla sözleşme yaparak göreve başlarlar. Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı ile ilgilendirilirler. Bunlardan istihdam edildikleri kadronun görev özelliklerine göre sınıf ve branşları ile ilgili sağlık nitelikleri uygun olanların 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında malul olanlardan istekleri, bilgi ve tecrübelerinin sınıfı için faydalı olması ve fiziki noksanlıklarını kapatabilmesi şartıyla mensup olduğu kuvvet komutanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı veya Sahil Güvenlik Komutanlığınca uygun görülenlerden istihdam edilecekleri kadronun sağlık niteliklerini taşıyanların müteakip sözleşmeleri bir yıldan az, beş yıldan fazla olmamak şartıyla azami 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 40. maddesinde düzenlenen yaş haddine kadar uzatılabilir. Uzman erbaşlar yaş haddini doldurdukları yılın ağustos ayı içinde emekliye sevk edilirler. Uzman erbaşlar, seferin gereği olarak lüzum görüldüğü takdirde 5434 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (e) fıkrasında düzenlenen yaş sınırına kadar sağlık durumlarının elverişli olması hâlinde en gençlerinden başlanarak orduya alınabilirler. Olağanüstü hâl veya terörle mücadeleden kaynaklanan zorunlu hâllerde ihtiyaç duyulanların sözleşme süreleri, talebe bakılmaksızın ilgisine göre Kuvvet Komutanı, Jandarma Genel Komutanı, Sahil Güvenlik Komutanının onayını müteakip 5434 sayılı Kanun'da belirtilen yaş hadlerine kadar birer yıl süreyle uzatılabilir.

21. 3269 sayılı Kanun'un 6. ve 7. maddelerinde de uzman erbaşların onbaşı ve çavuş rütbesini taşıyan asker kişi sayılacakları, muvazzaflık hizmetinde ve yedeklik döneminde iken hizmete çağrıldıklarında er ve emsal rütbedeki erbaşların üstü oldukları, cezai müeyyideler ile yargılama usulü bakımından er ve erbaşların tabi olduğu hükümlere bağlı oldukları, terhis kaydı, yedeklik yoklaması, hizmete celp, eğitim ve tatbikat gibi yedeklik dönemine ilişkin olarak Kanun'da düzenlenmeyen hususlarda 25/6/2019 tarihli ve 7179 sayılı Askeralma Kanunu'nun



ilgili hükümlerinin uygulanacağı, uzman erbaşların istihdam edildikleri kadro görevleri ile beraber 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda erbaşlar için belirtilen görevleri de yapacakları öngörülmüştür.

22. Anılan düzenlemeler çerçevesinde itiraz konusu kuralla getirilen sınırlamanın uzman erbaşların yerine getirdikleri görevlerin niteliği, sahip olduğu yetkiler, hizmetlerinin süresi, gerektiğinde orduya alınmaları, yurt savunmasında görevlerinin bulunması hususlarının gözetilmesi suretiyle millî güvenlik ve kamu yararının sağlanması amacıyla öngörüldüğü kuralın Anayasa'nın 70. maddesinde ifade edilen *görevin gerektirdiği bir nitelik* kapsamında olmadığı söylenemez. Bu itibarla kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

23. Bununla birlikte kuralın anayasal bağlamda meşru bir amacının bulunması yeterli olmayıp ölçülü de olması gerekir. 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, bir başka ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama aracı ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM; E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2013/66, K.2014/19, 29/1/2014; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016, § 10).

24. TSK'nın erbaş kadrolarında devamlılık arz eden teknik ve kritik görevlerde yetişmiş personel ihtiyacını karşılamak amacıyla istihdam edilen ve yurt savunmasında da görev alan uzman erbaşların yerine getirdikleri görevler gözönünde bulundurulduğunda, uzman erbaşların haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse dahi belirli suçlardan mahkûm olmaları hâlinde sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle TSK ile ilişkilerinin kesileceğinin öngörülmesinin uzman erbaşlara toplumun ve bireylerin güvenle yaklaşmasına katkı sağlayacağı ve bunu destekleyeceği gözetildiğinde kuralın millî güvenliğin ve kamu yararının sağlanması amacına ulaşma bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

25. Kural uyarınca uzman erbaşların sözleşmelerinin feshedilerek görev yapmalarına engel olan durum, devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, iftira, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, yalan yere tanıklık, yalan yere yemin, cürüm tasniî, ırza geçmek, sarkıntılık, kız, kadın veya erkek kaçırmak, fuhşiyata tahrik, gayri tabiî mukarenet, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarını açığa vurma, firar, amir veya üste fiilen taarruz, emre itaatsizlikte ısrar, üste hakaret, mukavemet, fesat, isyan suçları ile 22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun 148. maddesinde yazılı siyasi faaliyette bulunma suçlarına konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıdır. Bu bağlamda taksirli suçlara ya da anılan suçlardan olmayan diğer suçlara konu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları uzman erbaşlarının görevlerini yapmaya engel teşkil etmemektedir.

26. Bu itibarla uzman erbaşların yerine getirdiği görevin niteliği, sahip olduğu yetkilerin kapsam ve etkinliği, kural uyarınca haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemiş olması gereken suçların niteliği, tehlikeliliği ve ağırlığı gözetildiğinde kuralın orantısız bir müdahaleye neden olmadığı, dolayısıyla anılan hakka ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşılmıştır.

27. Öte yandan Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” denilmektedir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan *masumiyet karinesi*, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Masumiyet karinesine göre bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında cezai müeyyidelerin uygulanabilmesi, adil bir yargılanma sonucunda kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır.

28. Anayasa'nın 36. maddesinde de herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç isnat edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının da bir unsurunu oluşturmaktadır (*Adem Hüseyinoğlu*, B. No: 2014/3954, 15/2/2017, § 33).

29. Kural; haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte, yalnızca uzman erbaşlık görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini, başka bir deyişle bu hizmeti yürütecek kişilerde bulunması gereken niteliklerden birini hükme bağlamaktadır. Nitekim kanun koyucu, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla uzman erbaşlık görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartları belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla kanun koyucunun anılan takdir yetkisi kapsamında öngördüğü kuralın masumiyet karinesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır (benzer yöndeki karar için bkz. AYM, E.2021/30, K.2021/82, 4/11/2021, § 29).

30. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 36., 38. ve 70. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Selahaddin MENTEŞ ve Kenan YAŞAR bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 36., 38. ve 70. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

#### **IV. HÜKÜM**

18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 10/2/2004 tarihli ve 5085 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 22/1/2015 tarihli ve 6586 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan “...*hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Engin YILDIRIM, M. Emin KUZ, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Selahaddin MENTEŞ ile Kenan YAŞAR'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 21/4/2022 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Hasan Tahsin GÖKCAN	Başkanvekili Kadir ÖZKAYA
Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN	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	Üye İrfan FİDAN	Üye Kenan YAŞAR

### **KARŞIOY GEREKÇESİ**

1. 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 22/1/2015 tarihli ve 6586 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilse... dahi;" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. İtiraz konusu kural hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilse dahi itiraz konusu ibarenin de yer aldığı bentte sayılan suçlardan mahkûm olan uzman erbaşların sözleşmelerinin feshedilmek suretiyle Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) ile ilişkilerinin kesilmesini öngörmektedir.

3. İptali istenen kural Anayasa Mahkemesinin 04/11/2021 tarihli ve E.2021/30, K.2021/82 sayılı kararında incelediği belli suçlardan mahkûm olanların haklarında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına dair karar verilmiş olsa bile özel güvenlik görevlisi olamayacaklarını öngören kuralla benzer mahiyettedir. Bu sebeple anılan karara ilişkin yazdığımız karşıoy gerekçeleri itiraz konusu kural için de geçerlidir.

4. Anılan karşıoyda ayrıntılı şekilde ortaya konulduğu üzere, suç işledikleri henüz hükmen sabit olmayan kişilerin "*mahkûm*" olarak değerlendirilmesi, hatta bu yönde imada bulunulması bile masumiyet karinesini ihlal eder. Zira Anayasa'nın 15. maddesinde olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılmayan bir mutlak hak olarak korunan masumiyet karinesi, hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunmayan kişinin kendisine isnat edilen suç işlediği izlenimini veren ve suçlu olduğu inancını yansıtan bir dilin kullanılmasına müsaade etmez.

5. Bu kapsamda masumiyet karinesi ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Kişinin suçluluğu HAGB kararı ile kesin olarak sübuta ermediği için, bu kararın esas alınarak onu suçlu göstermeye veya suçlu olarak algılanmasına yol açacak nitelikteki kural, eylem ve kararlar masumiyet karinesinin ihlalini teşkil edecektir.

6. Çoğunluğa göre, "*Kural; haklarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş kişilere herhangi bir ceza uygulanmasını öngörmemekte, yalnızca uzman erbaşlık*



*görevini yerine getirecek kişilerde bulunması gereken şartlardan birini...hükme bağlamakta” olduğundan masumiyet karinesine aykırı değildir (ş 29). Çoğunluğun belirttiği iki husus da doğru, ancak ulaştığı sonuç yanlıştır. Gerçekten de kuralın hakkında HAGB’ye hükmedilen kişilere ceza hukuku anlamında bir “ceza” öngörmediği ve uzman erbaşlık görevinin şartlarından birini düzenlediği hususlarında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu durum masumiyet karinesinin ihlal edilmediğini göstermek için yeterli değildir.*

7. İtiraz konusu kuralda hakkında HAGB kararı verilen *kişiyi suçlu olarak yansıtan bir dilin kullanılması nedeniyle* masumiyet karinesi ihlal edilmiştir. Kuralın dili hükmen sabit olmuş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen kişinin *suçlu sayılması* sonucunu doğurabilecek niteliktedir. Nitekim TSK ile ilişkisi kesilecek olanların “...*hükümün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar verilse... dahi;*” belli suçlardan “*mahkûm olanlar*” şeklinde ifade edilmesi, HAGB kararının da kesinleşmiş bir mahkûmiyet olarak görülmesine neden olabilecek mahiyettedir.

8. Bu bağlamda iptali istenen kural, kişilerin belli suçlardan mahkûm olması ile haklarında HAGB’ye hükmedilmesi arasında herhangi bir ayırım yapılmaması sonucunu doğurmaktadır. Başka bir ifadeyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde kuralın, haklarında HAGB kararı verilmiş kişilerin de “*suçlu*” olduğunu ima ettiği, bu kişileri mahkûmiyet kararları kesinleşmiş kişilerle birlikte “*mahkûm*” olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

9. Diğer yandan iptali istenen kural HAGB kararlarının hukuki sonuç doğurmayacağına dair kanun hükmünü en azından düzenlediği alanda işlevsiz kılmaktadır. Bu da doğrudan HAGB kurumunu bu alanda anlamsız kılacak niteliğe sahiptir. Kişilerin haklarında verilen HAGB kararının bir görevde kalıpta engel teşkil edeceğini öngörmelerini beklemek gerçekçi değildir. Kural bu yönüyle hukuki güvenlik ilkesini de zedelemektedir (ayrıntılı açıklamalar için 2021/82 sayılı karara yazdığım “Karşioy Gereçesi”nin 19 ila 24. paragraflarına bakılabilir).

10. Açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden red yönündeki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan

Zühtü ARSLAN

## **KARŞIOY GEREKÇESİ**

1. Anayasanın 7. maddesi uyarınca asli ve genel nitelikli yasama yetkisine sahip olan yasama organının kanun vaz ederken takdir alanı oldukça geniş olmakla birlikte anılan yetkinin Anayasal ilke ve kurullarla sınırlı olduğu da bilinen bir husustur. Bu konuda sınır oluşturan ilkelerden biri de Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan ve 15. maddesinde de olağanüstü hallerde dahi asla ihlal edilemeyeceği belirtilen *masumiyet karinesidir*. Masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin ilk boyutu, suç isnadı altındaki kimsenin kesin bir mahkeme kararıyla mahkum edilinceye kadar aynı uyumsuzluk veya bağlantılı davalar dolayısıyla suçlu olduğu algısına yol açacak eylem veya işlemlere karşı koruma sağlamasıdır. Karinenin ikinci boyutu, ceza yargılamasının mahkumiyet dışında beraat veya düşme gibi bir kararlar sonuçlanması durumunda devreye girer ve aynı olaya bağlı sonraki yargılamalarda kişinin bu fiil nedeniyle masumiyetinden şüphe duyulmamasını gerektirir.

2. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararları 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231/5. maddesi uyarınca hukuki sonuç doğurmayan kararlardır. Bu kararlar her ne kadar ceza mahkemesinin suçun sanık tarafından işlendiğine ilişkin yargısına dayanmakta ise de henüz ortada olağan kanun yolları süreci tamamlanmış ve hukuki geçerliği olan bir mahkumiyet kararı bulunmadığı için masumiyet karinesinin güvencesi sürmektedir. Nitekim Mahkememiz Emrah Şahin kararında; “HAGB kararının 5271 sayılı Kanunun 211. Maddesi uyarınca sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı dikkate alındığında başvurucunun masumiyet karinesinin devam ettiği açıktır.” sözleriyle (B. No: 2018/37580, 20.10.2020, p. 46) bu durumu ifade etmiştir. Başka deyişle hakkında HAGB kararı verilen ve bu nedenle anılan kararın askıda olduğu 5 yıllık dönemde anılan karar bir mahkumiyet kararı imiş gibi nitelenerek tesis edilecek işlemler masumiyet karinesini ihlal edecektir. Mahkememizin bireysel başvuruya ilişkin kimi kararlarında da bu husus vurgulanmıştır; “... ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda, açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararına dayanılması masumiyet karinesiyile çelişebilir.” (Hüseyin Şahin, B. No: 2013/1728, 12.11.2014, p. 40). Bu nedenle Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesinin yasal düzenlemelerde dikkate alınması zorunludur.

3. İkinci olarak hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir unsuru olan *hukuki güvenlik ilkesi* de yasa koyucu tarafından gözetilmelidir. 5271 sayılı CMK'nın 231/5. maddesi ile HAGB kararlarına hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Bu kurala güvenip hükümün açıklanması yerine, hakimın sorusu üzerine açıklanmasının ertelenmesini tercih eden sanıkların hukuki güvenliklerinin korunabilmesi için, diğer kanunlardaki düzenlemelerde bu hususun dikkate alınması gerekmektedir.

4. İncelenen 12. maddede uzman erbaş olabilmek için dördüncü fıkrada aranan şartlar içerisinde (b) bendi sonunda yer alan “**hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse ... dahi**” ibaresinden sonra 1. ve 2. alt bentlerde belirtilen suçlardan hapis cezasına “**mahkum olanlar**” ibaresiyile HAGB kararı da mahkumiyet gibi bir olumsuz şart olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla incelenen kurala göre anılan suçlardan hakkında HAGB kararı verilen kimse cezaya *mahkum edilmiş gibidir*. Başka deyişle bizzat kanun tarafından HAGB kararı uzman erbaş alınması konusunda “ceza mahkumiyeti” gibi nitelenmiş, anılan suçlara kesin olarak mahkum edilmiş kimselerle hakkında HAGB kararı verilenler arasındaki ayırım ortadan kaldırılmıştır. Böylece diğer bir kanunla (CMK 231/5) hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilen ve bu nedenle yargılanan kişilerin tercihine mazhar olan HAGB kararına hukuki sonuç bağlanarak hukuk güvenliği ilkesi ihlal edilmiştir. Yine incelenen kuralda yasa koyucu tarafından kullanılan dil Anayasanın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesini ihlal etmektedir.

5. Açıklanan nedenlerle, incelenen kuralın hukuk devleti ilkesini ve masumiyet karinesini ihlal etmesi dolayısıyla Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği görüşümdedir.

Başkanvekili

Hasan Tahsin GÖKCAN

### **KARŞIOY GEREKÇESİ**

İtiraz konusu kuralla büyük benzerlik taşıyan bir başka kuralın incelendiği E.2021/30, K.2021/82 sayılı ve 04/11/2021 tarihli karardaki karşıoy yazımda belirttiğim gerekçelerle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye

Engin YILDIRIM

### **KARŞIOY GEREKÇESİ**

3269 sayılı Kanunun 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal talebinin reddine karar verilmiştir.

İtiraz konusu kuralın, Başkan Sayın Zühtü Arslan'ın 4/11/2021 tarihli ve E.2021/30, K.2021/82 sayılı karara ilişkin karşıoy gerekçesinde açıkladığı, bu karara ilişkin olarak tekrarladığı ve benim de aynen katıldığım sebeplerle Anayasaya aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red kararına karşıyım.

Üye

M. Emin KUZ

### **KARŞIOY GEREKÇESİ**

1. Mahkememiz çoğunluğunun 18/3/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 10/2/2004 tarihli ve 5085 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 22/1/2015 tarihli ve 6586 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "...hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse..." ve "...dahi;" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki kanaatine katılmamaktayım.

2. Dava konusu ibarelerin, bu kurala benzer bir başka kurala ilişkin iptal isteminin reddedildiği Anayasa Mahkemesi'nin "E.2021/30, K.2021/82, K.T.: 04/11/2021" künyeli kararında (özel güvenlik grevli ile ilgili) yazdığım karşıoy gerekçelerinde ifade ettiğim üzere Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz*" hükmüne aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatindeyim.

### KARŞI OY

1. Anayasa Mahkemesinin Sayın Çoğunluğunca; 3269 esas sayılı uzman erbaş Kanunu 10-2-2004 tarihli 5085 sayılı kanunun 7. Maddesi ile değiştirilen 12. Maddesinin 4. Fıkrasının b bendinin 22/01/2015 tarihli ve 6586 sayılı kanunun 78. Maddesinde değiştirilen birinci cümlesinde yer alan “... *hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse...*” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

2. Uzman Çavuş olarak görev yapan davacı hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükmü nedeniyle tesis edilen idari işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olduğu düşüncesine varan Mahkeme, kuralın iptali için mahkememize müracaat edilmiştir.

3. Başvuru, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı 1 yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkum olan ya da belli bazı suçlardan mahkum olan kişilerin uzman çavuş olamayacağını öngören kuralın HAGB kararının hüküm ve sonuç doğurmasına yol açtığı gerekçesiyle Anayasa’nın 2., 5. ve 49. maddelerine aykırı olduğu iddiasına ilişkindir.

4. Dava konusu kuralın başvuru hakkında uygulanmasıyla hukuki sonuç doğurduğu açıktır. Dava konusu kural uzman çavuş olmak isteyen şahıs hakkında, idarece tesis edilen işlem sadece madde metnine bağlı olarak hüküm ve sonuç doğurmuştur. İdarenin bu kural nedeniyle bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Suça ve yapılacak işe ilişkin bir değerlendirme yapma şansı bulunmamaktadır. Kural işleme maruz kalan kişiler hakkında otomatik bir sonuç doğurmaktadır.

5. Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir.

6. Dava konusu kural çalışma hürriyeti ile ilgisi olmakla birlikte Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesiyle de ilgisi vardır bu nedenle kuralın masumiyet karinesi yönünden de incelenmesi gerekir.

7. Ceza hukukunun bir sistemi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi esasen çağdaş ve yeni bir sistemdir. Sistem niteliği itibariyle kendine has bir düzenlemedir. Niteliği itibariyle insan odaklı bir ceza adalet sisteminin yaklaşımı sonucu ortaya çıkmıştır. Ceza hukuku müessesesi olmasına rağmen uygulama alanı itibariyle disiplin hukuku idari hukuku açısından da hüküm ve sonuç doğurabilmektedir. Bu nedenle diğer yargı alanlarında uygulandığında sistemin bir bütün olarak değerlendirilmesi ceza hukukunda sonuç doğurmayan işlemlere idare hukuku açısından da anlam ve sonuç bağlanmamalıdır. Aksi uygulamalar müessesinin düzenleniş amacına da aykırı olacaktır.

8. HAGB, kararıyla hakkında HAGB kararı kurulan kişi bir denetim süresine tabii kılınmakta bu süreyi tedbirlere uygun geçirdiğinde hakkında düşme kararı verilmektedir. Tedbirlere aykırı davrandığında hüküm açıklanmakta hüküm açıklanınca kişinin bu kararı

İstinafa veya temyiz süreçlerine tabii kılma hakkı bulunmaktadır. Mahkumiyet kararının hukuk tekniği açısından beraata dönüşme şansı bulunmaktadır. Hüküm açıklandığında da bu süreçler göz önüne alındığında kişi hakkında açıklandığı andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmadığı kararın hukuk sistemi içerisindeki süreçlere tabii olduğu anlaşılmaktadır.

9. Anayasa Mahkemesi Emrah Şahin kararında “(...) *Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının TCK'nın 231. maddesi uyarınca sanık hakkında hukuki sonuç doğurmadığı dikkate alındığında başvurusunun masumiyet karinesinin devam ettiği açıktır.*” demiştir.

10. Mahkeme genel kurulun Hüseyin Şahin kararında idari işlemlerde ve idari işlemlere açılan kararlarda HAGB kararında dayanılması hususunda aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur. “*Buna karşılık hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen durumlarda sanığın suçlu olduğu konusunda ulaşılmış bir vicdani bir kanaat bulunmakta ve bu kanaat ‘kasten yeni bir suç’ işlenmemesi şartına bağlı olarak hüküm ifade etmemektedir. Gerçekten hükümün açıklanmasının geri bırakılması mahkumiyet konusunda vicdani kanaate ulaşılmış mahkemenin buna ilişkin hükmü açıklamayı belirli bir süre ertelemesini bu süre zarfından hükümün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ve bu süre sonunda kişinin başka suç işlememesi halinde açıklanması geri bırakılan hükümün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine karar verilmesini ifade eder. Bu çerçevede ceza davası dışında fakat ceza davasına konu olan eylemler nedeniyle devam eden idari uyuşmazlıklarda açıklanması geri bırakılan mahkumiyet kararına dayanılması masumiyet karinesiyle çelişebilir. Bu karşılık, idari uyuşmazlığın çözümüne esas teşkil etmesi bakımından salt kişinin yargılanmış olmasından ve hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karardan söz edilmesi masumiyet karinesinin ihlal edildiğinden söz edebilmek bakımından yeterli değildir. Bunun için karar gerekçesinin bütün halinde dikkate alınması ve nihai kararın münhasıran hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen fiillere dayanıp dayanmadığının incelenmesi gerekir.*” (Hüseyin Şahin GK, B. No: 2013/1723, 12/11/2014, 40.)

11. Anayasa Mahkemesinin yukarıda özetlenen paragrafında HAGB kararının kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü niteliğinde olmadığı Anayasa'nın 38. maddesinin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz şeklindeki düzenlemenin içeriğinde belirtilen kişilerin suçluluğunu hükmen sabit hale getiren bir karar olmadığı dolayısıyla idari uyuşmazlıklarda salt HAGB kararındaki değerlendirmelere ve tespitlere dayanılmasının masumiyet karinesi açısından sorun teşkil edebileceği anlaşılmaktadır.

12. Yukarıda belirtilen görüşler doğrultusunda davası konusu kural incelendiğinde; kuralın tek başına HAGB kararının varlığına belli bir hukuki sonuç bağladığı görülmektedir. Dava konusu kuralın “*Hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile;... mahkum olmamak*” şeklinde formül ediliş metninden haklarında HAGB kararı verilmiş kişilerin mahkum olmuş diğer bir ifade ile suçlu olarak kabul edildiği ve bu sebeple uzman çavuş görevlisi şartını taşımadığı anlamı çıkmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesindeki suçluluğu hükmen sabit olması ifadesi bir suç işlediği gerekçesiyle kesin ya da kesinleşmiş bir kararla mahkum olmuş olmasını ifade eder. Hakkında HAGB kararı verilmiş kişi hakkında ortada kesinleşmiş ya da açıklanmış bir mahkumiyet kararı bulunmamaktadır. HAGB kararı verilmiş kişi hakkındaki mahkumiyet kararının açıklanması ertelenmiş ve bu karar hukuk alanında kesinleşmemiştir. HAGB kararlarında kesinleşen karar mahkumiyet kararı değil ‘mahkumiyet kararının açıklanmasının ertelenmesine’ ilişkin karardır. Bu haliyle kural Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır ve iptali gerekir.

13. Yukarıda açıklanan gerekçelerle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı görüldüğünden iptal edilmesi görüşüyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmadım.



Üye

Selahaddin MENTEŞ

### **KARŞI OY GEREKÇESİ**

İtiraz Konusu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 12. maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendinin 6586 sayılı Kanunu'nun 78. maddesiyle değiştirilen birinci cümlesinde yer alan "... hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse ..." ve "... dahi ..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırılığına ilişkindir.

1. Söz konusu düzenleme ile CMK madde 223'de hüküm olarak sayılan durumların arasında bulunmayan hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararına hüküm niteliği kazandırarak masumiyet ilkesi ihlal edilmektedir.

2. Anayasa'da dayanak bulan masumiyet karinesi gereğince suç isnadı karşısında suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar herkes masum sayılır.

3. Söz konusu düzenleme ile kesinleşmemiş bir karar dayanak gösterilerek masumiyet karinesinin sağlamış olduğu Anayasaca korunan hak ihlal edilmektedir.

4. İlgili madde idareye herhangi bir takdir hakkı vermemektedir.

5. Hakkında HAGB kararı verilen kişinin fiili şüphesiz mesleğe mani bir hal olabilir. Diğer yandan olmayabilir de ... Bu konuda bir değerlendirme yapılmadan mesleğe giriş veya görevde kalmaya engel teşkil edecek şekilde sonuç bağlanması kişiye karşı bir yaptırımdır. Bu yaptırım ile kişi mahkum olmuş gibi bir sonuçla karşı karşıya kalmaktadır.

6. Hülasa HAGB kararını kesin hüküm olarak kabul eden söz konusu kuralın, masumiyet karinesi güvence altına alan Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olması ve iptali gerektiği düşüncesi ile red yönündeki çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.

Üye

Kenan YAŞAR