



T. C.
Y A R G I T A Y
3 . C E Z A D A R E S

T Ü R K M İ L L E T A D I N A
Y A R G I T A Y K A R A R I

Esas No : 2023/12611

D. Karar No : 2023/

İstanbul 13. A ır Ceza Mahkemesi'nin 2021/178 esas sayılı, İrafettin Can Atalay hakkındaki 30.10.2023 tarihli yazısı ve bu yazıya ilgi tutulan Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2023 tarihli ve 2023/53898 sayılı yazısı ile ekinde gönderilen Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.2023 tarihli ve 2023/53898 sayılı kararı ve İstanbul 13. A ır Ceza Mahkemesi'nin heyet halinde 2021/178 esas sayılı dosyası üzerinden verdi i 01.11.2023 tarihli ek kararı **incelendi**;

İrafettin Can Atalay'ın 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne yapımı oldu u 2023/53898 numaralı bireysel ba vurusu üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde verilen hak ihlali kararı, 27.10.2023 tarihli ve 32352 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmakla, dosya içeri i incelendi inde;

İstanbul 13. A ır Ceza Mahkemesi'nin 25.04.2022 tarihli ve 2021/178 esas 2022/178 sayılı kararı ile u anda hükümlü olan İrafettin Can Atalay hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 312. ve 39. maddeleri kapsamında Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya te ebbüs etmeye yardım suçundan hükmedilen 18 yıl hapis cezasına kar ı istinaf kanun yoluna ba vuruldu u, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 28.12.2022 tarihli ve 2022/1270 esas 2022/1463 sayılı kararı ile istinaf ba vurusunun esastan reddine karar verildi i, anılan karara yönelik **temyiz** kanun yoluna ba vurulması nedeniyle dosyanın tebli name düzenlenmesi için Yargıtay Cumhuriyet Ba savcılı ına gönderildi i, dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Ba savcılı ında tebli name düzenlenmesi için bulundu u sırada İrafettin Can Atalay'ın 14.05.2023 tarihinde yapılan milletvekili genel seçimlerinde Hatay milletvekili olarak seçildi i, 07.07.2023 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Ba savcılı ı tarafından hazırlanan tebli namenin Dairemize gönderildi i, akabinde İrafettin Can

Atalay'ın milletvekili seçilmesi nedeniyle hakkında yasama dokunulmazlığının bulunduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 83. maddesi gereğince durma kararı verilmesi ve buna bağlı olarak tahliye edilmesinin Dairemizden talep edildiği, Dairemizin 13.07.2023 tarihli ve 2023/12611 esas 2023/112 de ikili sayılı kararı ile bu talebin gerekçeli ekilde reddedildiği, erafettin Can Atalay tarafından söz konusu karara karşı yapılan itirazın da Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından incelenerek 17.07.2023 tarihinde kesin olarak reddedildiği, akabinde erafettin Can Atalay'ın 20.07.2023 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne "*milletvekili seçilerek yasama dokunulmazlığı kazanması nedeniyle yargılamada durma kararı verilmesi talebinin reddedilerek yargılamaya devam edilmesi sebebiyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının, tahliye talebinin reddedilmesi nedeniyle de ki i hürriyeti ve güvenli i hakkının ihlal edildi i iddiaları ile*" bireysel başvuruda bulunduğu, söz konusu bireysel başvuru inceleme aşamasındayken Dairemizin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 esas 2023/6359 sayılı kararı ile erafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün onanmasına karar verildiği ve erafettin Can Atalay'ın hükümlü sıfatını kazandığı,

Anayasa Mahkemesi tarafından 25.10.2023 tarihinde 2023/53898 sayılı başvuruda hakkında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile ki i hürriyeti ve güvenli i hakkı yönünden hak ihlali kararı verilerek, hak ihlallerin ortadan kaldırılması amacıyla başvuru erafettin Can Atalay'ın yeniden yargılanmasına bağlanması, mahkumiyet hükmünün infazının durdurulması, ceza infaz kurumundan tahliyesinin sağlanması ve yeniden yapılacak yargılamada durma kararı verilmesi ekindeki iddiaların yerine getirilmesi için bu ihlal kararının bir örneğinin İstanbul 13. Aır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiği, bunun üzerine İstanbul 13. Aır Ceza Mahkemesi tarafından 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluğu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesi dayanak gösterilmek suretiyle "*Anayasa Mahkemesince verilen bireysel başvuruya konu ihlal kararı Mahkememizin kararına ilkin olmayıp, Yargıtay ilgili Ceza Dairesince verilen tahliye talebinin reddi kararına ilkin oldu u, dosyanın ilgili Daire önünde bulundu u sırada başvuru millevkili seçildi i ve bireysel başvuru yapıldıktan sonra ilgili Ceza Dairesince dosyanın esastan incelendi i ve karara bağlandı ı, bu sebeple olu an yeni hukuki durum karısında Yargıtay 3. Ceza Dairesince yeni bir de erlendirme yapılmasının zorunlu oldu u*" gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararı hakkında bir karar verilmek üzere dosyanın Dairemize gönderildiği, Dairemiz tarafından da bu konuda mütalaa alınması için 03.11.2023 tarihinde dosya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderilmekle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 03.11.2023 tarihli mütalaaasında;

"...Çözümlemesi gereken temel sorunun, Anayasanın 14. maddesinin Devletin Güvenli ine karşı i lenen eylemleri kapsayıp kapsamadı ı, 3. fıkrasında öngörülen yasal düzenlemenin TBMM tarafından yapılmasının gerekip gerekmedi i noktada toplandı ı anla ılmaktadır.

...
Aslında yürürlükte bir Anayasa kuralının bulunmaması nedeniyle başvuru millevkili seçilme ve faaliyette bulunma temel hakkının ihlal edildi i ekinde bir belirlemeyle Adli yargı merciiince yapılan TCK ve 3713 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak gerçekte tirilen yargısal faaliyetlerin yerinde olmadı ı tamamıyla hükümsüz sayılarak

yerindeli i denetlenmi tir.

Halbuki, 5237 sayılı TCK'nın 302 ila 308. maddelerinde 'Devletin Güvenli ine Kar ı Suçlar' ile 309 ila 316. maddelerinde 'Anayasal Düzene ve Bu Düzenin leyi ine Kar ı Suçlar'ın Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesi kapsamında de erlendirilmesi gereken suçlar arasında yer aldıklarında ku ku yoktur.

öyle ki; böylesi bir öneme haiz konuda bo luk bırakmayan Kanun Koyucu 3713 sayılı Kanununun 1. maddesinde terörü; 'cebir ve iddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni de i tirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlı unu tehlikeye dü ürmek, Devlet otoritesini zaafa u ratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dı güvenli ini, kamu düzenini veya genel sa lı ı bozmak amacıyla bir örgüte mensup ki i veya ki iler tarafından giri ilecek her türlü suç te kil eden eylemlerdir' ekinde tanımladıktan sonra 3. maddesinde; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar terör suçlarıdır.' ekinde açıklanmı tir.

Bu noktada ayrıntılı hükümler içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunundan farklı olarak anayasa, büyük ölçüde kapsamı geni ve ucu açık hüküm niteli inde bulunan 14. maddesinin geni kapsamlı anayasa yargısı ile yorumlamanın önemi daha da artmaktadır. Anayasa Mahkemesi soyut anayasal kuralların muhtevasını belirleme noktasında o kadar etkin bir konuma sahiptir ki, bu normlara anayasa koyucunun gerçek iradesi ile çeli en yorumlar yapılmaması, yorum yaparken anayasanın içeri ini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi halde yorumun ba layıcı etkisinin temeli ve me rulu u ortadan kalkar. Tutarlı bir yorum teorisi geli tirilerek anayasal ilkeler arasındaki hiyerar iyi nedensellik ba larını vurgulayan 'anayasayı bütünlü ü ilkesi'ni esas alarak ilmi ve objektif kriterlere, effaf denetlenebilir ölçütlere göre yorumlaması gerekmektedir. Anayasa yargısının, anayasallık denetimi kapsamında sahip oldu u anayasal yetki alanı 'hukukilik denetimi' yapmakla sınırlıdır. öyle ki,

Anayasal demokratik bir rejimde, AYM'nin aktif olmasının me ru görülebilece i alan, sadece ki isel ve siyasi haklar alanıdır. Yasamanın üstünlü ü ilkesinin, yürütmenin eylem ve i lemleri ile yargısal uygulamalar sırasında olu acak hak ihlallerinin önüne geçilmesi ba lamında bu alandaki görev ve yetkilerinin istisnasını te kil edecek iptal ve ihlal kararı verme yetkisine haiz AYM'nin, anayasal demokratik me ruiyetini temin edecek en önemli husus, temel hak ve hürriyetlerin anayasallık denetimi yoluyla korunmasıdır.

AYM, soyut hukuki kurallardan somut hukuk üreterek, önüne getirilen kuralların anayasaya uygunlu unu denetlemektedir. Ancak bu durum kendi içinde zorluklar içermekte kuvvetler ayrılı ı ilkesinin ihlali, sonuçlarına neden olabilmektedir. Bu ba lamda; Anayasal normlara uygunlu unun denetlenmesi oldukça zorluk arz etmektedir. Bu zorluklardan ilki, anayasalarda yer alan hükümlerin bir ço unun, genel, soyut, belirsiz, yorumlamaya ihtiyaç duymasıdır. Yorum, insano lunun, farklı manalara gelme ihtimali bulunan metin ya da kavramların ne manaya geldi ini belirlemeye yönelik gerçekle tirdi i bir zihni faaliyettir. Hukuki normların uygulanmasma ili kin yorum vasıtasıyla, soyut hukuk kurallarının somut olaylara

uygulanarak do ru bir neticeye ula ilabilmesi için, ilgili hukuk kuralının anlamlarının iyice ortaya konulması yönünde çaba sarf edilmelidir. Yorumlama faaliyetleri aynı zamanda hukukun ekillendirilmesidir. Kanun koyucunun çıkardı ı kuralları iptal etme ya da Anayasaya aykırı bulmama eklinde neticelenen faaliyet kapsamında, mahkemenin denetledi i konuya ili kin yeni bir yakla ım ortaya konulmu olmaktadır.

Her eyden önce AYM'nin, anayasallık denetimi kapsamında sahip oldu u 'hukukilik denetimi'nin sınırlarının çok iyi tayin edilmesi gerekir. AYM hakimlerinin yapmı oldukları hukukilik denetimi, 'yasama, yürütmenin yapmı oldukları i lemlerin, anayasal olarak sahip oldukları yetki sınırları içerisinde yapılıp yapılmadı ını Denetleme' yargı alanında ise bireysel ba vuruya konu hakkın ihlal edilip edilmedi ini belirlemek ile sınırlıdır. Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken, anayasallık denetimi yapan yargı mercii'nin, her eyden önce di er organlara ait bir yetkiyi kullanmaktan imtina etmesi gerekir.

ayet bir konu, anayasal hükümler çerçevesinde yasama, yürütme, adli ve idari yargı alanına giriyorsa, AYM, bu mercilerin bu alanda anayasaya aykırı olmayan i lemlerini iptal ederek geçersizle tiremez. Çünkü kuvvetler ayrılı ı ilkesi gere i, yasama, yürütme ve yargının yetki alanları ve sınırları Anayasada belirtilmi tir. Anayasa yargısı mercii de dahil hiçbir merci yasama, yürütme ve yargının, yetki alanlarına giren konularda düzenleme yapma yetkilerini kullanmalarına mani olamaz.

'Hukukilik denetimi' ile sınırlı bir anayasallık denetimi icra eden AYM, AYM hakimi, bu yönü itibariyle vazifesini ifa ederken, yeni hukuk normları ihdas edemez, sadece mevcut anayasal normları yorumlayıcı yönde kararlar verir. Soyut bir anayasal norma anlam vermek durumunda olan AYM hakimi yorumlama sürecinde, o norma yüklenebilecek de i ik manalardan istedi i manayı keyfi olarak öne çıkararak karar veremez. Anayasallık denetimi yapan Mahkemeler, bir hakem gibi konulmu olan kurallara uyulup uyulmadı ını tespit mercii olmalı, oyunun kurallarını yeniden yazan yerler olmamalıdır. Aksi yönde bir tutum, kuvvetler ayrılı ı prensibine aykırıdır; kuralı koyan yasama organı, icra eden yürütme, kurala uyulup uyulmadı ını da tespit eden yargıdır.

Özbudun'a göre, Anayasa yargısının demokratik me ruiyetini tahkim edecek bir di er faktör de, özellikle temel siyasi tercihleri ve de er yargılarını ilgilendiren alanlarda AYM'nin aktivist bir tutum takınmaları yerine, kendi kendini sınırlama yakla ımı izlemesidir. Anayasa hakimleri kararlarında kendi deger yargılarının tesirinde kalırlar, de erlerinden tümüyle arındırılmı bir Anayasa yargısı ve yorum faaliyeti dü ünülemez. Fakat Anayasa hakimleri, kararlarına toplumun ço unlu u tarafından me ruluk izafe edilmesine de önem verirler ve bu anlamda stratejik dü ünürler. Bu da onları kendi kendilerini sınırlandırmaya sevk edebilir. Bu vesileyle AYM hakimlerinin kendi kendilerini sınırlamaları ve aktivist bir tutum izlememeleri Anayasa yargısının demokratik me ruiyetini güçlendirir. (Bkz: Özbudun, Ergun, 'Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu', Demokrasi ve Yargı Sempozyumu, 04-06 Ocak 2005 Ankara, Türkiye Barolar Birli i y., Ankara, 2005)

Yusuf evki Hakyemez'e göre, yargısal aktivizm, gerçekte tirdikleri anayasaya uygunluk denetimi sürecinde mahkemelerin, belli bir sonuç elde etmeye odaklanmı aktif bir yakla ımla, anayasa hükümlerini sahip oldu u anlamı zorlayacak ya da bazen tamamen tersyüz edecek biçimde yorumlayarak, nihai a amada yasama

tasarruflarına ili kin olarak siyasal iradenin de hedeflemedi i yeni uygulamalara yol açabilen kararlar vermeleri durumudur. Yargı sistemi içerisinde birbirine üstünlü ü yerine, yargısal sınırlılık ilkesi ile uyumlu olarak, kuvvetler ayrılı ı ilkesi ve demokratik sürece dayandırmak bir zorunluluktur. (Bkz: Hakyemez, Yusuf evki, 'Anayasa Mahkemelerinin Geleneksel İlevi Ba lamında Günümüzde Ortaya Çıkan İki Sorun: Yerindelik Denetimi Tartı maları ve Ulusalüstü Örgüte Üye Devletlerdeki Anayasa Yargısının Konu Bakımından Sınırlandırılması', Anayasa Yargısı D., C. 24, Yıl 2007)

Bu noktada belirtilmelidir ki; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 14. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin ba ımsızlı ı ve demokrasisi, yani varlı ı için olmazsa olmaz unsurları belirlemi tir. Zira, hiçbir devlet varlı ına kasteden bir suçu i lemekle suçlanan bir kimsenin dokunulmazlı ını kabul etmez. Aksi bir kabul, hak ve nesafet ilkeleri ile e itlik kuralıyla ba da mayaca ı gibi adalete olan inancı sarsarak kamu vicdanını da rahatsız eder.

Bütün bunlara ra men hukuk kurallarının belirlili inin sa lanması yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlanamaz. Kaldı ki, ngiltere di er ülkelerin aksine tek bir anayasal metin bulunmamaktadır. Birle ik Krallık'ın, siyasi yapısını olu turan yasalar ve ilkeler bütünüdür. ngiliz Anayasasının büyük bir bölümü kanunlar, mahkeme kararları ve antla malar gibi yazılı ve yazısız kurallar do rultusunda ekillenmi tir. İlk Anayasa çalı masının oldu u ülke Amerika Birle ik Devletleri ise Birle ik Krallı a ba lı koloniyken daha sonra ba ımsızlı ını ilan eden 250 yıllık tarihe sahiptir.

Somut olayda da, erafettin Can Atalay'ın, 2013 yılında i ledi i suç nedeniyle soru turma ve kovu turmaya milletvekili seçilmesinden çok önce ba landı ı, mahkumiyetine esas sevk ve uygulama maddelerinin TCK'nın 312. maddesi kapsamında kalan suça ili kin oldu u anla ıldı ından, seçimden önce bu madde kapsamında suç i leyen milletvekili, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlı ından yararlanamayacaktır.

Anayasanın 14. maddesinde madde kapsamına giren suçların tahdidi olarak sayılmaması, kanun koyucunun bilinçli tercihidir. Hükümlünün mahkumiyetine konu suç ve eylemleri Devlet güvenli ine kar ı i lenen suçlardandır ve madde kapsamına girmeyece ini dü ünme mümkün de ildir.

Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 28.09.2023 tarih, 2023/12611 Esas, 2023/6359 karar sayılı temyiz incelemesi sonucu erafettin Can Atalay hakkında verdi i onama kararı ile hüküm kesinle mi ve infazı kabil hale gelmi tir. Sanık onama kararı sonrasında hükümlü statüsündedir ve Yüksek Daire de kararını TBMM'ye göndermi tir. Bu a amada, Yüksek Daire temyiz incelemesi sırasında tahliye hususunda da bir de erlendirme yapmı olmakla; tahliye talebinin reddi veya kabulü konusunda takdir yüksek Dairendir." ekinde mütalaada bulunmu tur.

Dairemizce öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel ba vurunun kapsam ve ko ulları belirlendikten sonra Anayasa Mahkemesi'nin bireysel ba vurulara yönelik ihlal kararlarının hüküm ve sonuçları de erlendirilecek; akabinde konuyla ilgili yasama dokunulmazlı ının istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlara yönelik tespitler yapılacak ve son olarak hükümlü sıfatındaki erafettin Can Atalay'ın yeniden yargılanma ve tahliye durumu de erlendirilecektir.

I-ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BA VURU

12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 148. ve 149. maddelerinde meydana getirdiği değişikliklerle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu hukuk sistemimize girmiştir (*Selin Kandemir, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Olan Kanun Yollarının Tüketilmesi Kriteri, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2023, s. 5*).

Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*" düzenlemesi yer almaktadır. Anılan maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında bu yeni usulün adı bireysel başvuru olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ve Anayasa Mahkemesi Çatışma Usulü'nün konuyla ilgili maddelerinde bireysel başvuru terimi kullanılmıştır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu, bir mahkeme kararının aynı veya bir üst ya da yüksek mahkemede tekrar gözden geçirilmesini amaçlayan temyiz yolu gibi bir kanun yolu olarak getirilmemiştir. Bireysel başvuru yolunda bir temel hak ve özgürlük ihlal edilip edilmediği araştırılmakta olup, bireysel başvurunun önceki yargılamanın devamı niteliğinde olduğu söylenebilir. Bu nedenle bireysel başvuruyu "olağanüstü kanun yolu" olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bireysel başvuru sui generis bir hukuki yoldur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücünün ihlali, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edilen bireylerin, diğer başvuru yollarını tükettikten sonra başvurdukları istisnai ve kendine özgü, ikincil nitelikte, anayasal bir hak arama yolu şeklinde tanımlanabilir (*Özcan Özbey, Türk Anayasa Hukukunda Bireysel Başvuru, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 76-78*).

1-Anayasa Mahkemesi'nin Konu Bakımından Yetkisi Çerçevesinde Kalan Temel Hak ve Özgürlükler

Anayasa'da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuruya konu olacağı belirtilmiş olmasına karşın ek protokollerde yer alan haklar yönünden açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Anayasa'da öngörülmemiş bu konu, 6216 sayılı Kanun ile netlik kazanmıştır. Anılan Kanun'un 45. maddesinde AHS'e ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki temel hakların da bireysel başvuruya konu yapılabileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, AHS ve Türkiye'nin taraf olduğu AHS'e ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılabilir (*Mustafa Seven, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2022, s. 21-23*).

2-Bireysel Başvuru Sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin Yapacağı İncelemenin Kapsamı

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru sonucunda kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaması kuralı mevcuttur. Bu kural, Anayasa Mahkemesi'ne yönelik olarak ve bireysel başvurunun kabulü ile birlikte getirilmiştir (*1982 Anayasası'nın 148. maddesinin ek 4. fıkrası*).

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan bireysel ba vuruyu incelemesinde temel hak ve hürriyetler çerçevesinde bir inceleme yapılabilecek; deliller veya maddi vakıalar hakkında derece ve temyiz mahkemeleri tarafından yapılan de erlendirmelere ili kin herhangi bir inceleme yapılamayacaktır (*Esra Bahar, Türk Anayasa Mahkemesi Bireysel Ba vuruyu Kararları Ba lamında Adil Yargılanma Hakkının Niteli i, Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2023, s. 84*). Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi yaptı ı bireysel ba vuruyu incelemesinde yalnızca ba vuruya konu olan hakkın ihlal edilip edilmedi ini tespit etmekle görevlidir. Söz konusu kural özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin kendini yüksek yargı makamları üzerinde bir denetim makamı, bir ba ka deyi le "süper temyiz mercii" haline getirmesine engel olmak amacıyla kabul edilmi tir.

Bireysel ba vurunun, niteli i gere i kural olarak ihlale neden olan i lem veya eylem aleyhine öncelikle kanunda öngörölmü idari ve yargısal ba vuruyu yollarının tamamının bireysel ba vuruyu yapılmadan önce tüketilmi olması gerekir (*6216 sayılı Kanun'un 45/2. maddesi*). Bu durumda söz konusu i lem ve eylem, derece mahkemelerinin incelemesinden geçerek kesinle mi mahkeme kararına ba lanmı olmaktadır (*Zübeyr Bayram Sevim, Anayasa Mahkemesine Bireysel Ba vurularında Kabul Edilebilirlik Kriteri Olarak Ba vuruyu Yollarının Tüketilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 53-54*). Dolayısıyla bireysel ba vuruların büyük ço unlu unu mahkeme kararlarına kar ı yapılan ba vurular olu turmaktadır. Fakat bu ba vurular, Anayasa Mahkemesi'nin kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ve Danı tay üzerinde "süper temyiz mercii" sıfatıyla hiyerar ik bir üstünlü e sahip oldu u ve Anayasa'ya göre e it olan yüksek yargı mercileri arasında altlık üstlük ili kisi kuruldu u ekinde yorumlanmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, bireysel ba vuruyu sonucunda A HS ve Türkiye'nin taraf oldu u A HS'e ek protokoller kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmedi ini inceleyen, Yargıtay ile Danı tay'ın yetki ve görev alanında bulunan temyiz incelemesinde gözetilmesi gereken hususlara müdahale yetkisi bulunmayan ve A HM'e yapılan bireysel ba vurular öncesinde tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olarak yetki ve görev alanı dahilinde süzgeç görevi görmesi gereken bir yüksek mahkemedir.

Anayasa ve 6216 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından bireysel ba vurunun esas incelemesinde uyaca ı prensipleri belirlemi tir. Yasama i lemleri ile düzenleyici idari i lemler aleyhine do rudan bireysel ba vuruyu yapılamayaca ı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa'nın yargı denetimi dı nda bıraktı ı i lemler de bireysel ba vurunun konusu olamaz (*6216 sayılı Kanun'un 45/3 maddesi*). Buna göre, yapılacak incelemenin, ba vuruya konu edilen kamu i leminde bir temel hakkın ihlal edilip edilmedi i ve varsa bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılaca mın belirlenmesi ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir (*Özlem Öztürk Atalar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Ba vuruda Ola an Kanun Yollarının Tüketilmi Olması artı, Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 20-21*). Anayasa'ya göre Anayasa Mahkemesi tarafından bu sınırlamanın dı na çıkılarak kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılması mümkün de ildir. Bu belirlemeye uygun ekinde Anayasa'nın 148/4 maddesi: "*Bireysel ba vuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.*"; 6216 sayılı Kanun'un 49/6 maddesi: "*Bölümlerin, bir mahkeme kararına kar ı yapılan*

bireysel ba vurulara ili kin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmedi i ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılaca ının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz." ekinde düzenlenmiştir.

2709 sayılı Kanun olarak 9 Kasım 1982 tarih ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa'nın Ba langıç kısmının 4. fıkrası özetle; "*Kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmedi i, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir i bölümü ve i birli i oldu u ve üstünlü ün ancak Anayasa ve kanunlarda bulundu u"*, 5. fıkrasında ise özetle; "*Devleti ve ülkesiyle bölünmezli i esasına aykırı hiçbir faaliyetin koruma göremeyece i"* açıkça ifade edilmiştir.

Yine, Anayasa'nın egemenlik ba lı 1 altında düzenlenen 6. maddesi; "*...Hiçbir kimse veya organ kayna ını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."*; Anayasanın ba layıcılı ı ve üstünlü ü ba lıklı 11. maddesinin 1. fıkrası; "*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve di er kurulu ve ki ileri ba layan temel hukuk kurallarıdır"* ekinde düzenlenmiştir. Bu itibarla, 1982 Anayasası'nda, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ni ba lamayaca ına yönelik hiçbir madde bulunmamaktadır.

Hukukta yorum farklılıkları söz konusu olabilir. Ancak, hukuktaki yorum farklılıkları hukuk açısından bir zenginlik olsa da Anayasa'nın hiçbir maddesi yorum farklılı ı gerekçe gösterilerek uygulanamaz hale getirilemez.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel ba vuru yolundaki görevi; di er mahkemelerin, bireylerin Anayasal haklarına yönelik müdahalelerinin hukuka uygun olup olmadıklarını belirledikleri esnada Anayasa'da belirtilmiş olan güvenceleri gözetip gözetmediklerini tespit etmektir (*Fatih ahbaz, Bireysel Ba vurunun Türk Anayasa Yargısını Dönü türücü Etkisi ve Hukuk Düzenine Katkısı, Doktora Tezi, stanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü E itim Enstitüsü, stanbul, 2022, s. 98-99*). Bu bakımdan bireysel ba vuru, mahkemelerdeki davaların bir devamı olmadığı gibi di er mahkemelerin kararlarını düzeltmeyi amaçlayan bir temyiz incelemesi de değildir. Bireysel ba vuru, konusu ve tarafları di er mahkemelerdeki yargılamalardan tamamen farklı olan, temel hak ve özgürlüklerin ihlali söz konusu ise bu ihlalin tespit edilmesine yarayan, Anayasa Mahkemesi'nin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı suijeneris bir hukuki yoldur. Bireysel ba vuru, yeni bir itiraz veya temyiz yolu olmayıp; Anayasa Mahkemesi de di er mahkemelerin kararlarını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı değildir. Anayasa Mahkemesi, ba vurucu yönünden di er mahkemelerde yapılan yargılamalarda somut olay ba lamında Anayasa ile A HS ve ek protokollerinde korunan temel haklarından birinin ihlal edilip edilmedi i yönünde bir denetim yapmakla yükümlüdür. hlin tespiti halinde ise, bunu ortadan kaldıracak gerekli tedbirlere görev ve yetkisi dahilinde hükmedecektir. Anayasa Mahkemesi bu görevini yerine getirirken di er mahkemelerin yerine geçmek suretiyle karar veremez (*ermin Birtane, Etkili Bir Ba vuru Yolu Olarak Bireysel Ba vuru, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 160-161*).

Bu çerçevede, derece ve temyiz mahkemelerinin mevzuat hükümlerini maddi olaya uygularken yaptığı yorumu denetlememekte; ancak, mahkemeler tarafından verilen kararın gerekçesinin ilgili temel hak bakımından A HS ve ek protokolleri ile

Anayasa'da öngörülen standartlara uygun bir denge sağlanıp sağlanmadığını, temel hak ve özgürlüklerin güvencelerine uyulup uyulmadığını tespit etmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme sırasında, yargı kararına temel olan maddi olguların veya olaya uygulanacak kuralın belirlenmesi ya da kararı veren mahkemenin takdir yetkisinin de erlendirilmesi yönünden de erlendirme yapılamaz.

Bu kabule uygun şekilde Anayasa Mahkemesi verdiği bazı kararlarında, bireysel başvurular için benimsediği temel yaklaşım doğrultusunda kural olarak, bireysel başvuruya konu davadaki olayların kanıtlanmasının, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanmasının, yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve de erlendirilmesi ile ilgili özel bir uyumla derecelendirme ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmamasının de erlendirmeye tabi tutulamayacağını ifade etmiştir (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz, B. No: 2012/1027, 12.02.2013; Yüksel Hançer, B. No: 2013/2116, 23.01.2014*).

Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derecelendirme ve temyiz mahkemelerinin kararları bireysel başvuruyu incelemesinde ele alınmaz. Bu çerçevede, derecelendirme ve temyiz mahkemelerinin delilleri de erlendirmesindeki ve hukuk kurallarını yorumlamasındaki takdirine Anayasa Mahkemesi'nin müdahalesi söz konusu olamaz. Mevzuat ve kendisini başvuru konusu olarak aldığı kararlar doğrultusunda Anayasa Mahkemesi,

- a) Davadaki olayların, maddi vakıaların kanıtlanması,
- b) Hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması,
- c) Yargılama sırasında delillerin kabul edilebilirliği ve de erlendirilmesi,
- d) Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyumla derecelendirme ve temyiz mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması

hallerinde, kural olarak derecelendirme ve temyiz mahkemelerinin takdirine müdahale edemeyecektir (*Sencer Başat ve diğerleri[GK], B. No: 2013/7800, 18.06.2014, § 89-90*).

Anayasa Mahkemesi'nin diğer yargı kolları ile olan ilişkilerinde fonksiyon gaspına neden olmayacak biçimde kendi kendini sınırlama eğilimi içinde olması beklenirken, bazı kararlarında hukuka uygun düşmeyecek şekilde yetkisini açıkça aştığı görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi Erdem Gül ve Can Dündar kararında ortaya koyduğu gerekçeyle ağır ve haklı eleştiriler almış ve bu kararda inceleme yetkisini açık şekilde almıştır (*Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25.02.2016*). Söz konusu karardaki başvuru sıfatındaki gazeteciler, MTT'lerinin aranması konusunda farklı tarihlerde yaptıkları haberler nedeniyle silahlı terör örgütüne üye olmaksızın bilerek ve isteyerek yardım etme, Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve Devletin gizli kalması gereken bilgilerini casusluk maksadıyla açıklama suçları kapsamında tutuklanmışlardır. Gazeteciler bireysel başvuruda, tutuklanmalarının kişisel özgürlükleri ve güvenli hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararda öncelikle tutuklulukla ilgili kanun hükümlerinin yorumunun ve somut olaylara uygulanmasının derecelendirme ve temyiz mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olduğunu belirlese de tutuklamaya yönelik bireysel başvuruyu yapıldığında, Anayasa'nın 19. maddesinde sayılan hakların tutuklama kararlarının gerekçelerinde gösterilmesi olup olmadığını ve somut olayın

ko ulları altında tutuklama tedbirine ba vurulurken Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadı ını denetlemenin kendisinin görevi oldu unu belirtmi tir. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının temel gerekçesi, ba vurucuların tutuklanması kararına esas alınan asıl olgunun, durdurulan ve aranan tırları konu alan iki haberin Cumhuriyet Gazetesi'nde yayımlanması ve söz konusu haberler dı ında somut herhangi bir delilden bahsedilmemi olmasıdır. Ancak, Devletin gizli kalması gereken mahiyetteki bilgilerinin gazete haberleriyle kamuoyuna duyurulması hususunun, atılı suçlar açısından tutuklama tedbirine ba vurulmasındaki yorumu ve uygulaması derece ve temyiz mahkemelerine ait bir yetki olup; ölçülülük ilkesini keyfi ekilde yorumlamak suretiyle geni leterek di er mahkemelerin bu konudaki takdir ve belirleme yetkisine müdahale etmesi, Anayasa Mahkemesi'nin bu bireysel ba vuru yönünden inceleme yetkisini açık ekilde a tı ını göstermektedir. Nitekim, verildi i tarihler itibariyle karar, hukuk çevrelerinde bu yönlerden haklı olarak a ır ekilde ele tirilmi ve Anayasa Mahkemesi'nin görev sınırlarını a tı ı belirtilmi tir. hlal kararına konu olan tutuklama kararını veren stanbul 14. A ır Ceza Mahkemesi, ihlal kararının gere ini yerine getirirse de bu kararında, Anayasa Mahkemesi kararlarının ba layıcı oldu unu belirtmek suretiyle mezkur kararı hukuken desteklemedi i halde, sanıkların tahliyesine karar vermi tir. Örne i verilen karardan da anla ılaca ı üzere, Anayasa Mahkemesi bu ekilde belirleme yaparken yasal dayana ı bulunmamasına ra men Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif etkisine sı ınmaktadır.

3-Bireysel Ba vuruya Yönelik Yapılan nceleme Sonucunda Anayasa Mahkemesi Tarafından Verilen hlal Kararının Kapsamı ve Sonuçları

Anayasa'nın 154. maddesine göre; *"Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun ba ka bir adli yargı merciine bırakmadı ı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir"*. Anayasa'nın 155. maddesine göre; *"Danı tay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun ba ka bir idari yargı merciine bırakmadı ı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir"*.

Bireysel ba vuru üzerine yapılacak inceleme sonucunda ise, Anayasa Mahkemesi tarafından ba vuruya konu olan i lem, eylem veya ihmalin, ba vurucunun Anayasa'da güvence altına alınan ve A HS ile ek protokolleri kapsamında korunan temel hak ve özgürlüklerini ihlal etti inin tespit edilmesi halinde, ihlal kararı verilecektir. Bir temel hakkın ihlalinin tespiti kararı yeni bir hukuki durum ortaya çıkarır ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere yetkisi dahilinde karar verir (*Murat Güven, Bireysel Ba vuru Hakkı Kapsamında Tutuklama Tedbiri, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 100-101*). 6216 sayılı Kanun'un kararlar ba lıklı 50. maddesi:

"(1) Esas inceleme sonunda, ba vurucunun hakkının ihlal edildi ine ya da edilmedi ine karar verilir. hlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve i lem niteli inde karar verilemez.

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmı sa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde ba vurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava

açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.

(3) Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar çtüzükte gösterilir.

(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bazı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar çtüzükte düzenlenir.

(5) Davadan feragat hâlinde, dâimî karar verilir." ekinde düzenlenmiştir. Bireysel başvuruların büyük çoğunluğu da mahkeme kararlarına yönelik yapılan başvurular olmaktadır.

İhlalin mahkeme kararlarından kaynaklanması durumunda 50. maddesinin 2. fıkrasına göre, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Ancak, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. Bu maddeye göre, Anayasa Mahkemesi tarafından bir hakkın ihlalinin mahkeme kararından kaynaklandığının tespit edilmesi halinde, ihlalin niteliğine göre üç türlü karar verebilir:

- a) Yeniden yargılamaya hükmedilmesi,
- b) Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar yoksa tazminata hükmedilmesi,
- c) Tazminat miktarının tespitinin daha ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmesi halinde, genel mahkemelerde dava açılması yolunun gösterilmesi (*Muhammed Tikici, Ceza Hukuku Başlamında Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 25-28*).

Bu kapsamda verilen kararlar, temel hak ve özgürlükler yönünden tespit edilen ihlal kararları ile uyumlu olmalı ve neticeye tesiri olmayacak hallerde, hukuki de erden yoksunluk durumu da gözetilerek yeniden yargılamaya hükmedilmesi yoluna gidilmemelidir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi kendisini yüksek mahkemeler üzerinde süper bir temyiz mercii olarak görmemeli, temyiz mahkemeleri olan ve kendisi gibi yüksek mahkeme konumunda bulunan Yargıtay ile Danıştay kararlarını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip, bozmak suretiyle kendi görev ve yetkilerine yasal dayanaktan yoksun olarak gereğinden fazla ve yetkisini aşacak şekilde anlam yüklememelidir.

II-YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ İSTİSNASI OLARAK ANAYASA'NIN 14. MADDESİNDE SAYILAN DURUMLAR

Hükümlü Erafettin Can Atalay'ın durumu ile ilgili olması nedeniyle bu başlık altında yasama dokunulmazlığının istisnası olarak Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar ve milletvekilliğinin düzenleme kurumu incelenecektir.

Anayasa'ya göre ağır cezayı gerektiren suçüstü hali haricinde Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar yasama dokunulmazlığının istisnasını oluşturmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlı başına altında düzenlenen Anayasa'nın 14. maddesinde; "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya ki ilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir." hükmünü taıtmaktadır. Hangi suç tiplerinin Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlardan olduğu açıkça belirtilmemiştir; bu konu, soru turma ve kovuşturma makamlarının takdir yetkisine bırakılmıştır (Enes Öner, 1982 Anayasası ve Mahkeme Kararlarında Yasama Dokunulmazlığı Sorunu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 65). Anayasa'nın 14. maddesinde bir suç ihdas edilmemesi olması ve soyut bir tanımlama yapılmaması, Anayasa koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olup; bu madde, her somut olayda ilgili milletvekiline atılı suçun ve gerçekte tirilen fiilin ayrıntılı inşaaı, soru turma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından değerlendirilmesine imkan tanımaktadır. Yapılan bu hukuki değerlendirme sonucunda, Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında kabul edilen bir fiilin bulunduğu kanaatine varılması halinde, yasama dokunulmazlığı ortadan kalkacak ve bu durum, TBMM'ye bildirilecektir. Bir Anayasa ya da kanun hükmünün kazuistik şekilde düzenlenmemesi olması, soyut şekilde o normun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve öngörülebilir olmadığı anlamına gelmez. Hakeza ilgili Anayasa hükmünün düzenlenme şekline dahi somut bir suç listesi sayılma yolunun tercih edilmediği, ortalama bir hukuk bilgisi ile anlaşılabilir.

14. maddedeki durumların yasama dokunulmazlığı kapsamında çıkarılabilmesi için "seçimden önce soru turmasına başlanılması" gerekmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasına göre; yasama dokunulmazlığının istisnası olan durumlarda "yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır". Anayasa'da ve gerekçesinde belirtilmese de bu şekilde derhal bildirim yükümlülüğünün amacının, TBMM'nin kovuşturma erteleme hakkındaki yetkisini kullanabilmesini sağlamak olduğu da ifade edilmektedir (Murat Sevinç, Türkiye'de Milletvekillerinin Dokunulmazlıkları, Kırlangıç Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2004, s. 151). Ayrıca, bu konuda TBMM'ye bilgi verilmesi halinde, dokunulmazlık kendiliğinden kalkmış olur; buradaki bilgi verme işlemi, TBMM tarafından yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik bir istem değildir (Nurhan Atalay, Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2008).

Tekraren vurgulamak gerekir ki Anayasa'nın 14. maddesinde bir suç tanımı yapılmamıştır ve yapılması da beklenmemektedir. Bu maddenin içeriği, soru turma makamı ile derece ve temyiz mahkemeleri tarafından bu husustaki içtihatlar değerlendirilmek suretiyle doldurulacak olup; asli nitelikteki terör suçlarını düzenleyen TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın Başlangıç kısmı da

nazara alındı ında 14. maddesi kapsamında de erlendirilmesi gerekti i ve bu madde kapsamında kaldı ı konusunda herhangi bir üphe bulunmamaktadır. Milli güvenli e aykırı yaptırımların, bu ekilde Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nda yukarıda sayılan suçlar açısından kanun koyucu tarafından belirlenmi oldu u konusu da tartı madan varestedir. Bunun aksinin savunulmasına hukuki bir de er izafi edilemez.

Nitekim, seçimden önce bu madde kapsamında suç i leyen milletvekili, Anayasa'nın 83/2. maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlı ından yararlanamayacaktır. Bu itibarla, esasında Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında oldu unu tahdidi olarak belirlememi se de yukarıda sayılan ve bu kapsamda kaldı ı kabul edilen mutlak terör suçları dı ında suç olarak düzenlenen fiiller arasından da kapsamı belirleme görevini, özellikle soru turma makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmı tır.

Devletin birli ini ve ülke bütünlü ünü bozmak, Anayasal düzene ve bu düzenin i leyi ine kar ı suçların bu kapsamda kaldı ında ku ku bulunmasa da bu suçları i lemek amacı ile olu turulan silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında de erlendirilip de erlendirilmeyece i hususu tartı maya muhtaktır. Bu ekilde bazı suç tipleri açısından tartı ma bulunması, Anayasa'nın 14. maddesinin hiçbir ekilde uygulanamayaca ına yönelik bir sonuç do urmaz. Bu maddede 2001 yılında yapılan de i iklikle Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak "*amacı ile kullanılamayaca ı*" hükmü yerine, bu hak ve özgürlükleri yıkmayı "*amaçlayan faaliyetler*" olarak kullanılamayaca ı hükmü getirilmi tir. Yapılan de i iklik ile madde metninde yer verilen "*faaliyet*" deyiminin sadece eylemi mi yoksa dü ünçe açıklamasını da içerip içermedi i sorunun özünü te kil etmektedir. Bu gibi hallerde, her somut olayda gerçekte tirilen fiilin a ırlı ı ve niteli i gözetilmek suretiyle Anayasa md. 14 hükmünde sayılan durumların mevcut olup olmadı ı gerekçeli ekilde de erlendirilecektir. Nitekim, 27. Dönem milletvekili olan Ömer Faruk Gergerlio lu hakkında, kendisinin seçilmesinden önce sarf etti i sözler nedeniyle Kocaeli 2. A ır Ceza Mahkemesi'nin 21 ubat 2018 tarihinde verdi i ve silahlı terör örgütü propagandası yapma suçunu i ledi ine dair karar, Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi tarafından faaliyetin, dü ünçe açıklamasını da kapsadı ı kabul edilmek ve gerçekte tirilen fiilin a ırlı ı gözetilmek suretiyle 28 Ocak 2021 tarihinde onanmı tır. Bu süreçte ilk derece mahkemesinin kararından sonra milletvekili seçilmesine ve mazbatasını almasına ra men kovu turma süreci, yapılan de erlendirme sonucunda ilgili suç tipinin Anayasa'nın 14. maddesinde düzenlenen durumlar kapsamında oldu u gerekçesiyle gerçekte tirilen fiilin a ırlı ı da dikkate alınarak devam ettirilmi tir. Bu itibarla, derece mahkemeleri, yasama dokunulmazlı ı sebebiyle sa lanan hak ve yetkilerin kötüye kullanıldı ı ve ilgili suç tipinin Anayasa'nın 83/2 maddesindeki istisnalardan biri kapsamına girdi i gerekçesiyle yargılamaya devam etmi ; Yargıtay incelemesi sonucunda da ilk derece mahkemesince verilen hapis cezası onanmı tır. Bundan sonraki süreçte Ömer Faruk Gergerlio lu'nun milletvekilli i dü ürülmü tür. Anayasa Mahkemesi'ne milletvekilli inin dü ürülmesinin iptali istemiyle yapılan ba vuru ise, Anayasa'nın 84/2 maddesi yönünden Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadı ı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yetkisinin bulunmadı ı gerekçesiyle reddedilmi tir

(*Anayasa Mahkemesi E. 2021/33, K. 2021/23, T. 31.03.2021*). Bu gibi yasama dokunulmazlı ının kapsamı dı ında kaldı ı belirlenen hallerde, ilgili milletvekilinin yasama dokunulmazlı ı yoktur. Dolayısıyla hakkındaki yargılama devam edecek ve üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti gözetilerek tutukluluk tedbirine dahi ba vurulabilecektir.

Yasama Dokunulmazlı ının Kaldırılması ile Milletvekilli inin Dü mesi Arasındaki İlişki;

Milletvekilli inin dü mesi, bazı yönlerden yasama dokunulmazlı ının kaldırılması prosedürünü akla getirirse de, ba ka bir Anayasal müessesedir. Yasama dokunulmazlı ında oldu u gibi milletvekilli inin dü mesi bakımından da farklı kurallar ile kar ıla ılmaktadır. Türk hukukunda milletvekilli inin dü mesi kurumuna, 1982 Anayasası'nda 1995 yılında yapılan de i iklik ile son hali verilmi tir. Anayasa'nın 84/2 maddesine göre milletvekilli inin dü mesi sebepleri; istifa, hüküm alma ve kısıtlanma, milletvekilli i ile ba da mayan bir görevi sürdürme, devamsızlık halleridir. Bunlardan, Anayasa'nın 84/2. maddesinde milletvekilli inin dü mesi sebeplerinden biri olarak "kesin hüküm giyme veya kısıtlanma hali" düzenlenmi olup; Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilli i ile ba da mayan suçlardan alınan mahkumiyet hükmü milletvekilli ini dü ürecektir (*Erdal Onar, 1982 Anayasasında Milletvekilli inin Dü mesi, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 14, 1997, s. 437-438; Hamit E en, Parlamento Hukukunda Milletvekilli inin Sona Ermesi, Yasama Dergisi, Sayı 19, 2011, s. 50*). Anayasa'nın 84/2 maddesine ko ut ekilde Türkiye Büyük Millet Meclisi çtüzü ü'nün 136. maddesinin 2. fıkrasında; Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeli ine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen veya kısıtlanan milletvekili hakkındaki kesinle mi mahkeme kararının Genel Kurul'un bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatının sona erece i düzenlenmi tir (*Aydın Meydan, 1982 Anayasası'nda Yasama Dokunulmazlı ı ve Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 21*).

Milletvekili hakkındaki mahkumiyet hükmü TBMM'ye bildirildi inde milletvekilli i dü mekte, buna ba lı olarak yasama dokunulmazlı ı koruması da ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 83/3 maddesi ba lamında infaza engel olan/erteleyen yasama dokunulmazlı ından faydalanılabilmesi için milletvekili seçilmeye engel suçlar dı ındaki suçlardan mahkumiyet hükmü alınması gerekmektedir (*Mehmet Tunç, Yasama Dokunulmazlı ının Ceza Hukuku Açısından De erlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 32*). Milletvekili seçilmeye engel suçlar ise, Anayasa'nın 76. maddesinde ele alınmı tir. Bu hükmü göre söz konusu suçlar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile a ır hapis cezasına hüküm giymi olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rü vet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karı tırma, devlet sırlarını açı a vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve te vik suçlarıdır. Yani burada sayılan suçların birinden kesin hüküm ile sonuçlanmı olan mahkumiyetler, af ile infaz gerçekte memi olsa dahi bir ki inin milletvekili olarak seçilmesine engel olmakla birlikte Anayasa md. 84/2 gere i mevcut milletvekilli ini de dü ürmektedir (*Murat Saltuk Bilgili, 1982 Anayasası'na Göre Yasama Dokunulmazlı ı, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzincan, 2018, s. 106-107*).

III-HAKKINDA KURULAN MAHKUM YET HÜKMÜ KESİLE MEDENİ MİLLETVEKİL SEÇİLEN VE DAİREMİZİN VERDİ ONAMA KARARI İLE HÜKÜMLÜ SIFATINI KAZANAN ERAFETTİN CAN ATALAY'IN YENİDEN YARGILANMA VE TAHLİLİNE DURUMU

Soru turmasına seçimden önce bildirilen tespit olunan Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etmeye yardım suçundan yargılanarak hakkında TCK'nın 312. maddesinin birinci fıkrası ve 39. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurularak tutuklanmasına karar verilen ve Dairemizin hakkında kurulan mahkumiyet hükmünü onaması ile hükümlü sıfatını kazanan Erafettin Can Atalay'ın, Dairemizin kesin hükmünden önce 14.05.2023 tarihinde milletvekili genel seçimlerinde milletvekili seçildiği anlaşılmakla, atılı suçun mahiyeti itibarıyla Anayasa'nın 83. ve 14. maddeleri kapsamında yasama dokunulmazlığına ilişkin hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın "Yasama dokunulmazlığı" başlıklı 83. maddesi;

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalımlarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisçe başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açıklama vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç ile ilgili ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ayrı cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soru turmasına bildirilmiş olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamana oturma imkanı yoktur.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soru turma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığı kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz." şeklinde düzenlenmiştir.

Yine, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlıklı 14. maddesindeki düzenlemeye göre, kararımızın yukarıdaki II. bölümünde yer verilmiştir.

Yasama dokunulmazlığı, yasama organı üyelerinin korkusuzca görev yapabilmelerini sağlayan; niteliği yönünden ise, milletvekilinin fikir ve söz hürriyetini eksiksiz ve serbestçe kullanması amacıyla güden bir anayasal hukuk kuralıdır. Milletvekilleri aleyhinde yasama sorumsuzluğuna girmeyen ve suç olan fiiller dolayısıyla meclisin kararı olmadıkça kovuşturmaya girişilememesini ifade eder.

Anayasa'nın 83. maddesinin birinci fıkrası yasama sorumsuzluğunu ifade etmekte iken, aynı maddenin ikinci fıkrası milletvekillere nispi ve geçici bir koruma sağlayan yasama dokunulmazlığını düzenler. Dokunulmazlık kapsamında kalan eylemleri nedeniyle milletvekilleri, ayrı cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden

önce soru turmasına ba lanılmı olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar saklı kalmak üzere, seçimden önce veya sonra bir suç i ledi i iddiasıyla TBMM kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Görüldü ü üzere, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası yasama dokunulmazlı ına iki istisna getirmektedir:

Bunlardan ilki, a ır cezayı gerektiren suçüstü halidir. Milletvekilleri yasama dokunulmazlı ından, a ır cezayı gerektiren suçtan dolayı suçüstü yakalanmaları halinde yararlanamayacaktır. CMK'nın tanımlar ba lıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının j bendinde suçüstü hali; i lenmekte olan suç; henüz i lenmi olan fiil ile fiilin i lenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya ba kaları tarafından takip edilerek yakalanan ki inin i ledi i suç; fiilin pek az önce i lendi ini gösteren e ya veya delille yakalanan kimsenin i ledi i suç ifade eder. A ır ceza mahkemelerinin görevine giren suçlar ise, 5235 sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmektedir.

Yasama dokunulmazlı ına getirilen ikinci istisna ise, u anda hükümlü olan erafettin Can Atalay yönünden uygulanan seçimden önce soru turmasına ba lanılmı olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlardır. Anayasa'nın 14. maddesinde 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile Avrupa nsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesine uyumun amaçlandı ı bir düzenleme yapılmı , maddenin kapsamı daraltılmı ve madde anla ılır hale getirilmis tir. Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumların yasama dokunulmazlı ı kapsamının dı ında olması için bulunması gereken artlar, Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmi tir. Buna göre atılı suç; Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlarla ilgili olmalı, suçun soru turmasına seçimden önce ba lanılmı olmalı ve yetkili makam, durumu hemen ve do rudan do ruya TBMM'ye bildirmelidir. Anayasa'nın 14. maddesinde, do rudan do ruya bir suç tanımı yapılmı , bir suç ihdas edilmi veya birtakım suç tipleri sayılmı de ildir; ancak, kavram, ilke ve faaliyetler ile genel çerçeveye yer verilmi tir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması ba lıklı Anayasa'nın 14. maddesinde kötüye kullanma ekinde kabul edilen faaliyetler; Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünü bozma, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma ve Devletin veya ki ilerinin, Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerinin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geni ekinde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak ekinde yorumlama olarak düzenlenmi tir. Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına girece ine ili kin somut bir niteleme yapmamı , bunun kapsamının belirlenmesini bilinçli bir tercihin ürünü olarak soru turma ve kovu turma makamlarına bırakmı tır. Bu itibarla, Anayasa koyucunun iradesinin, Türkiye Cumhuriyeti'nin ve bu minvalde yürütme organının varlı ını ortadan kaldırmaya yönelik bir faaliyette bulunuldu u takdirde milletvekilinin dokunulmazlıktan yararlanmaya devam etmemesi gerekti i yönünde oldu u izahtan varestedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlio lu ve Leyla Güven kararlarında; *"Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası metninin, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan Anayasanın 14. maddesindeki durumlar ibaresini, dolayısıyla da Anayasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrası kapsamına*

girmesi nedeniyle yasama dokunulmazlığı dışında bırakılan suçları salt yargı organlarının kararlarıyla anlamlı bir şekilde belirlemeye ve böylece belirlilik ve öngörülebilirliği sağlayacak şekilde yorumlamaya elverişli olmadığını" belirlemiştir. Anayasa'nın 148. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 45 ve devamı maddeleri gözetildiğinde; asli görevi norm denetimi olan Anayasa Mahkemesi'nin bir Anayasa hükmüne yönelik inceleme ve denetleme yetkisinin ekil bakımından denetleme ile sınırlı olduğu ve tali nitelikteki bireysel başvuru yolu ile bir Anayasa hükmünün yürürlükten kaldırılmayacağı veya uygulanmasının olanaksız hale getirilemeyeceği dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlükte olan Anayasa normunu esaslanarak iptal etme yetkisinin bulunmadığı, Anayasa değişikliklerini sadece ekil bakımından inceleyerek denetleyebildiği ve yürürlükte bulunan Anayasa normunun uygulanmasını bireysel başvuru yoluyla ortadan kaldıracak veya işlevsiz hale getirecek şekilde bir karar vermesinin hukuken mümkün olmadığı dikkate alındığında, anılan maddede öngörülen faaliyetler konusunda, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyete yönelik tehdidin artırılması ile orantılı olacak bir biçimde içtihatla süreklilik ve istikrar ilkeleri de gözetilerek Anayasa koyucununun 14. maddede bilinçli bir tercihin ürünü olarak bıraktığı bu tür yargı kararları ile doldurularak belirli hale getirilmesi, ilgili Anayasa normunun yürürlüğünün ve işlevinin korunması bakımından hukuk devletinin bir gereğidir. Belirlilik ilkesi, yalnızca kanuni belirlilik değil, daha geniş anlamda hukuki belirlilik de ifade etmektedir. Buna göre, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması, yalnızca kanuni düzenleme ile sınırlama şeklinde gerçekleştirilemez. Normlara dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir nitelikleri haiz olması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. O halde çözülmesi gereken hukuki mesele hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesindeki durumlar kapsamında değerlendirilebileceği ilidir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör Tanımı" başlıklı 1. maddesine göre terör: cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa'da belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığını bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişileri veya kişilerin tarafından gerçekleştirilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir. Söz konusu Kanun'un "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesinde ise, TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, mutlak ve asli nitelikte terör suçu şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nın "Anayasayı ihlal" başlıklı 309. maddesinde cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükümlenmesini düzenlenmektedir. Mezkur Kanun'un ilgili maddeye ilişkin gerekçesinde: *"Anayasanın Başlangıç Kısmında aynen 'Millet iradesinin mutlak üstünlüğü; egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşa, bu Anayasada gösterilen*

hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmi hukuk dı na çıkamayaca ı; Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlı ının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezli i esasının, Türklü ün tarihi ve manevî de erlerini, Atatürk milliyetçili i, ilke ve inkılapları ve medeniyetçili inin kar ısında korunma göremeyece i ve lâiklik ilkesinin gere i olarak kutsal din duygularının Devlet i lerine ve politikaya kesinlikle kar ı tırlamayaca ı' ekindeki ifade ile siyasal iktidarın kurulu ve i leyi ine egemen olması gereken ilkeler gösterilmi bulunmaktadır. Siyasal iktidarın kurulu u ve i leyi ine egemen olan bu ilkeleri içeren kuralların bütünü, Anayasal düzeni te kil etmektedir. Bu madde ile korunmak istenen hukukî yarar, Anayasa düzenine egemen olan ilkelerdir. Madde ile korunmak istenen hukukî yararın niteli i dikkate alınarak, 'Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördü ü düzen' ibaresi kullanılmı , böylece korunmak istenen hukukî yarara açıklık getirilmi tir." ekinde ifadelere yer verilmi tir.

Benzer ekilde, TCK'nın "Hükûmete kar ı suç" ba lıklı 312. maddesinde cebir ve iddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye te ebbüs edenler hakkında hapis cezasına hükümlenaca ı düzenlenmi tir. Anılan Kanun'un ilgili maddeye ili kin gerekçesinde: *"Madde metninde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun olu tu u üç güçten yönetim gücünü temsil eden Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmamakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye te ebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmı tir. Bu suç tanımında da, Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik te ebbüse ait icra hareketleri tam suç gibi cezalandırılmaktadır. Maddenin uygulamasına ili kin di er hususlar için Anayasayı ihlâl ve Yasama organına kar ı suça ili kin maddelerin gerekçelerine bakılmalıdır"* ekinde açıklamalara yer verilmi tir.

Anayasa'nın 14. maddesinde, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlü ünü bozma" ve "insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunma" ekinde çerçevesi çizilen faaliyetler konusunda 3713 sayılı Kanun'un terör ve terör suçları tanımında aynı kavram ve kurumlara vurgu yapıldı ı ve TCK'da düzenlenen Anayasayı ihlal suçunun unsurları ve madde gerekçesinde özellikle Anayasa'nın ba langıç hükümlerine yaptı ı atıf ve korunan hukuki yarar birlikte de erlendirdi inde;

Anayasa'nın 14. maddesinin yargı organlarının kararları ile belirlilik ve öngörülebilirli i sa layacak ekilde yorumlamaya elveri li olmadı ını söylemenin isabetsiz oldu u ve açık bir ekilde TCK'nın 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçların, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında de erlendirilmesi gerekti i kanaatine varılmı tır. **Aksi halde, Türkiye Cumhuriyeti'nin devleti ve milletiyle bölünmez bütünlü üne kasteden, pek çok kanlı terör eylemi ile irtibatlandırılan ve haklarında yukarıda sayılan mutlak terör suçlarından soru turma veya kovu turma bulunup, henüz yakalanamayan ve kırmızı bültenle aranan Fethullah Gülen, erif Ali Tekalan, Recep Uzunallı, Adil Öksüz, Ekrem Dumanlı, Cemil Bayık, Murat Karayılan, Duran Kalkan, Sabri Ok ve Ali Ekber Do an ve bunlar gibi üpheli ya da sanıkların, milletvekili seçilmelerinin, yemin ederek göreve ba lamalarının ve TBMM'ye girmelerinin önü açılır ki bu durumun hukuken isabetli oldu unu**

savunmanın izahı kabil oldu unu söylemek mümkün de ildir. Bu itibarla, esasında Anayasa koyucu, hangi suçların Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında oldu unu tahdidi olarak belirlememi se de yukarıda sayılan ve bu kapsamda kaldı ı kabul edilen mutlak terör suçları dı ında suç olarak düzenlenen fiiller arasından da kapsamı belirleme görevini, özellikle soru turma makamı ile derece ve temyiz mahkemelerinin takdirine bırakmı tır. Bu belirlemelere ko ut ekilde Avrupa nsan Hakları Mahkemesi de yerle ik içtihatlarında, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaya ili kin kuralın, kanunilik ölçütünü kar ılayıp kar ılamadı nı incelerken, mezkur kuralın eri ilebilirli ini ve öngörülebilirli i ile kesinli ini ifade eden belirlili ini incelemektedir. Bununla birlikte, bir kuralın karma ık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi, bu nedenle kullanılan kavramların anlamlarının hukuksal de erlendirme sonucunda ortaya çıkması tek ba ına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülmemektedir. A HM içtihatlarında, birçok kanunun kaçınılmaz olarak az veya çok belli bir derecede mu laklık içerdi ini, mu laklık barındıran bu kanunların yorumlanması ve uygulanmasının ise bir uygulama sorunu oldu unu belirtmi tir (*Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France, no. 21279/02 and 36448/02, 22/10/2007, § 41*). A HM içtihatlarında, bir yasal hüküm ne kadar açık ekilde kaleme alınmı olursa olsun, ceza hukuku da dahil olmak üzere herhangi bir hukuk sisteminde yargısal yorumun kaçınılmaz bir unsur oldu unu kabul etmi tir (*Kafkaris v. Cyprus, no. 21906/04, 12/2/2008, § 141*). Hatta A HM, istisnai olmakla birlikte, konuya ili kin iç hukukta bir düzenleme bulunmamasına ra men, belli durumlarda common law kuralları veya uluslararası hukukun prensiplerinin de müdahaleye hukuki temel olu turabilece ini belirtmi tir (*The Sunday Times v UK, no. 6538/74 26 Nisan 1979, § 49; Groppera Radio AG and others v Switzerland, 28 Mart 1990, Autronic AG v. Switzerland, 22 Mayıs 1990*).

Muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlı ı, Meclis kararı ile veya 83. maddenin 2. fıkrasında iki istisna olarak öngörülen a ır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soru turmasına ba lanılmı olması kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesindeki durumların varlı ı halinde, kendili inden ortadan kalkacaktır. Hangi suçların "Anayasanın 14. maddesindeki durumlar" ibaresinin kapsamına girece ine ili kin yargısal makamlar tarafından yapılacak yorumlarla ceza kanunlarında tipik bir suç olarak düzenlenmeyen faaliyetlerin, 14. madde kapsamındaki durumlar içerisinde telakki edilmesi zaten söz konusu de ildir. Bilakis, yargısal makamlar kararlarında ceza kanunlarında suç olarak tanımlanmı faaliyetlerin hangilerinin Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına girdi ini, Anayasa'nın sözünü, ruhunu ve bütünü göz önüne alarak de erlendirmektedir. Bu kapsamda, Yargıtay tarafından da bugüne kadar önüne geldi i kadarıyla verilen ve süreklilik kazanan içtihatlarda, Devletin birli i ve ülke bütünlü ü aleyhine veya Anayasa'nın öngördü ü siyasal düzeni de i tirmeye yönelik suçlar, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kabul edilmi tir. Bu belirlemeye uygun olarak Yargıtay (Kapatılan) 16. Ceza Dairesi'nin 28.01.2019 tarihli ve 2018/4803 Esas 2019/647 Karar sayılı kararında: "...*Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasa ına, 1982 Anayasasının 14., Avrupa nsan Hakları Sözle mesinin ise 17. maddelerinde yer verilmi tir. Anayasamızın 14/1. maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlü ünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.'* ekinde temel ilkeyi

ortaya koyduktan sonra, aksine davranı lara ili kin müeyyidelere mevzuatta yer verilmi tir. Nitekim seçimden önce bu madde kapsamında suç i leyen milletvekili, Anayasanın 83/2 maddesinde öngörülen yasama dokunulmazlı ndan yararlanamayacaktır. Kanun koyucu, hangi suçların bu madde kapsamında oldu unu tahdidi olarak saymamı tir. Kapsamı belirleme görevi uygulayıcıya aittir. Devletin birli ini ve ülke bütünlü ünü bozma ile Anayasal düzene ve bu düzenin i leyi ine kar ı suçların bu kapsamda kaldı unda ku ku yoktur..." ekinde tespitlerde bulunulmu tur.

Ülkemizde Arap Baharı'nın bir yansıması ve uyarlaması olarak, stanbul Taksim Bölgesi Yayala tırma Projesi kapsamında Taksim Gezi Parkı'ndaki bazı a açların 27.05.2013 tarihinde ba ka yere nakledilmesi bahanesi ile ba layan ve Gezi Parkı olayları olarak isimlendirilen protesto eylemlerinin, ülke çapında cebir ve iddet içerikli, me ru ve seçilmi hükümetin ortadan kaldırılmasına yönelik eylemlere dönü tü ü, bu kalkı ma eylemleri neticesinde 78 ilde 746 gösterinin yapıldı ı, 280 i yerinin, 259 aracın, 103 polis otosunun, 1 konutun, 1 polis merkezinin ve 5 kamu binasının hasar gördü ü, 1'i Cumhuriyet Halk Partisi'ne ve 11'i Adalet ve Kalkınma Partisi'ne ait 12 parti binasında hasar meydana geldi i, yine çok sayıda MOBESE kamerasının, sinyalizasyon sisteminin, aydınlatma dire inin, otobüs dura ının, reklam panosunun, trafik levhasının, park ve peyzaj düzenlemesinin, çöp konteynerinin ve polis noktasının zarara u radı ı, ayrıca açık kaynak bilgilerine göre 8 vatanda ımız ile 2 polisimizin hayatını kaybetti i ve 9.063 ki inin yaralandı ı, toplam kamu zararının o tarih itibariyle 140 milyon TL oldu u tespit edilmi tir.

Hükümlü erafettin Can Atalay'ın, bir plan ve gev ek de olsa bir organizasyon dahilinde yürütülen kalkı ma hareketinin ba laması ve tüm ülke sathına yayılarak derinle tirilmesi kapsamında faaliyetlerinin bulundu u, Gezi Parkı eylemleri sürecinde yaptı ı payla ımlar ve eylem ça rıları ile iddet olaylarının tırmanmasına neden olan Taksim Dayanı ması'nı yöneten ve yönlendiren ki ilerden oldu u, atılı eylemin mü terek faili bulundu u ve yapılan temyiz incelemesi sonucunda dosya kapsamındaki eylemlerinin, Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya te ebbüs etme suçu kapsamında kaldı ı anla ılmı tir. Bu suçun, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yer alması ve soru turmasına seçimden önce ba lanmı olması dikkate alındı nda, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlı ndan faydalanamayaca ı kanaatine varılmı , yargılamanın genel usul hükümlerine göre devam etmesi ile erafettin Can Atalay'ın yargılamanın durmasına ve tahliyesine ili kin taleplerinin reddine karar verilerek temyiz incelemesi yapılmı ve üzerine atılı suçun onanması ile birlikte erafettin Can Atalay hükümlü sıfatını kazanmı tir.

Yukarıda yapılan ayrıntılı açıklamalar ve de erlendirmeler **sonucunda;**

Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.2023 tarihinde hükümlü erafettin Can Atalay hakkında yapılan bireysel ba vuru açısından verdi i ihlal kararının hüküm kısmının D nolu bendinde, ba vurucunun yeniden yargılanmasına ba lanması, mahkumiyet hükmünün infazının durdurulması ve ceza infaz kurumundan tahliyesinin sa lanması ekinde i lemlere ba lanması yönünde karar verdi i; ancak, erafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün onanması ile hükümlü sıfatını kazandı ı halde, Anayasa Mahkemesi tarafından Dairemizin verdi i bu konudaki hükmün yok sayıldı ı, yine Anayasa'nın 84. maddesinde milletvekilli inin dü mesi sebeplerinden

biri olarak "kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinin" düzenlenmi oldu u, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilli i ile ba da mayan suçlardan kurulan mahkumiyet hükmünün milletvekilli ini dü ürece inin de anla ılması kar ısında TBMM Ba kanlı ı'na Dairemizin ilamının ula tı ı tarihte ivedilikle milletvekilli inin dü üürülmesine yönelik i lemlere ba lanması gerekirken, Anayasa Mahkemesi'nin Dairemizin verdi i onama kararından yakla ık 1 ay sonra ihlal kararı verdi i halde, TBMM tarafından bu süreçte hükümlü erafettin Can Atalay'ın milletvekilli inin dü üürülmesi i lemlerinin Anayasa'nın açık hükmüne ra men tamamlanmadı ı anla ılmı tır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 14. maddesinde sayılan durumlar kapsamındaki mutlak terör suçu olan Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya te ebbüs etme suçu nedeniyle Anayasa'nın 83/2 maddesinde düzenlenen yasama dokunulmazlı ından faydalanamayacak olan hükümlü erafettin Can Atalay hakkında kurulan mahkumiyet hükmü yönünden temyiz incelemesi tamamlanmı olup; bireysel ba vurunun yeni bir itiraz veya temyiz yolu olmadı ı ve Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay gibi yüksek bir mahkemenin kararını her türlü hukuka aykırılık sorunu yönünden inceleyebilecek olan bir süper temyiz makamı olmadı ı halde, temyiz mahkemesi olan Dairemizin kararını, yeniden yargılama görüntüsü altında dosyanın esasına da girip, adeta bozmak suretiyle kendisine yasal dayanaktan yoksun, gere inden fazla ve yasal yetkisini a acak ekilde anlam yükledi i anla ılmı tır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi temyiz incelemesi sonucu verdi i Dairemizin 28.09.2023 tarihli ve 2023/12611 Esas 2023/6359 Karar sayılı infazı kabil ve kesinle mi kararını dikkate almaksızın inceleme yaptı ı belirlenmi tir. Ayrıca, hakkındaki kesin hüküm TBMM'ye bildirildi inde, bu husus Genel Kurul'a sunulmak suretiyle milletvekilli inin derhal dü üürülmesine dair karar verilmi olması gerekti i halde, her ne kadar süreç içerisinde TBMM tarafından bu hususta bir karar verilememi olsa da bu konuyu düzenleyen Anayasa'nın 84/2 maddesi açısından Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadı ı gibi Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda da inceleme yetkisi bulunmamaktadır.

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, erafettin Can Atalay hakkında vermi oldu u hak ihlali kararında, önceki Ömer Faruk Gergerlio lu ve Leyla Güven kararlarından farklı olarak milletvekili dokunulmazlı ı yönünden Anayasa'nın 14. maddesinin hangi suçları kapsadı ının anayasal ya da yasal düzenleme dı nda yargısal bir yorumla belirlenmesinin ciddi sıkıntılara yol açaca ını belirtirken, kendisinin daha önceden yargısal aktivizm sonucu vermi oldu u ve kamuoyunda üniversitelere ba örtü yasa ı olarak bilinen, bizce de kabul görmeyen bir kararını gerekçe göstermesi tarafımızdan dikkat çekici bulunmu ve bir ironi olarak de erlendirilmi tir.

Kararında, yargı organlarının Anayasa'nın 14. maddesine hangi suçların girece ini yorumlamalarının sa lıklı olmayaca ını, mutlaka anayasal ya da yasal düzenleme yapılmasının gerekti ini söyleyen Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar hem norm denetimi kararlarında (*mesela yürütmeyi durdurma kararı vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun do ru uygulanmadı ından bahisle iptali vb.*) hem de sonradan kendisine tali görev olarak verilen bireysel ba vuru kararlarında, anayasal veya yasal bir yetkisi olmamasına ra men hiçbir organ tarafından denetlenmememin vermi oldu u rahatlıkla da, içtihat yoluyla anayasal yetkisini sürekli artırmak ve kötüye kullanmak suretiyle kendisinin, daha önceden

norm denetimi görevi sırasında sıkça dile getirilen yasama organı üzerinde vesayet organı oldu una yönelik ele tirilerin, bireysel ba vuruya ili kin yetkinin verilmesi üzerine yüksek mahkemeler dahil tüm yargı üzerinde de ortaya çıkmasına neden olmu tur.

Hatta gelinen noktada Anayasa Mahkemesi, hükümlü erafettin Can Atalay'a yönelik vermi oldu u ihlal kararında, yasal bir dayana ı olmamasına ve doktrinde bile tartı malı bir konu olmasına ra men, "Anayasa Mahkemesi kararlarının objektif i levinden" bahsederek, kararı veren Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerini "ihmal suçunu i lemi lerdir" ekinde tehdit etme boyutuna kadar i i vardırımı tur.

Bugüne kadar birçok terör örgütü veya üyesi tarafından hem sosyal medya hem de yazılı ve görsel basın üzerinden ya da ilk derece yargılamaları veya temyiz incelemesi sırasında gönderilen dilekçelerle sürekli tehdit edilen Dairemiz üyelerinin, bir de Anayasa Mahkemesi tarafından bu ekinde tehdit edilmesi de esef verici ve manidar bulunmu tur.

Ülkemizde Anayasa Mahkemesi sadece yasaları iptal ederek yasama organının alanına müdahale etmemekte; ayrıca, bazen yasa koyucu gibi davranarak Anayasa'ya göre aralarında astlık üstlük ili kisi bulunmayan yüksek mahkemeler üzerinde de süper temyiz mahkemesi olarak vesayet makamı gibi davranmaktadır.

Yasama, yürütme ve yargı erki sadece bir görev da ılıdır. Yargının yeri ise, di er iki erkten farklıdır. Yargı ne zaman aktivist davranı sergilerse, o zaman me ruiyetini yitirecek ve sorgulanmaya ba layacaktır. Yargıdan beklenen, kanunlara, Anayasa'ya ve en önemlisi hukuka uygun kararlar alabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi, bu ekinde yargısal aktivizim yaparak, " eklen denetleyemedi i Anayasa hükmünü uygulanamaz hale getirme, kanunda öngörölmü idari ve yargısal ba vuru yollarının tamamı tüketilmeden bireysel ba vuruları kabul etme, soru turmalara müdahil olma, kovu turmaları yapılamaz hale getirme" ekinde Anayasa'ya aykırı olarak verdi i kararları ile görev ve yetkilerini, Anayasa ve kanunlardan üstün görmek suretiyle bir nevi Anayasa'yı uygulanamaz hale getirerek, kendisinin sorgulanmasına ve me ruiyetinin tartı ılmasına yol açmı tur.

Devletin cebri gücünü ve görevleri gere i Devletin kamu gücünü elinde bulunduran kimselerin, sahip oldukları kamu gücünü sürekli Anayasa'ya aykırı bir ekinde kullanmalarının, Anayasayı ihlal etme eyleminin i lenmesinde kolaylık sa layaca ı a ikardır.

GERE DÜ ÜNÜLDÜ;

1-Yukarıda açıklanan nedenlerle; Anayasa Mahkemesi'nin 2023/53898 numaralı, erafettin Can Atalay'ın bireysel ba vurusu hakkında 25.10.2023 tarihli ihlal kararına hukuki de er ve geçerlilik izafi edilemeyece i cihetle, bu ba lamda Anayasa'nın 153. maddesi kapsamında uygulanması gereken bir karar bulunmamakla; keza erafettin Can Atalay hakkında verilen mahkumiyet kararının temyizi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucu 28.09.2023 tarihinde Dairemizin 2023/12611 esas 2023/6359 sayılı kararı ile onanarak kesinle en ve infazı kabil bir hükmün mevcudiyeti kar ısında; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına **UYULMAMASINA,**

2- erafettin Can Atalay hakkındaki mahkumiyet hükmünün 28.09.2023 tarihinde Dairemiz tarafından onanması ile hükümlü sıfatını kazandı ı ve Anayasa'nın 84/2. maddesinde milletvekilli inin dü mesi sebeplerinden biri olarak "kesin hüküm giyme

veya kısıtlanma halinin" düzenlenmi oldu u, Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan milletvekilli i ile ba da mayan suçlardan kurulan mahkumiyet hükmünün milletvekilli ini dü ürece i, Anayasa'nın 84/2 maddesi yönünden Anayasa Mahkemesi'ne müracaat imkanı tanınmadı ı ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda inceleme yetkisinin de bulunmadı ı gözetilerek; hükümlü erafettin Can Atalay'ın milletvekilli inin dü ürülmesine yönelik i lemlere ba lanması için kararın bir örne inin TBMM Ba kanlı ı'na **GÖNDER LMES NE**,

3-Anayasa hükümlerini ihlal eden ve kendisine verilen yetki sınırlarını yasal olmayacak ekilde a arak hak ihlalinin kabulü yönünde oy kullanan ilgili Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında gere inin takdir ve ifası için Yargıtay Cumhuriyet Ba savcılı ı'na suç duyurusunda **BULUNULMASINA,**

Dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde mütalaaya uygun olarak, dosyanın stanbul 13. A ır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Ba savcılı ı'na **TEVD NE**, 08.11.2023 tarihinde oy birli i ile karar verildi.

Ba kan Üye Üye Üye Üye
Muhsin entürk Hakan Yüksel Mustafa Do ru erafettin Saka Mustafa Karayıldız