

T.C.
YARGITAY
16. Ceza Dairesi

TÜRK MİLLETİ ADINA
YARGITAY KARARI

Esas No : 2018/2088
D.İş.Karar No : 2018/10

Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklamak suçundan sanık Kadri Enis Berberoğlu'nun mahkumiyetine ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesice verilen 13/02/2018 gün ve 2017/2075 E. 2018/287 K. sayılı kararın sanık müdafileri, katılan T.C. Başbakanlık Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı vekili, katılan Recep Tayyip Erdoğan vekili ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası Dairemize gönderildikten sonra sanık müdafininin 02.07.2018 tarihli dilekçesiyle müvekkilinin 24.06.2018 tarihli TBMM 27. dönem Milletvekil genel seçiminde İstanbul Milletvekili olarak yeniden seçilmesi nedeniyle Anayasanın 83. maddesi delaletiyle CMK'nın 223/3-8 maddeleri gereğince durma kararı verilerek sanığın tahliyesini talep ettiği görülmekle, işin esası bilahare incelenmek üzere münhasıran durma ve tahliye talepleriyle ilgili olarak dava dosyası incelendi,

GEREĞİ GÖRÜŞÜLÜP DÜŞÜNÜLDÜ:

Suç tarihinde ve ceza soruşturması başlatıldığında milletvekili olan sanığın 27. dönemde de yeniden milletvekili seçilmesi gerekçe gösterilerek yasama dokunulmazlığı nedeniyle davanın durmasına ve sanığın tahliyesine karar verilmesi talep edildiğinden sanığın hukuki durumunun öncelikle bu yönden değerlendirilmesi gerekecektir.

Anayasanın konu ile ilgili düzenlemeleri şöyledir;

Yasama dokunulmazlığı

Madde 83 – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Mecliste başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış 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

birakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

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

Geçici Madde 20 – (Ek: 20/5/2016-6718/1 md.)

Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili mercine iade edilir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

Madde 14 – (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, 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.

Milletvekilliğinin düşmesi

Madde 84 – (Değişik: 23/7/1995-4121/9 md.)

İstifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanınca tespit edildikten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca kararlaştırılır.

Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur.

82 nci maddeye göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul gizli oyla karar verir. Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının

salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir.

I- YASAMA SORUMSUZLUĞU:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83/1. maddesi, milletvekillerinin yasama sorumsuzluğunu düzenlemektedir. Yasama sorumsuzluğu, yasama çalışmalarıyla ilgili fiiller yönünden milletvekilleri için tam ve sürekli bir koruma sağlar. Milletvekilleri sorumsuzluk kapsamına giren bir eylemden ötürü milletvekilliği sıfatı sona ermiş olsa dahi kovuşturulamazlar. Düzenlemenin amacı, milletvekillerinin yasama işlevlerini çekinmeksizin yerine getirebilecekleri bir ortam sağlamaktır.

İddianamede olayın anlatılış biçimi ve suç teşkil ettiği ileri sürülen eylemin şekil ve icra tarzı itibariyle sanığın, yasama sorumsuzluğundan faydalanamayacağına kuşku bulunmadığından, hukuki niteliği ve amacı itibariyle yasama dokunulmazlığından farklı olan bu kurum değerlendirme konusu yapılmayacaktır.

II-YASAMA DOKUNULMAZLIĞI:

A-Tanımı: Yasama organı üyelerinin korkusuzca görev yapabilmelerini sağlayacak, niteliği yönünde milletvekilinin fikir ve söz hürriyetinin eksiksiz ve serbestçe kullanması amacını güden bir anayasal hukuku kuralıdır (*H.G.K1981/4-1166,1984/365*). Milletvekilleri aleyhinde yasama sorumsuzluğuna girmeyen ve suç olan fiillerinden ötürü meclisin kararı olmadıkça kovuşturmaya girişilememesidir (*Dönmezer-Erman Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku cilt 1 sayfa 272*)

B-Konu Bakımından Kapsamı: Yasama dokunulmazlığı aynı maddenin 2. fıkrasında milletvekillere nispi ve geçici bir koruma sağlamaktadır. Dokunulmazlık kapsamında kalan eylemleri nedeniyle milletvekilleri, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar saklı kalmak üzere, seçimden önce veya sonra bir suç işlediği iddiasıyla, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Yasama dokunulmazlığı ile sorumsuzluktan farklı olarak, yasama çalışmaları dışındaki fiillerden dolayı milletvekillere nispi ve geçici nitelikte bir koruma sağlanmaktadır. Bu şekilde milletvekillerinin keyfi ve asılsız ceza kovuşturmaları ve tutuklamalar ile vazife yapmaktan alıkonulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Bahsedilen koruma iki şekilde ortaya çıkmaktadır; muhakeme engeli ve infaz engeli.

1-Muhakeme engeli olarak Yasama Dokunulmazlığı:

Anayasanın 83/2 inci fıkrası hükmü yasama dokunulmazlığını bir "kovuşturma engeli" olarak düzenlemiştir. Bu nedenledir ki, tahdidi olarak sayılan, tutulma/yakalama-gözaltına alma, sorguya çekilme ve tutuklama dışında kalan tüm soruşturma işlemleri yapılabilir. Soruşturma sonunda şartları oluşmuşsa kamu davası açılabilir. Fakat kovuşturma yapılamaz. 5271 sayılı CMK'nın 223/8 maddesi gereğince açılan davanın durmasına karar verilmelidir.

2-İnfaz engeli olarak Yasama Dokunulmazlığı: Anayasanın 83/3 üncü fıkrasında yer alan dokunulmazlık ise bir infaz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu dokunulmazlık, başlamış veya henüz başlamamış olan ceza mahkumiyetinin infazını milletvekilliğinin sona ermesine bırakmaktadır. Cezanın infazına engel olan bu dokunulmazlığın kalkması mümkün değildir. Söz konusu dokunulmazlık sadece

milletvekilinin yeniden seçilememesi veya mahkum olduğu suç milletvekili seçilmeye engel bir suçsa 84.madde gereğince milletvekilliğinin meclis kararı ile düşürülmesi ile sona erer(*M.Feyzioğlu Yasama Dokunulmazlığı sh.23-24*).

Dokunulmazlığı kendiliğinden kalkan ya da meclis kararı ile kaldırılan milletvekili yapılan yargılama neticesinde mahkum olursa, kesinleşen mahkumiyet hükmü infaz edilmez, tutuklu milletvekili salıverilir.

C-İstisnaları: Yasama dokunulmazlığına 2. fıkrada iki istisna getirilmektedir;

a- Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali: Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili suçüstü halinin anlaşılması gerektiğinde tereddüt etmemek gerektir. 5271 sayılı CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1/j bendinde suçüstü hali; 1. İşlenmekte olan suç, 2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç, 3. fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç ifade eder. Ağır Ceza Mahkemesinin görevi ise 5235 sayılı kanunun 12. maddesinde düzenlenmiştir.

b-Seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar:

Anayasanın ne 83/2 inci ne de 14 üncü maddelerinde, yasama dokunulmazlığı dışında kalacak bir suç tipine yer verilmektedir. 14. maddenin son fıkrasında "*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*"denilmekle yetinilmiştir. Tam da bu nedenle düzenlemenin, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "kanunilik" ilkesine açık aykırılık oluşturduğu ve sonuç olarak belirsizlik-öngörülemezlik hali ile malül olduğu hususunda doktrinde ittifak bulunduğu görülmektedir(*Kemal Gözler Türk Anayasa Hukukush.326,Yavuz Sabuncu Anayasaya Giriş sh.194,*) Böylece anayasa vazı'nın, hangi suçların 14. madde kapsamında kalacağı yönündeki takdir hakkının hakime ait olmasını isteyen bilinçli bir boşluk oluşturduğu söylenebilir.

Anayasanın 83/2 inci maddesinde, "*Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar*" olarak işaret olunan,anılan maddede de "*Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler..*"i, aynı maddenin son fıkrası gereğince yaptırıma bağlayan ceza normlarının hangileri olduğu ya da olması gerektiği hususunda doktrinde güçlü bir önerinin olmadığı görülmektedir.

Hakimin takdir yetkisini kullanırken suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, belirlilik (Lex Certa) ve kıyas yasağı (Lex stricta) yönünden sorunlu yanına işaret olunan düzenlemeyi, devletin müdahale/cezalandırma yetkisini "demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde, kullanma..."(*AIHM.Da Becker/ Belçika. B. No: 214/56, 27.3.1962 kararı*) zorunluluğunu da gözeterek mümkün oldukça dar yorumlaması gerektiği açıktır. Bu cümleden olarak devletin siyasal fonksiyonlarına karşı işlenen ve konusunu, "*Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğü ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyet*" oluşturan suçların bu nev'iden suçlar olduğunda kuşku duymamak gerekir. Gerek mülga 765 sayılı TCK'nın 125-173.maddelerinde, gerekse

mer'i 5237 sayılı TCK'nın 247-343. maddelerinde düzenlenen Devlete karşı suçlardan, anılan değerleri doğrudan koruyan suçların, 3713 sayılı Yasanın 1 inci maddesindeki tanım da dikkate alındığında aynı yasanın 3 üncü maddesinde tahdidi olarak sayılan suçlar olduğu söylenebilir. Uygulamada terör örgütünün propagandasını yapmak suçu da 14. madde kapsamında kabul edilmektedir (9.C.D.2007/9370-2008/617sy, 16.C.D.2015/8449- 2016/4723)

Bu istisna halinin uygulanması, iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır;

aa-Failin eyleminin, "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetleri" cezalandıran bir suçu oluşturduğu iddia edilmeli,

bb-Bu suçlarla ilgili soruşturma seçimden önce başlatılmalıdır.

D-ANAYASANIN GEÇİCİ 20. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ:

6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. maddenin birinci fıkrası, maddenin TBMM'de kabul edildiği 20.5.2016 tarihi itibariyle; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet Başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi olan "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz." hükmünün uygulanmayacağını öngörmektedir.

Anayasa'nın yasama dokunulmazlığını öngören 83. ve milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddeleri gözetildiğinde, Anayasa'nın 85. maddesinde sözü edilen yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin TBMM kararlarının hukuki niteliği itibarıyla münferit birer parlamento kararı olduklarında duraksama bulunmamaktadır.

Geçici 20. madde ise, 316 milletvekili imzasıyla 12.4.2016 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi" ile başlayan yasama süreci sonunda kabul edilmiştir. "Teklif" ile başlayan süreç, "Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halk oylamasına katılma" başlığını taşıyan Anayasanın 175. maddesinin öngördüğü "özel" süreçtir. Bu sürecin teklif, oylama, kabul ve yürürlüğe girme yönlerinden özel biçim koşulları olduğu gibi, bu süreç sonunda ortaya çıkan Meclis iradesine özel hukuksal sonuçlar bağlanmıştır... (Anayasa Mahkemesi 2016/54- 2016/117 sayılı ve 3.6.2016 tarihli kararı)

Talep konusu, Suç teşkil eden eylem gerçekleştirdikleri gerekçesi ile haklarında fezleke hazırlanıp dosyaları ilgili kurumlara iletilen ve Anayasasının geçici 20. maddesi ile dokunulmazlığı kaldırılmış olan milletvekillerinin, yeniden seçilmeleri halinde, Anayasanın 83/4. maddesindeki teminattan yararlanıp yararlanamayacağıdır. Bilindiği üzere, süreli veya geçici kanunlar olağanüstü halleri ve geçici durumları karşılamak amacıyla ve dolayısıyla nitelikleri yönünden geçici

olarak veya kanun metninde açıkça belirtilen süre kadar yürürlükte kalmak üzere meydana getirilirler. Bu ilke Anayasamızda yer alan geçici hüküm niteliğindeki düzenlemeler içinde geçerlidir.

Geçici 20. maddenin düzenlenmesindeki yasa koyucunun amacı madde metninden açıkça anlaşılabilir mi? Yoksa bu amacı belirlemek açısından yorum yöntemine mi başvurulmalıdır. Yorum, bir pozitif hukuk metni olan kanunun anlam ve kapsamını belirlemek amacıyla kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak için yapılan fikri faaliyetler olarak adlandırılmaktadır. Kanun koyucunun amacı tam olarak anlaşılamiyorsa bu yöntem başvurulmalıdır. Bir kanun hükmünün yorumlanmasında ilk başvurulacak araç bu hükmün **lafzıdır** (Erem, Türk Ceza Hukuku syf. 101). Bu yorum, kanun hükmünde yer alan kelimelerin anlamının tespiti ve gramer kurallarının uygulanması suretiyle yapılmaktadır (Tosun, Ceza Hukuku syf. 111).

Lafzî yorum ile, bir kanun hükmünün anlam ve kapsamı tam olarak anlaşılammış ise, yorum yapabilmek için; kanunun hazırlık çalışmalarından, kanunun sistematüğinden, kanununda düzenlenen hukukun müessesesi tarihçesinden, kanunla düzenlenen müesseseye ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemelerden ve hukukun genel ilkelerinden yararlanmak gerekir.

“Bir kanun maddesinde yer alan hükümle ilgili olarak hazırlık çalışmaları sırasında yapılan tartışmalar, ileri sürülen görüşler sonucunda ortaya çıkan madde gerekçesinin, kanunun hükmünün anlam ve kapsamının tam olarak anlaşılmasına katkıda bulunan önemli bir yorum aracı olduğundan kuşku yoktur. Ancak belirtmek gerekir ki, madde gerekçesi bir hüküm değildir... madde gerekçesinin bağlayıcı olup olmadığı yönünde yapılan tartışmaların hukuk bilimi ile telifi kabil bir yönü bulunmamaktadır.” (Özgenç, TCH, 7. basım syf. 115).

Doktrinde de tartışmalı olan konuyla ilgili olarak şu görüşler ileri sürülmektedir: *“Anayasanın geçici 20. maddesi kapsamına giren milletvekilleri hakkında, yukarıda değindiğimiz Anayasa m.83/4 uygulanır mı? İlk bakışta Anayasa m.83/4'ün tüm vekilleri kapsayacağı, bu nedenle de geçici 20. madde kapsamına giren ve dokunulmazlığı bu madde ile kaldırılan milletvekilinin yeniden seçilmekle, hakkında geçici 20. madde uyarınca yürütülen yargılamanın ve yargılamaya bağlı olarak tatbik edilen koruma tedbirlerinin son bulacağı, geçici m.20 ile dokunulmazlığı kaldırılrsa bile tekrar seçilen vekil hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için, Meclisin dokunulmazlığı kaldırması gerektiği, aksi halde yalnızca 26. Dönemi kapsayan geçici 20. maddenin tatbiki suretiyle yargılamaya ve koruma tedbirlerine 27. Dönemde otomatik olarak devam edilemeyeceği fikri ileri sürülebilir. Gerçekten de bu bakış açısı, Anayasa m.83/4'ün mantığına da uygundur.*

Bununla birlikte; geçici m.20'nin özel düzenleme olduğu, 20.05.2016 tarihine kadar işlem görmüş vekil dosyaları ile ilgili dokunulmazlığın kaldırılmasının veya vekilliğin bitmesinin beklenmeyeceği, Meclis kararına gerek olmaksızın geçici m.20 ile dokunulmazlığı kaldırılan vekilin doğrudan yargılanacağı, bu bakımdan Anayasa m.83/4'ün konu ile ilgili “genel hüküm” olması nedeniyle, “özel hüküm”

niteliği taşıyan geçici 20. maddeyi etkilemeyeceği, kaldı ki Anayasa m.83/4'ün Meclisin dokunulmazlığını kaldırdığı vekillerle ilgili durumu düzenlediği, bu nedenle de Anayasa m.83/2'den ve 83/4'ün, dokunulmazlığı geçici m.20 ile kaldırılan milletvekillerini korumayacağı, geçici m.20'nin bu tespitin aksini öngören bir açıklığa da sahip olmadığı, sonuç olarak geçici m.20 kapsamına giren milletvekilleri hakkında yargılama süreçlerinin, buna bağlı olarak tutuklama ve adli kontrol tedbirlerinin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre değerlendirileceği belirtilmelidir ki, kanaatimizce geçici 20. maddenin lafzı, içeriği, amacı ve gerekçesi bu ikinci görüşe daha uygun düşmektedir." (www.hukukihaber.net/makale5942 Erişim tarihi: 19.07.2018 prf. Dr. Ersan Şen)

"Değişiklik ile Anayasa'nın 83. maddesi ikinci fıkrasının birinci cümlesinin yürürlüğe girecek geçici 20. maddesi hükmü ile yine 83. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları arasında tutarsızlıklar bulunmakta; maddenin son fıkrası da örtülü olarak yürürlük değerini kaybetmektedir." (www.güncelhukuk.com, dokunulan dokunulmazlık, Erişim tarihi: 19.07.2018 Prof. Dr. Köksal Bayraktar).

Anayasa yapıcının amacı ve kanunun kapsamının belirlenmesi açısından uygulama ve doktrindeki görüşler dikkate alındığında; madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere 20.05.2016 tarihi itibarıyla ilgili birimlere intikal etmiş dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan Milletvekilleri hakkında, **"bu dosyalar bakımından"** Anayasanın 83. maddesi 2. fıkra 1. cümlesinin uygulanamayacağı öngörülmüştür.

Bu itibarla geçici 20. maddenin, yasama dokunulmazlığına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 83/2 inci fıkrasına nazaran **"Anayasal bir özel hüküm"** olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Anılan hükmün geçici madde olması, hükmün Anayasal hüküm olma niteliğini değiştirmeyeceği gibi özel hüküm olması nedeniyle genel hüküm karşısında öncelikle uygulanma zorunluluğu hukukun temel ilkelerindedir. Madde metninin sarahatine göre, düzenlemenin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir parlamento kararı olmadığı açıktır. Doğrudan Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 20.5.2016 tarihi itibarıyla işlem görmüş dokunulmazlık dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından uygulanamayacağı öngörülerek, aynı madde fıkrasında yer alan iki istisna durumuna bir **üçüncü istisna** olarak eklendiği görülmektedir.

Şu hale göre, dokunulmazlık statüleri geçici 20.madde kapsamında kalan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının, tıpkı ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar da olduğu gibi kendiliğinden kalktığı kabulü gerekir.Böylece kovuşturma hukuku yönünden genel hükümlere tabi olan milletvekilinin, yeniden seçilmesi halinde, önceki dokunulmazlığı hukuki niteliği itibarıyla "münferit bir parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı" ile kaldırılmadığından, Anayasa'nın 83/4. maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne de imkan bulunmamaktadır. Hakkındaki kovuşturmanın TBMM'nin dokunulmazlığı yeniden kaldırmasına gerek duyulmaksızın genel hükümlere göre devam etmesi gerekir.

E-Dokunulmazlığın Kalkması: Muhakeme engeli olan Yasama dokunulmazlığı iki şekilde kalkacaktır;

1-Meclis kararı ile; Yasama dokunulmazlığının milletvekillerine tanınan kişisel bir ayrıcalık olmadığı ve fakat kamu düzenine ilişkin bir kovuşturma engeli olduğu hususu tartışmadan varestedir. Dokunulmazlığı kaldırılan milletvekinin yeniden seçilmesi halinde, Anayasanın 83/2. maddesi çerçevesinde ve aynı maddenin 4. fıkrası gereğince dokunulmazlığın yeniden kazanıldığı sonucu çıkmaktadır.

2-Kendiliğinden; Yasama dokunulmazlığına 83 üncü maddenin 2. fıkrasında iki istisna olarak getirilen ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumların varlığı halinde, milletvekili dokunulmazlığı kendiliğinden kalkar.

Dokunulmazlığı kalkan milletvekili, seçilmeye engel bir suçtan kesin hükümlerle mahkum olursa TBMM, üyeliğin düşmesine karar verecektir (*M.Feyzioğlu Yasama Dokunulmazlığı sh.34*).

III-YARGILAMA SAFAHATI VE MAHKEMENİN KABULÜNE GÖRE SOMUT OLAY:

Sanık Kadri Enis Berberoğlu ve diğerleri hakkındaki soruşturma, müşteki Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan vekilinin 02/06/2015 tarihli şikayet dilekçesi ile başlatılmıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne hitaben 18/04/2016 tarihli fezleke ile sanık Kadri Enis Berberoğlu hakkında soruşturma açılarak dokunulmazlığının kaldırılmasının talep edilmesi üzerine, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce 09/06/2016 tarihinde söz konusu fezleke ve eki evrak 08/06/2016 tarihli ve 29736 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 20/05/2016 tarihli ve 6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında değişiklik yapılmasına dair kanun kapsamında işlem yapılmak üzere iade edilmiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (Özel Soruşturma Bürosu)'nun 2016/78216 soruşturma, 32641 esas, 34071 sayılı iddianamesi ile sanık hakkında, suç tarihi 27.05.2015 olarak gösterilen eylemleri nedeniyle, Devletin Gizli Kalması Gereken Bilgilerini Siyasal veya Askeri Casusluk Amacıyla Temin Etme ve FETÖ/PDY Silahlı Örgütüne Bilerek ve İsteyerek Yardım Etmek suçlarından eylemine uyan TCK'nın 328/1, 220/7 maddesi delaletiyle 314/2, 3713 sayılı Kanunun 5, TCK'nın 53. maddeleri gereğince cezalandırılması için kamu davası açılmıştır.

İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 2016/205 esasına kayden görülen davada mahkeme, 14.06.2017 tarih 2017/97 karar sayılı kararı ile, silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan davanın işbu dava dosyasından tefrikine, sanığın sübut bulan eylemine uyan siyasi ve askeri casusluk maksadıyla devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçundan TCK'nın 330/1, 62, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar vermiştir.

Mahkemenin iş bu kararı İstinaf edilmekle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 2017/1405 esas, 20171646 karar sayılı kararı ile bozularak dava

dosyası ilk derece mahkemesine iade edilmiş, anılan mahkeme de 06.11.2017 tarih 183-173 sayılı kararı ile bozma kararının usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği, verilen bozma kararı yönünden mahkemece yapılacak başka bir işlem olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına, dosyanın gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine iadesine karar vermiştir.

Bu kez İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13.02.2018 tarih ve 2017/2075 esas, 2018/287 karar sayılı kararı ile Silahlı terör örgütüne yardım etmek suçundan açılan dava işbu dava dosyasından tefrik edilerek Devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklamak suçundan sanığın TCK'nın 330/1, 62/1, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına ilişkin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 14/06/2017 gün, 2016/205 Esas, 2017/97 Karar hükmünün kaldırılmasına, sanık Kadri Enis Berberoğlu'nun, "devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgilerini açıklamak" suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 329/1, 3713 sayılı Kanunun 5, TCK'nın 62, 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Karar sanık müdafileri, katılan T.C. Başbakanlık Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı vekili, katılan Recep Tayyip Erdoğan vekili ve Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiştir.

IV-SANIĞIN HUKUKİ DURUMUNUN YASAMA DOKUNULMAZLIĞI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ:

Yukarda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 327-329. maddesinde düzenlenen niteliği itibariyle devlet sırrı olduğu iddia edilen bilgileri temin ederek dava dosyası tefrik edilen sanık Can Dündar'a vermekten ibaret eylemlerinde, temin ve verme/açıklama tarihleri ile soruşturma tarihi dikkate alındığında "suçüstü halinin" kabulü mümkün olmadığı gibi, gerek müstet suçlarla ilgili soruşturmanın sanığın milletvekili seçilmesinden sonra başlaması gerekse anılan suçların, konusu ve koruduğu hukuki değer itibariyle Anayasanın 14. maddesi kapsamında, kovuşturma usulü yönünden istisnaya tabi suçlardan olmadığı kabulü gerekir. Nitekim soruşturmayı yürüten yerel Başsavcılık, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını teminen soruşturma dosyasını düzenlediği fezlekeye rapten Adalet Bakanlığına göndermiş, Geçici 20. madde kapsamında değerlendirilen soruşturmaya devam edilmek üzere Bakanlıkça evrak Başsavcılığa iade edilmiş ve süreç genel hükümler çerçevesinde devam etmiştir. Anayasanın geçici 20. maddesi ile yargılandığı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığı "kendiliğinden kaldırılan" ve bu suretle yasama dokunulmazlığına anayasal bir istisna getirilmesi nedeniyle genel hükümlere göre yargılana gelen sanığın, 27. dönemde yeniden milletvekili seçilmesi ile yargılandığı suçlar itibariyle yeni bir korumaya kavuşamayacağı ve hakkında Anayasanın 83/4 üncü fıkrasının tatbik kabiliyeti bulunmadığının kabulünde zaruret vardır.

Bu nedenlerle sanık hakkındaki yargılamanın genel usul hükümlerine göre devam etmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış ve aşağıdaki karar verilmiştir.

V-SONUÇ VE KARAR:

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1-Hukuki durumu, Anayasanın Geçici 20. maddesi kapsamında değerlendirilen sanığın yargılamasının genel yargılama usulü hükümlerine göre devamı gerektiğinden şartları oluşmamakla, sanık müdafinin davanın durmasına karar verilmesi talebinin REDDİNE,

2-Yasama Dokunulmazlığı nedeniyle yargılamanın durmasına ilişkin talep reddedilmiş olduğundan, sanığın tutukluluk durumunun davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine,

3-Dosyanın esası ile ilgili olarak temyiz itirazlarının bilahare incelenmesine,

4-Kararın sanık müdafine tebliğine,

Dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde, kararın tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde Dairemize verilecek bir dilekçe ya da zabıt katibine düzenlettirilecek bir tutanak ile Yargıtay 17. Ceza Dairesinde itiraz yolu açık olmak üzere 19.07.2018 tarihinde yapılan görüşmede üye Yusuf Hakkı Doğan'ın muhalefeti ve oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan

H. Y.
Üye

Y. H. D.
Üye (M)

M. K.
Üye

A. Ö.
Üye

KARŞI OY:

Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin gizli kalması gereken bilgileri açıklamak suçundan sanık Kadri Enis Berberoğlu'nun mahkumiyetine ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince verilen 13/02/2018 gün ve 2017/2075 E. 2018/287 K. sayılı kararın Sanık müdafileri, Katılan vekilleri ve o yer Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmiş olmakla dava dosyası Dairemize gönderildikten sonra sanık müdafinin 02.07.2018 tarihli dilekçesiyle müvekkilinin 24.06.2018 tarihli TBMM 27. dönem Milletvekil genel seçiminde İstanbul Milletvekili olarak yeniden seçilmesi nedeniyle Anayasanın 83. maddesi delaletiyle CMK'nın 223/3-8 maddeleri gereğince durma kararı verilerek sanığın tahliyesini talep ettiği görülmekle, dosyanın Dairemizce yapılan incelemesi sonucunda;

Suç tarihinde ve ceza soruşturması başlatıldığında milletvekili olan sanığın 27. dönemde de yeniden milletvekili seçilmesi gerekçe gösterilerek yasama dokunulmazlığı nedeniyle davanın durmasına ve sanığın tahliyesine karar verilmesi

talep edildiğinden sanığın hukuki durumunun öncelikle bu yönden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Dairemizce yapılan değerlendirme sonucunda;

“...Somut olay değerlendirildiğinde, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 327-329.maddesinde düzenlenen niteliği itibariyle devlet sırrı olduğu iddia edilen bilgileri temin ederek dava dosyası tefrik edilen sanık C.D'ye vermekten ibaret eylemlerinde, temin ve verme/açıklama tarihleri ile soruşturma tarihi dikkate alındığında “suçüstü halinin” kabulü mümkün olmadığı gibi, gerek müsnet suçlarla ilgili soruşturmanın sanığın milletvekili seçilmesinden sonra başlaması gerekse anılan suçların, konusu ve koruduğu hukuki değer itibariyle Anayasanın 14.maddesi kapsamında, kovuşturma usulü yönünden istisnaya tabi suçlardan olmadığı kabulü gerekir. Nitekim soruşturmayı yürüten yerel Başsavcılık, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını teminen soruşturma dosyasını düzenlediği fezlekeye rapten Adalet Bakanlığına göndermiş, Geçici 20.madde kapsamında değerlendirilen soruşturmaya devam edilmek üzere Bakanlıkça evrak Başsavcılığa iade edilmiş ve süreç genel hükümler çerçevesinde devam etmiştir. Anayasanın geçici 20.maddesi ile yargılandığı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığı “kendiliğinden kaldırılan” ve bu suretle yasama dokunulmazlığına anayasal bir istisna getirilmesi nedeniyle genel hükümlere göre yargılanagelen sanığın, 27. dönemde yeniden milletvekili seçilmesi ile yargılandığı suçlar itibariyle yeni bir korumaya kavuşamayacağı ve hakkında Anayasanın 83/4 üncü fıkrasının tatbik kabiliyeti bulunmadığının kabulünde zaruret vardır.” gerekçesiyle Anayasanın 83/4. fıkrasının tatbik kabiliyeti bulunmadığı düşüncesiyle Anayasanın geçici 20. maddesi nedeniyle “yargılamanın durdurulması talebinin reddine” karar verilerek tutukluluk durumunun davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Çoğunlukla aynı görüşte olduğum hususlar;

1-Sanığın eyleminde “suçüstü halinin kabulünün mümkün olmadığı”

2-Soruşturmanın sanığın milletvekili seçilmesinden sonra başlaması, gerekse anılan suçların anayasanın 14. maddesi kapsamında, kovuşturma usulü yönünde istisnaya tabii suçlardan olmadığı.

Konulardır. Kısaca kararda ağır cezalı suçüstü halinin olmadığı ve isnat edilen suçların Anayasanın 14. maddesi kapsamında kalan suçlardan olmadığı konularında görüş birliğine varılmıştır.

Görüş aykırılığı olan konu ise;

Anayasa geçici 20. madde gereğince dokunulmazlığı kaldırılan kişinin yeniden milletvekili seçilmesi halinde hakkında Anayasa 83/4 maddesi uygulanır mı uygulanmaz mı?

Konuyla ilgili Anayasal ve yasal düzenlemeler;

Yasama dokunulmazlığı

Madde 83 – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış 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 zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

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

Geçici Madde 20 – (Ek: 20/5/2016-6718/1 md.)

Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması

Madde 14 – (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, 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.

Madde 223 –

.....

(8) Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın

yapılması şartta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.

Anayasa 83/4'e göre "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır. "

Bu hüküm; geçici dokunulmazlığı meclis kararı ile kaldırılarak yargılanmasının önü açılan milletvekilinin tekrar seçilmesi halinde yargılanmasına devam edilebilmesi için meclisin yeniden dokunulmazlığı kaldırılması zorunluğunu öngörmektedir.

Anayasa; dokunulmazlığının kaldırılmasının yalnızca milletvekili seçildiği dönemle ve dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayla sınırlı olduğunu ortaya koymakla yetinmemiş, yeni dönemde tekrar seçilen milletvekilinin aynı dosyayla yargılanmasını dokunulmazlığının tekrar kaldırılmasına bağlamıştır.

Anayasa; her seçim dönemini milletvekili dokunulmazlığı için ayrı değerlendirmiş ve daha önce yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının, dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayı da içine almak suretiyle yeniden seçilen milletvekilinin dokunulmazlığını etkilemeyeceğini belirtmiştir. (www.hukukihaber.net.makale5942 Prof. Dr. Ersan Şen)

Çoğunlukla aramızdaki uyuşmazlığa neden olan Anayasa geçici 20. maddesinin düzenlenmesinin amacı nedir? Kanun koyucu geçici 20. madde düzenlemeye neden ihtiyaç duydu? Bu düzenlemenin amacı ne? Kanunun genel gerekçesinde;

"Anayasaya göre, yasama dokunulmazlığının amacı, milletvekillerini keyfi ve asılsız ceza kovuşturmalarından ve tutuklamalardan korumak suretiyle parlamento çalışmalarının güvenliğini sağlamaktır. Yasama dokunulmazlığı, gerçekte bundan yararlanan milletvekilinin kişisel yararı için değil, "kamu yararı" için benimsenmiş bir kurumdur. Bu sebeple, milletvekiline mutlak manada koruma değil, sadece milletvekilliği süresince bir koruma sağlanmakta, bu süre içerisinde zamanaşımı işletilmemekte, delillerin toplanması gibi bazı soruşturma işlemlerinin yapılması mümkün olmaktadır.

"Yasama dokunulmazlığı" bir hukuki müessese olarak benimsenirken, beraberinde "dokunulmazlığın kaldırılması" usulüne de yer verilmiştir. Türkiye uygulamasında, özellikle, "kamuoyunda uyandıracığı etki" dikkate alınarak, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması, daha doğru bir ifade ile milletvekilinin soruşturulmasına ve yargılanmasına izin verilmesi mümkün kabul edilmektedir."

Yasama dokunulmazlığının ruhunu yansıtan bu açıklamalardan sonra başlangıçta terörle mücadele kapsamındaki dokunulmazlık dosyalarında dokunulmazlığın kaldırılması ve yargının önünün açılması talebiyle başlayıp, daha sonra bütün suç dosyalarında dokunulmazlığın kaldırılması konusunda görüş birliği sağlandığı, ancak Anayasa içtüzükte dokunulmazlığın kaldırılmasına dair süreç ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bunun belirli süreler içerisinde sonuçlandırılması öngörülmüştür. Bu sürecin uzun bir prosedürü gerektirmesi karma komisyonda o gün itibariyle 562 fezleke bulunması ve bunların tek tek görüşülmesinin 30 haftadan daha fazla süreyi alacağı tespit edildikten sonra kanunun genel gerekçesinde düzenleme

amacının "Dokunulmazlık dosyalarının başta terörle ilişkili olanlar olmak üzere tamamının kaldırılması ve aynı zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarının tıkanmasına da fırsat verilmemesi bir arada dikkate alındığında Anayasaya geçici bir madde eklemek suretiyle bir çözüm düşünülmektedir. ,

Anayasaya eklenecek bir geçici madde ile, hem bütün dokunulmazlık dosyalarında dokunulmazlık kaldırılmış olacak, hem de uzun bir süreç sebebiyle Meclis çalışmaları tıkanmış olmayacaktır. " şeklinde açıklamada bulunarak kanun koyucunun amacı ortaya koyduğu. Bununla yetinmeyerek kanun teklifinin geneli üzerine yapılan görüşmelerde hükümet adına söz alan dönemin **Adalet Bakanı Bekir BOZDAĞ'ın** "Görüşülmekte olan Anayasa değişiklik Teklifi'nin milletvekillerinin suçluluğu veya suçsuzluğu hakkında iddiada bulunan bir düzenleme olmadığı, sadece milletvekillerinin yargılanmalarının önündeki anayasal engeli yine Anayasa'ya eklenen geçici bir maddeyle bir defalığına kaldırmak suretiyle yargılanmalarına izin verildiği, dosyalarla ilgili nihai kararın ise yargı organları tarafından verileceği" şeklinde teklifle ilgili görüşünü belirttiği,

Teklifinin birinci maddesi üzerinde yapılan görüşmelerden sonra ve madde oylamasından önce **TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP'un** uygulamayla ilgili olarak uygulayıcılara yol göstermek ve maddenin yorumlanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek açısından kısa bir açıklama yapmıştır. Buna göre; "Anayasa değişiklik Teklifi ile Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmaz denildiği, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının varlığını sürdürdüğu, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Meclisin dokunulmazlığı yeniden kaldırılmasına bağlı olduğu, bu hükme ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı için hükmün yerinde durduğu ve geçerli olduğu, dolayısıyla tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından, dokunulmazlığın yeniden kazanılacağına açık olduğunu" (02/05/2016, Anayasa Komisyonu Raporunda) Hem komisyon başkanı hem de bir Anayasa Hukuku profesörü olarak bu açıklamaları yapmıştır.

Açık ve net tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kanun koyucu amacını ortaya koymuştur ve buna göre düzenleme yapmıştır.

Anayasanın 83. maddesinin 2. fıkrası uyarınca her biri hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gereken milletvekilleri hakkında "toplu dokunulmazlık kaldırılması" yoluna gidilmiştir. (Prof. Dr. Hikmet Sami Türk, www.milliyet.com.tr)

Geçici 20. madde Anayasa değişikliği maddesi değildir. Anayasa 83/2 maddesinin 1. fıkrasının geçici olarak uygulanmamasıdır.

Anayasa geçici 20. maddedeki düzenleme meclis iradesini ikame ediyor. Anayasa madde değişikliği iradesini ikame etmiyor. Yani meclisin iznine tabi olan dokunulmazlık prosedürünü bir defa geçici olarak ortadan kaldırıyor.

Örneđin; Anayasa 127/3 maddesi mahalli seçimler 5 yılda bir yapılır diyor. Geçici bir madde ile bu süreyi 4 yıla indirdiğiniz zaman o seçim için bu kural uygulanacak ve bu seçim yapıldıktan sonra Anayasa hükmü aynen devam edecek.

Dolayısıyla esas itibariyle burada bir Anayasa maddesinin değişikliği değil meclis iradesinin ikame edilmesi söz konusudur. Geçici 20. maddede aynen bu şekilde zaman kaybı ve meclis çalışmalarının tıkanmaması için tek tek dokunulmazlık kaldırma prosedürü yerine geçici olarak toplu kaldırmak yoluna gidiyor. Dolayısıyla bu meclisin iradesinin ikame edilmesini düzenleyen bir maddedir. Yani dokunulmazlıkların kaldırılması izin prosedürünün kaldırılması iradesinin ikame edilmesidir.

Yargı mercileri karar verirken meclisin bu açık iradesinin önüne geçemez, yok sayamaz. Bu hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Hukuk güvenliği; Demokratik toplumun, Çağdaş yaşamın, Ekonomik yatırımın ve gelişmenin teminatıdır. Hukuk güvenliği sağlanması yargı mercilerinin birincil görevidir.

Anayasa 83/4 maddesi seçilen tüm milletvekillerini kapsar. Geçici 20. madde kapsamına giren ve dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin yeniden seçilmekle hakkında geçici 20. madde uyarınca yürütülen yargılamanın ve yargılamaya bağlı olarak tatbik edilen koruma tedbirlerinin son bulacağı, geçici 20. maddeyle dokunulmazlığı kaldırılrsa bile tekrar milletvekili seçilen hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için meclisin dokunulmazlığını kaldırması gerektiği, aksi halde yalnızca 26 dönemi kapsayan geçici 20. madde tatbiki suretiyle yargılamaya ve koruma tedbirlerine 27. dönemde otomatik olarak devam edilmeyeceği Anayasa 83/4'ün mantığına ve 6718 sayılı Yasanın konuluş amacına ve yasa koyucunun açık iradesine uygun olduğu aşikardır.

Kararın gerekçesinde Anayasanın 83/4. maddenin uygulanmama sebebi olarak gösterilen “milletvekilinin yeniden seçilmesi halinde önceki dokunulmazlığın hukuki niteliği itibariyle

“münferit parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı” ile kaldırılmadığından Anayasanın 83/4 maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne imkan bulunmamaktadır.” görüşü kanun koyucunun iradesine ve Anayasadaki yasama dokunulmazlık kurumuna uygun değildir. Zira bu milletvekilleri dokunulmazlığı tek tek kaldırılsaydı 83/4 maddesinden yararlanacaklardı. Ancak toplu olarak izin prosedürü kaldırıldığında bu haktan yararlanamazlar sonucunu doğurur ki bunun da hukuki olmadığı aşikardır. Dolayısıyla esas itibariyle düzenlenen geçici olarak dokunulmazlığı kaldırılan kişiler hakkındaki izin prosedürünün bir defaya mahsus olmak üzere kaldırılması, yani toplu dokunulmazlık kararı verilmesi iradesinin ikamesidir.

Kararımızda yasama dokunulmazlığı, yasama sorumsuzluğu, mahkemeye engel olarak yasama dokunulmazlığı, infaz engeli olarak yasama dokunulmazlığı, yasama dokunulmazlığının istisnaları olan ağır cezayı gerektiren suçüstü halinin hukuksal kurumlar olarak açıklandığı, ancak önemi itibariyle **Seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlarla ilgili açıklama yapmak gerekirse;**

Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı Anayasa Madde 14 – (Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, 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.

Anayasanın ne 83/2 inci, ne de 14 üncü maddelerinde,yasama dokunulmazlığı dışında kalacak bir suç tipine yer verilmektedir.14.maddenin son fıkrasında “*Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.*”denilmekle yetinilmiştir. Tam da bu nedenle düzenlemenin,ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “kanunilik”ilkesine açık aykırılık oluşturduğu ve sonuç olarak belirsizlik-öngörülemezlik hali ile malül olduğu hususunda doktrinde ittifak bulunduğu görülmektedir(Kemal Gözler Türk Anayasa Hukukush.326,Yavuz Sabuncu Anayasaya Giriş sh.194,)

Anayasanın 83/2 inci maddesinde, “Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar” olarak işaret olunan,anılan maddede de “Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler...”i, aynı maddenin son fıkrası gereğince yaptırıma bağlayan ceza normlarının hangileri olduğu konusunda tam ortak bir görüş yoktur. Ancak; 1982 Anayasasının 14. maddenin ilk halinde yer alan “teşvik ve tahrik” ifadeleri metinden **çıkarılmış**, buna paralel olarak da başlangıç kısmının 5. paragrafındaki “hiçbir düşünce ve mülahazanın” ifadesi “**hiçbir faaliyetin**” biçiminde değiştirilmiştir. ... Anayasanın 14. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin bu hak ve özgürlükleri yıkmak “amacıyla kullanılamayacağı” hükmü yerine bu hak ve özgürlükleri yıkmayı “**amaçlayan faaliyetler**” olarak kullanılamayacağı hükmü getirilmiştir. 14. maddenin yeni metninde “**faaliyet**” deyiminin kullanılması, maddenin salt düşünce açıklamalarında değil eylemlerin yasakladığı (Anayasa Mahkemesi kararları ışığında 1982 Anayasasının 14. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, Dr. Yunus Heper, Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hakim, yunus.heper@anayasa.gov.tr) yazara göre hürriyetçi anlayışın güçlendirilmesinin yolu yargı organlarının “faaliyet” deyiminin düşünce açıklamaları kapsadığı şekilde yorumlamamaları ile mümkündür.

Hakimin takdir yetkisini kullanırken suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak, belirlilik(Lex Certa) ve kıyas yasağı(Lex stricta) yönünden sorunlu yanına işaret olunan düzenlemeyi, devletin müdahale/cezalandırma yetkisini “demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde, kullanma...”(AİHM.Da Becker/ Belçika, B. No: 214/56, 27.3.1962 kararı)zorunluluğunu da gözeterek mümkün oldukça dar yorumlaması gerektiği açıktır.Bu cümleden olarak devletin siyasal fonksiyonlarına karşı işlenen ve

konusunu, "Devletin ülkesi ve Milletiyle bölünmez bütünlüğü ve insan haklarına dayanan demokratik, laik Cumhuriyet" oluşturan suçların bu neviden suçlar olduğunda kuşku duymamak gerekir. Bu nedenle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1. maddesindeki tanım da dikkate alındığında aynı yasanın 3. maddesinde yer alan terör suçları (5237 sayılı Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeyle 320/1 ve 310/1 maddesinde yazılı suçlar) kapsadığı söylenebilir.

Milletvekilinin tutuklu olması sebebiyle Anayasanın 14. maddesindeki düzenlemeye eylemin girmediğinin kabulü karşısında sanığın milletvekili seçildikten sonra tutuklu bulunduğu Türkiye Büyük Millet Meclisine yemin edememiş ve milletvekilliği görevini fiilen yerine getirememiştir. Bu görevin yerine getirilmesine engel olan tutukluluk halinin milletvekili olarak siyasi ve faaliyet ve temsil hakkını engellemesi nedeniyle seçilme hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Kişinin özgürlük hakkı ile seçilme ve siyasi faaliyetlerde bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanılarak gösterilmesi gerekir. Kişi özgürlük hakkı ile seçilme ve temsil hakkıyla yargılamanın tutuklu olarak sürdürülmesindeki kamu yararı arasında makul denge gözetilmesi gerekir. Gözetilmediği zaman seçilen milletvekilinin siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik ağır müdahalenin ölçülü ve demokratik toplumun düzeninin gereklerine uygun olmadığı, bu nedenle Anayasanın 19/7 bununla bağlantılı olarak Anayasa 67/1 maddesinin ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ve 3. maddelerine aykırılık sonucunu doğuracaktır. (AYM. başvuru no: 2012/1272 04.12.2013 tarih, M. Ali Balbay)

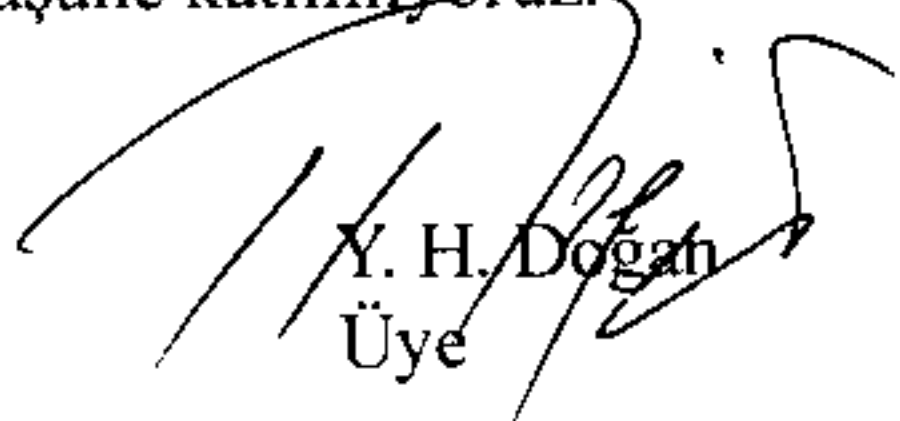
Kaldı ki Anayasanın 83/3 maddesine göre "TBMM. üyesi hakkında, seçimden önce ve sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır." İnfaz engeli olarak düzenlenen bu yasama dokunulmazlığından başlamış veya henüz başlamamış olan ceza mahkumiyetlerinin milletvekilliğinin sona ermesine bırakılmaktadır. Cezanın infazına engel olan bu dokunulmazlığın kalkması mümkün değildir. Dolayısıyla tutuklu milletvekili hakkındaki ceza onaylansa bile cezaevinde kalması mümkün değildir. İnfaz engeli yasama dokunulmazlığı kurumu gereğince derhal bırakılmak zorundadır. Bu yasal ve anayasal zorunluluktur. Bu durumda Milletvekilinin cezaevinde kalması mahkemelerin iradesinde değil, ancak meclisin iradesiyle mümkün olabilecektir.

Sonuç olarak; Anayasa geçici 20. maddedeki düzenleme meclis iradesini ikame ediyor. Anayasa değişikliği iradesini ikame etmiyor. Yani meclisin iznine tabi olan dokunulmazlık prosedürünü bir defa geçici olarak ortadan kaldırıyor. "Geçici geriye dönük askıya alma" niteliğinde olan bu hüküm; geçici dokunulmazlığı meclis kararı ile kaldırılarak yargılanmasının önü açılan milletvekilinin tekrar seçilmesi halinde yargılanmasına devam edilebilmesi için meclisin yeniden dokunulmazlığı kaldırılması zorunluğunu öngörmektedir.

Anayasa; dokunulmazlığının kaldırılmasının yalnızca milletvekili seçildiği dönemle ve dokunulmazlığın kaldırılmasına konu dosyayla sınırlı olduğunu ortaya koymakla yetinmemiş, her seçim dönemini milletvekili dokunulmazlığı için ayrı

değerlendirmiş yeni dönemde tekrar seçilen milletvekilinin aynı dosyayla yargılanmasını dokunulmazlığının tekrar kaldırılmasına bağlamıştır.

Kanun koyucunun iradesini açıkça yansıtan **TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Mustafa ŞENTOP'un** uygulamayla ilgili olarak uygulayıcılara yol göstermek ve maddenin yorumlanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek amacıyla söylediği *"Anayasa değişiklik Teklifi ile Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmaz denildiği, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının varlığını sürdürdüğü, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Meclisin dokunulmazlığı yeniden kaldırılmasına bağlı olduğu, bu hükme ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı için hükmün yerinde durduğu ve geçerli olduğu, dolayısıyla tekrar bir seçim olması halinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından, dokunulmazlığın yeniden kazanılacağına açık olduğunu"* şeklindeki beyanına aynen katılıyoruz. Kanun koyucunun amacını açıkça ortaya koyuyor, yargı mercilerinin meclisin bu iradesinin önüne geçmesi, yok sayması hukuk güvenliğine aykırı olduğundan Anayasa 83/4'e göre *"Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."* ve CMK 223/8. maddesi gereğince *"Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir."* belirtilen Anayasal ve yasal hükümler gereğince **"yargılamanın durdurulmasına"** karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.


Y. H. Dogan
Üye